



LA
REFORMA
LABORAL

Explicada y comentada

LUIS LIZAMA PORTAL

Ediciones Luis Lizama Portal & Cía. Abogados

LA REFORMA LABORAL

Explicada y comentada

LUIS LIZAMA PORTAL

Ediciones Luis Lizama Portal & Cia. Abogados

LA REFORMA LABORAL
Explicada y comentada

© 2016 Luis Lizama Portal

ISBN: 978-956-368-127-7

Primera edición: Noviembre de 2016

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida en todo sus partes y registrada o transmitida por un sistema de recuperación de información, en todas sus formas por cualquier medio sea mecanismo, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo escrito por el autor.

Diseño y diagramación: Ediciones on Demand



Impreso por:
Ediciones on Demand
www.edicionesondemand.cl

Impreso en Chile/Printed in Chile

PRÓLOGO

Este libro no tiene más pretensión que explicar, al modo de la dogmática jurídica, la ley N°20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales. La ley no está vigente al momento en que se publica esta obra y, por lo mismo, se expone, sistematiza e interpreta en términos puramente abstractos. Además, es una ley que tuvo una compleja y accidentada tramitación en el Congreso Nacional, y que también fue objeto de control por el Tribunal Constitucional y algunas de sus normas declaradas contrarias a la Constitución. La presidenta de la República, por su parte, decidió vetar parcialmente el proyecto para eliminar otras disposiciones y promulgó la ley con vacíos normativos e incoherencias lógicas evidentes.

Entonces, el simple propósito de esclarecer el texto legal se vuelve duro y difícil. Y si agregamos a lo anterior que el período de vacancia legal se extenderá hasta el 1 de abril del próximo año, la labor se vuelve urgente.

En atención a lo dicho, me pareció que abordar esta tarea requería un esfuerzo colectivo e invité a los abogados con quienes trabajo diariamente a que escribiéramos este libro. La tarea no era fácil porque todos ejercen activamente la profesión y, además, están cursando programas de diplomado o magíster. No obstante, aceptaron con mucha generosidad y entusiasmo el desafío de preparar esta obra.

El proyecto editorial se puso en marcha en el mes de mayo de este año. Para ello: distribuimos el trabajo, fijamos estándares de ejecución y plazos de entrega, y logramos terminar la obra en tiempo y forma. La edición fue la parte más ardua y compleja. En esta etapa nos convencimos que debíamos publicar el libro como una contribución a la sociedad. Por lo mismo: el libro será distribuido en forma gratuita tanto física como electrónicamente.

Estamos conformes con el trabajo realizado y, en lo personal, muy agradecido del compromiso y sacrificio de los abogados que han contribuido a la composición de este libro: Héctor Garrido Charme colaboró en la redacción del Capítulo 1,

Jocelyn Aros Hernández y Osvaldo Parada Rodríguez escribieron gran parte del Capítulo 2, Camila Gallardo Urrutia y Young Park Rojas redactaron algunas secciones del Capítulo 3, Esteban Palma Lohse cooperó en el Capítulo 5 y Gonzalo Riquelme González escribió el Capítulo 6 y tres apartados del Capítulo 3. Para este último, que, además cumple funciones de ayudante en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, formulo un especial reconocimiento por su empeño en llevar adelante este proyecto.

Este es el primer libro que editamos como estudio jurídico. Se lo dedicamos a nuestros clientes, a quienes, confiamos, les sea de provecho y utilidad al aplicar la reforma laboral en el futuro.

Luis Lizama Portal

Santiago, noviembre de 2016

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. LOS OBJETIVOS FUNDAMENTALES DE LA NUEVA LEY Y SU COMPLEJA APROBACIÓN	13
1. El proyecto de ley.	13
2. La discusión y aprobación en la Cámara de Diputados (primer trámite constitucional).	17
3. La discusión y aprobación en el Senado (segundo trámite constitucional).	18
4. La discusión y aprobación en el tercer trámite constitucional.	20
5. La discusión y aprobación en el cuarto trámite constitucional.	21
6. Requerimiento al Tribunal Constitucional.	22
6.1 Titularidad para ejercer el derecho a negociar colectivamente.	
6.2 Extensión de beneficios y práctica antisindical.	
6.3 Derecho de las organizaciones sindicales para requerir información de los trabajadores.	
6.4 Negociación colectiva con sindicato interempresa.	
7. El fallo del Tribunal Constitucional.	26
8. El veto supresivo y su aprobación por ambas Cámaras.	28
9. Requerimientos fallidos y control obligatorio de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional.	29
10. Promulgación y publicación de la ley	30
CAPÍTULO 2. LAS ORGANIZACIONES SINDICALES	31
1. Los cambios introducidos por la ley N°20.940.	31
2. La eliminación de prácticas abusivas.	33
2.1 La constitución del sindicato interempresa.	
2.2 El fuero del constituyente de un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales.	
2.3 El delegado sindical.	
2.4 La disolución del sindicato.	

3. La promoción del derecho de sindicación.	32
3.1 Las horas de trabajo sindical. 3.2 El derecho de información de las organizaciones sindicales. 3.3 La constitución del sindicato en la micro y pequeña empresa 3.4 El patrimonio sindical. 3.5 El fuero de los directores sindicales. 3.6 Las prácticas antisindicales. 3.7 El despido antisindical. 3.8 La supresión del delegado del personal. 3.9 El Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas.	
4. El fomento a la equidad de género.	56
4.1 El porcentaje de género en los directorios sindicales. 4.2 La integrante femenina de la comisión negociadora.	
CAPÍTULO 3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	59
1. La negociación colectiva.	59
2. El derecho a la negociación colectiva en la Constitución.	62
3. Las clases de negociación colectiva.	64
3.1 La negociación colectiva con las organizaciones sindicales.	
3.1.1 <i>La negociación colectiva con el sindicato de empresa.</i>	
3.1.2 <i>La negociación colectiva con el sindicato de trabajadores transitorios o eventuales.</i>	
3.1.3 <i>La negociación colectiva con el sindicato interempresa.</i>	
3.1.4 <i>La negociación colectiva con la federación y confederación.</i>	
3.2 La negociación colectiva con el grupo de trabajadores.	
4. Las empresas en la negociación colectiva.	71
4.1 Las empresas en que se debe negociar colectivamente. 4.2 Las empresas en que está prohibido negociar colectivamente.	
5. Los titulares de la negociación colectiva.	73
6. Los sujetos negociadores.	75
6.1 Los grupos negociadores. 6.2 Las organizaciones sindicales.	
7. El objeto de la negociación colectiva.	77
7.1 Las materias permitidas. 7.2 Las materias prohibidas.	
8. Los pactos de condiciones especiales de trabajo.	81
8.1 Materias que pueden regular los pactos de condiciones especiales de trabajo. 8.2 Fiscalización de los pactos.	
9. Las reglas generales de la negociación colectiva.	84

9.1 Los plazos y su cómputo. 9.2 Los ministros de fe.	
10. El procedimiento reglado y forzoso.	84
10.1 Inicio de negociación. 10.1.1 <i>Sin instrumento colectivo vigente.</i>	
10.1.2 <i>Con instrumento colectivo vigente.</i> 10.2 El contenido del proyecto de contrato colectivo. 10.3 La respuesta del empleador. 10.4 El piso de la negociación colectiva.	
10.5 Impugnaciones y reclamos. 10.6 Procedimiento de impugnación. 10.7 Recursos sobre la resolución dictada en este procedimiento. 10.8 Desarrollo de la negociación. 10.9 La buena fe dentro del proceso de negociación. 10.10 La comisión negociadora sindical y el comité de apoderados.	
10.10.1 <i>La comisión negociadora sindical.</i> 10.10.2 <i>La comisión negociadora del empleador o comité de apoderados.</i>	
10.10.3 <i>Los asesores a las comisiones negociadoras.</i> 10.11 La última oferta de empleador. 10.12 La votación de la última oferta del empleador. 10.13 El término del proceso de negociación colectiva. 10.13.1 <i>La firma del contrato colectivo.</i>	
10.13.2 <i>El contrato colectivo forzoso: suscripción del piso de la negociación.</i> 10.14 El fuero de la negociación colectiva.	
11. Los procedimientos de solución del conflicto colectivo.	102
11.1 La mediación. 11.1.1. <i>La mediación voluntaria de la negociación colectiva reglada.</i> 11.1.2 <i>La mediación obligatoria de la negociación colectiva reglada.</i> 11.1.3 <i>La mediación del procedimiento especial de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria.</i> 11.4 <i>La mediación laboral de conflictos colectivos.</i> 11.2 La reunión de asistencia técnica en la MIPE. 11.3 El arbitraje. 11.3.1 <i>El arbitraje voluntario.</i>	
11.3.2 <i>El arbitraje obligatorio.</i> 11.3.3 <i>Procedimiento aplicable al arbitraje obligatorio y voluntario.</i>	
12. Los instrumentos colectivos.	113
12.1 Definición. 12.2 Tipos. 12.3 Formalidades. 12.4 Contenido. 12.5 Duración y vigencia. 12.6 Modificación. 12.7 Exigibilidad. 12.8 Fiscalización. 12.9 Efectos. 12.9.1. <i>Eficacia normativa.</i>	
12.9.2 <i>Eficacia personal.</i>	

13. Las prácticas desleales en la negociación colectiva.	130
13.1 Las prácticas desleales del empleador. 13.2 Las prácticas desleales del empleador, de los trabajadores y de las organizaciones sindicales. 13.3. Las prácticas desleales de la empresa principal. 13.4 Las consecuencias jurídicas. 13.4.1 <i>Los efectos reparatorios.</i> 13.4.2 <i>Los efectos sancionatorios.</i>	
CAPÍTULO 4. LA HUELGA	137
1. El derecho a huelga.	137
2. La tipología de la huelga.	139
2.1 La huelga legal. 2.2 La huelga al margen del Código del Trabajo.	
3. Los límites del derecho a huelga.	145
3.1 Las empresas en que la huelga está prohibida. 3.2 La atención de servicios mínimos. 3.2.1 <i>Los servicios mínimos.</i> 3.2.3 <i>El equipo de emergencia.</i> 3.3 La reanudación de faenas. 3.4 Otros límites al derecho a huelga.	
4. El ejercicio del derecho a huelga en el procedimiento reglado y forzoso.	160
4.1 Convocatoria a la votación. 4.2 Oportunidad en que se debe efectuar la votación 4.3 la votación de la huelga. 4.4 La aprobación de la huelga o la última oferta del empleador. 4.5 Ejecución de la huelga. 4.5.1 <i>La mediación obligatoria de la Inspección del Trabajo.</i> 4.5.2 <i>Inicio de la huelga.</i> 4.5.3 <i>Votaciones durante la huelga.</i> 4.5.4 <i>Reanudación de negociación en huelga.</i> 4.5.5 <i>Suspensión de la huelga.</i> 4.5.6 <i>Término de la huelga.</i> 4.5.7 <i>La prohibición de reemplazo y el respeto a la libertad de trabajo de los no huelguistas.</i> 4.5.8 <i>La reincorporación individual del trabajador.</i>	
5. Efectos del derecho a huelga.	177
5.1 Respeto del contrato de trabajo. 5.2 Respeto de los huelguistas. 5.3 Respeto de los trabajadores que no están en huelga.	
6. El cierre temporal o lock out.	181
6.1 Concepto. 6.2 Procedimiento. 6.3 Efectos.	

CAPÍTULO 5. LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	185
1. El tribunal competente.	185
2. Las materias específicas.	185
2.1 Prohibición de negociar colectivamente. 2.2 Requerimiento de información por vía administrativa y judicial. 2.3 Impugnaciones y reclamaciones. 2.4 Reemplazo de huelguistas. 2.5 Declaración de lock out. 2.6 Declaración de empresas sin derecho a huelga. 2.7 Reanudación de faenas. 2.8 Servicios mínimos y equipos de emergencia.	
3. El procedimiento aplicable.	189
3.1 El procedimiento monitorio. 3.2 El procedimiento de tutela laboral. 3.3. El procedimiento especial ante la Corte de Apelaciones.	
4. Efectos de la interposición de acciones judiciales.	190
CAPÍTULO 6. OTROS TEMAS	193
1. Ampliación del catálogo de conductas discriminatorias del Código del Trabajo.	193
2. Sistemas excepcionales de distribución de la jornada de trabajo y descansos.	194
3. Vigencia de la ley.	195
3.1 La negociación colectiva reglada y vigencia de los instrumentos colectivos suscritos antes de la entrada en vigencia de la ley.	
3.2 Los servicios mínimos y los equipos de emergencia. 3.3 Delegado del personal. 3.4 Adecuación de estatutos sindicales.	
3.5 Dictación de reglamentos. 3.6 Constitución del Consejo Superior Laboral. 3.7 Informe de seguimiento del Consejo Superior Laboral.	
4. Modificaciones a las leyes N°19.886 de “Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios” y N°19.518 que fija el “Estatuto de Capacitación y Empleo”.	198
4.1 Preferencias y condiciones ventajosas para la postulación a la licitaciones o procesos de contratación con el Estado [art. 13	

de la ley N°20.940]. 4.2 Creación de nuevos programas de capacitación e instrucción con cargo al Fondo Nacional de Capacitación y Empleo [art. 14 de la ley N°20.940].

5. El Consejo Superior Laboral. 199

5.1 Miembros del Consejo. 5.2 Autoridades dentro del Consejo. 5.3 Sesiones. 5.4 Cesación en el cargo.

ABREVIATURAS 203

BIBLIOGRAFÍA 205

CAPÍTULO 1

Los objetivos fundamentales de la nueva ley y su compleja aprobación

La intención declarada del Gobierno al impulsar la ley N°20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones en el Código del Trabajo, correspondiente al Boletín N°9.835-13, fue aumentar los ingresos de los trabajadores mediante un incremento de su poder de negociación al interior de la empresa¹.

Para ello, el proyecto de ley propuso el fortalecimiento de las organizaciones sindicales y la promoción de la negociación colectiva a través de tres medidas concretas: la eliminación de los grupos negociadores, el goce automático de los beneficios pactados colectivamente por afiliación sindical y el fin del reemplazo en caso de huelga.

1. El proyecto de ley

De acuerdo con el Mensaje N° 1055-362, de S.E. la presidenta de la República, con el que se da inicio al trámite de la ley N°20.940, el objetivo de la iniciativa legal era el “desarrollo de relaciones laborales modernas, justas y equilibradas entre las partes, en las que predomine el diálogo y el acuerdo, combinando objetivos de equidad, eficiencia y productividad”².

Para alcanzar dichos objetivos, el proyecto de ley, por una parte, promueve la negociación colectiva a través de la ampliación de la cobertura de los trabajadores que pueden ejercerla y las materias que pueden ser acordadas

1 *Chile de Todos. Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018*, Santiago (2013), p. 92.

2 Mensaje N°1052-362, de 29 de diciembre de 2014.

entre las partes, y el establecimiento de procedimientos que faciliten la negociación entre empleadores y sindicatos. Y, por otro lado, fomenta el fortalecimiento de las organizaciones sindicales mediante el reconocimiento de su titularidad para los fines de la negociación colectiva y la extensión de los beneficios colectivos por afiliación sindical.

El mensaje presidencial planteaba que el ordenamiento jurídico laboral vigente a la época establecía “un conjunto de instituciones que, en lo sustantivo, deja en una posición muy asimétrica a las partes para negociar colectivamente. En consecuencia, se requiere nivelar las condiciones institucionales de la relación laboral, de manera que trabajadores y empleadores puedan negociar con igualdad de medios al interior de la empresa, potenciando la confianza, la colaboración estratégica y también buscando una mejor distribución de las ganancias de productividad”³.

Los fundamentos del proyecto de ley eran los siguientes:

- Baja cobertura de negociación colectiva. Según el mensaje presidencial: “la cobertura de la negociación colectiva en el año 2013 alcanzó apenas el 8.1% de los asalariados del sector privado bajo la modalidad reglada, y un 2% bajo la modalidad no reglada”⁴.
- Las observaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El mensaje se refiere a observaciones formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) a la legislación laboral sobre (a) exclusión de la negociación colectiva para aprendices y trabajadores contratados por obra o faena, (b) la coexistencia de grupos negociadores y sindicatos⁵, (c) el derecho a

3 *Ídem.*

4 A diciembre de 2013, el 17,2% de los trabajadores era parte de un instrumento colectivo y no un 10,1%. Lo anterior, se explica porque el Gobierno utiliza la tasa de negociación colectiva calculada respecto de la “fuerza de trabajo” que comprende a los “asalariados del sector privado”, al “personal de servicio”, a los “trabajadores por cuenta propia” y los “asalariados del sector público”. Esto es: para justificar su afirmación que la tasa de negociación colectiva está disminuida se vale de aquella que se calcula respecto de un universo con personas que no pueden negociar colectivamente (los trabajadores independientes y los funcionarios públicos). A diciembre de 2014, la tasa de negociación colectiva era del 18% según la Dirección del Trabajo

5 Los órganos de control de la OIT admiten la negociación colectiva con grupos negociadores cuando no hay sindicato en la empresa y, si lo hay, insta a los estados a que adopten medidas para garantizar que la existencia de tales grupos no sea utilizada en desmedro de la actividad

negociar colectivamente para el sindicato interempresa y (d) los límites al ejercicio de la huelga, en particular en lo referido al reemplazo de huelguistas.

El contenido del proyecto de ley era el siguiente:

- Ampliación de la cobertura de la negociación colectiva a trabajadores excluidos del ejercicio de este derecho. En particular, los aprendices que trabajan en grandes empresas, los trabajadores contratados por obra o faena que podrán negociar colectivamente a través de un procedimiento reglado especial y los trabajadores autorizados para contratar y despedir personal y quienes ejercen un cargo de mando e inspección.
- Titularidad sindical. Se reconoce al sindicato como "sujeto principal de la negociación colectiva, en representación de sus afiliados". El sindicato de empresa podrá negociar a través del procedimiento reglado y no reglado. El grupo negociador solo podrá negociar en aquellas empresas en que no hubiere sindicato a través de una modalidad de negociación semirreglada. Se reconoce el efecto colectivo por afiliación sindical y se prohíbe extender los beneficios pactados colectivamente al empleador, salvo autorización previa del sindicato.
- Titularidad sindical de organizaciones distintas al sindicato de empresa. El proyecto de ley reconoce el derecho a la negociación colectiva libre y voluntaria para las demás organizaciones sindicales.
- Titularidad sindical del sindicato interempresa. El mensaje le reconoce el derecho a negociar regladamente en el ámbito de la empresa al sindicato interempresa, "siempre y cuando cumplan con el *quorum* para negociar que se exige al sindicato de empresa".
- Ampliación del derecho a información de los sindicatos. El proyecto de ley establece la obligación del empleador de proporcionar a sus sindicatos información de la empresa, en forma periódica, para mejorar el nivel técnico y la calidad de la negociación colectiva.
- Simplificación del procedimiento de negociación colectiva reglada. El proyecto de ley simplifica el procedimiento reglado y reconoce el

sindical. Al respecto, véase, CLS (2006): 944 y 946. Es necesario hacer presente que tanto el Convenio sobre representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 135) como el Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154) admiten la coexistencia de grupos negociadores y sindicatos en una empresa. La República de Chile solo ha ratificado el Convenio (núm. 135).

principio de buena fe (deber de las partes de cumplir con las obligaciones y plazos previstos, sin poner obstáculos que limiten sus opciones de entendimiento). Del mismo modo, se fortalecen los instrumentos y opciones de mediación.

- Equilibrio de las partes en el proceso negociador mediante el derecho a huelga. Para efectos de dotar a los trabajadores de una huelga eficaz: se elimina la facultad del empleador de reemplazar a los huelguistas, se regula el procedimiento para la calificación de las empresas en las que no se puede ejercer el derecho a huelga, se establece un procedimiento de arbitraje obligatorio (gratuito para los trabajadores y a cargo de un cuerpo arbitral diverso, experto e independiente), se consagra la obligación del sindicato de proveer equipos de emergencia para cumplir los servicios mínimos y se regula la calificación de los mismos (en este orden: acuerdo de las partes, resolución de la Inspección del Trabajo y reclamo al juez laboral).
- El piso de la negociación. Para que las partes “concentren su diálogo en el mejoramiento de las condiciones remuneracionales futuras y no en asegurar la continuidad de lo obtenido en el proceso anterior” se obliga al empleador a responder el proyecto del sindicato con el “piso” de la negociación (remuneraciones y beneficios permanentes vigentes al momento de negociar colectivamente).
- Ampliación de materias de la negociación colectiva. El proyecto “busca reconocer una amplia libertad y autonomía a las partes para negociar y establecer acuerdos sobre otras materias propias de la organización del trabajo”. Para ello, se faculta a las partes a negociar pactos sobre condiciones especiales de trabajo en empresas con una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de sus trabajadores. Estos pactos podrán referirse a la distribución de la jornada y descansos, el establecimiento de bolsas de horas extraordinarias, la regulación y retribución de tiempos destinados a preparación para trabajar, así como a la jornada pasiva.
- Horas de trabajo sindical. Para que los dirigentes sindicales ejerzan adecuadamente su rol es necesario que se ausenten de su lugar de trabajo para realizar las labores propias de la representación sindical. Según el proyecto: “[n]uestra legislación reconoce este instrumento, pero lo denomina “permisos”, en circunstancias que no se trata de una

concesión sino de un derecho que debe ser reconocido para su finalidad intrínseca, esto es, para el trabajo sindical, de ahí que se proponga modificar la nomenclatura vigente, sustituyéndola por horas de trabajo sindical”.

- Modificaciones sustantivas al sistema de mediación y arbitraje. El proyecto de ley fortalece los mecanismos de mediación en la negociación colectiva reglada; regula un inédito procedimiento de mediación laboral de conflictos colectivos e incorpora un moderno sistema de justicia arbitral que será gratuito para los trabajadores y las empresas de menor tamaño.
- Igualdad de oportunidades. El proyecto de ley garantiza la integración de una trabajadora afiliada al sindicato que negocia colectivamente a la comisión negociadora.
- En materia de sindicalización. La iniciativa promueve modificaciones al Código del Trabajo (CT) para fortalecer a los sindicatos (prácticas antisindicales) y facilitar sus actividades. Se modifican reglas sobre los fueros sindicales, “haciéndose cargo de la necesidad de acotar la proliferación de malas prácticas que, finalmente, solo contribuyen a la debilitación de los sindicatos”.

El proyecto de ley fue ingresado el 29 de diciembre de 2014 a la Cámara de Diputados para su discusión legislativa.

2. La discusión y aprobación en la Cámara de Diputados (primer trámite constitucional)

La Cámara de Diputados aprueba el proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales (Boletín N°9.835-13) el 17 de junio de 2015 en primer trámite constitucional. Durante la tramitación legislativa en la Cámara, el Gobierno formuló indicaciones a su proyecto de ley en los meses de abril y junio de 2015⁶.

El proyecto aprobado por la Cámara mantuvo las ideas matrices del Mensaje,

⁶ Las indicaciones del Gobierno al proyecto de ley se formulan por Oficio N° 126-363, de 14.04.2015, Oficio N°445-363, de 03.06.2015 y Oficio N°431-363, de 03.06.2015, todos de S.E. la presidenta de la República.

pero efectuó los siguientes cambios:

- En cuanto al derecho de sindicación: (a) eliminó la regla sobre fuero del constituyente que dificultaba la conformación de sindicatos con fines ilícitos y aquella que exigía la elección de delegados sindicales ante un ministro de fe, (b) incorporó reglas sobre cuota del 30% de directoras en los sindicatos y (c) reconfiguró las conductas constitutivas de prácticas antisindicales para prescindir del elemento subjetivo en ellas.
- En cuanto a la negociación colectiva: (a) reformuló el derecho a información de los trabajadores (por tamaño de empresa y para nuevos sindicatos), (b) extendió la definición de instrumento colectivo a “toda clase de acuerdo, protocolo o pacto colectivo de trabajo, celebrado por las partes cualquiera sea su denominación”, (c) modificó el efecto de la respuesta fuera de plazo del empleador al proyecto de contrato colectivo del sindicato, (d) suprimió las reglas que permitían al sindicato forzar al empleador a una mediación (ante el inspector del trabajo) o el arbitraje (ante un tribunal arbitral), (e) eliminó la regla que permitía a las partes requerir reuniones directas a la Dirección del Trabajo (DT), e (f) incluyó un procedimiento especial de negociación colectiva para federaciones y confederaciones.
- En cuanto al derecho a huelga: (a) eliminó la referencia al ejercicio pacífico de la huelga, (b) amplió el período de *cooling-off* (reflexión) de 3 a 5 días, (c) reformuló los servicios mínimos respecto de los supuestos que permiten exigirlos al empleador y su calificación por las partes, (d) estableció que el árbitro debía fallar a favor de alguna de las proposiciones de las partes en el arbitraje forzoso, y (e) por falta de *quorum* no se aprobó el artículo que regulaba la calificación de las empresas en que no se puede hacer efectiva la huelga.
- En cuanto a la vigencia de la ley: redujo el período de vacancia legal de 12 a 6 meses.

3. La discusión y aprobación en el Senado (segundo trámite constitucional)

El Senado aprueba con modificaciones el proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales (Boletín N°9.835-13) en segundo trámite constitucional con fecha 10 de marzo de 2016.

El Senado introduce los siguientes cambios al proyecto de ley aprobado por la Cámara:

- En cuanto al principio de no discriminación laboral: incluyó nuevos criterios sospechosos de discriminación laboral al art. 2 del CT.
- En cuanto al derecho de sindicación: (a) restituyó la regla del proyecto original sobre fuero del constituyente de un sindicato interempresa, (b) rebajó el *quorum* para la constitución de un sindicato en la micro y pequeña empresa, y (c) reconfiguró la regulación de los delegados sindicales (exige la presencia de ministro de fe en su elección y aumenta el número de socios en una empresa para su elección en ella).
- En cuanto a la negociación colectiva: (a) incluyó un nuevo artículo que obliga a las partes a desarrollar la negociación colectiva en forma pacífica, (b) estableció que los integrantes de un grupo negociador permanecerán afectos al instrumento colectivo que celebren hasta su extinción, (c) restringió la definición de instrumento colectivo y no la aplicó a "acuerdos, protocolos o pactos colectivos de trabajo", (d) incorporó una regla que permite al empleador aplicar la reajustabilidad de remuneraciones por variación de Índice de Precios al Consumidor (IPC) a todos los trabajadores si la ofreció en su respuesta al sindicato, (e) incluyó una regla que autoriza al empleador a acordar en forma individual con sus trabajadores remuneraciones o sus incrementos fundados en criterios objetivos, (f) eliminó la regla que aplicaba el efecto ultraactivo cuando el sindicato no presentaba el proyecto de contrato colectivo dentro de plazo, no cumplía el *quorum* para su constitución o era disuelto, (g) introdujo una nueva regla que permite al empleador establecer períodos no aptos para negociar colectivamente en cada año, (h) reconfiguró la impugnación de la nómina de trabajadores y agregó el *quorum* del sindicato y otras reclamaciones, (i) eliminó el procedimiento especial de negociación colectiva para el sindicato interempresa, (j) reconfiguró los pactos sobre condiciones especiales de trabajo (se negocian colectivamente al margen del procedimiento reglado, se aplican a trabajadores sin afiliación sindical salvo pacto en contrario, se reduce el pacto de horas extraordinarias al trimestre y se incorporan dos nuevos pactos: distribución de la jornada laboral en 4 días y para trabajadores con responsabilidades familiares),

- (k) incorporó nuevas prácticas desleales en la negociación colectiva destinadas a garantizar el ejercicio del derecho a huelga a los trabajadores y (l) aumentó las multas por prácticas antisindicales o desleales, según el tamaño de la empresa.
- En cuanto a la huelga: (a) incorporó un nuevo artículo que establece que la huelga en la contratista no afectará a la empresa principal, (b) reemplazó la prohibición del reemplazo de los “puestos de trabajo durante la huelga” por “los trabajadores en huelga”, (c) incluyó una regla que establece que el recinto de la empresa no será sede sindical durante la huelga, (d) incorporó una regla que permite al empleador formular una nueva oferta durante la huelga que debe ser votada por los trabajadores, (e) introdujo una regla que permite la reincorporación individual del trabajador durante la huelga, (f) reconfiguró la calificación de los servicios mínimos (se acuerdan entre las partes, o bien, a falta de acuerdo, lo determina la Dirección del Trabajo) y la conformación de los equipos de emergencia (la resolución del Inspector del Trabajo no es reclamable judicialmente), (g) se aprobó con el *quorum* exigido la regla que se refiere a la calificación de las empresas en que los trabajadores no pueden hacer efectiva la huelga, e (h) incluyó una regla que permite al empleador, en uso de sus facultades legales, efectuar adecuaciones necesarias durante la huelga para asegurar que los trabajadores que no están en huelga efectúen las labores convenidas.
 - En cuanto a los procedimientos judiciales en la negociación colectiva: incluyó una regla que permite al juez suspender la negociación colectiva.
 - En cuanto a otras materias: creó el Consejo Superior Laboral.
 - En cuanto a la vigencia de la ley: introdujo nuevas reglas transitorias sobre vigencia de instrumentos colectivos celebrados antes de la vigencia de la reforma, ley aplicable a los procesos de negociación colectiva y calificación de servicios mínimos, entre otras.

4. La discusión y aprobación en el tercer trámite constitucional

La Cámara con fecha 23 de marzo de 2016, en discusión única, rechaza parcialmente las modificaciones introducidas por el Senado.

La Cámara rechaza las siguientes enmiendas que había formulado el Senado:

- La inclusión de un inciso segundo al art. 5: "Los derechos reconocidos por este Código deberán ser siempre ejercidos de buena fe y en forma pacífica".
- La introducción de un nuevo art. 6 bis: "La negociación colectiva deberá desarrollarse de manera pacífica entre las partes. Conforme lo establece el artículo 290 de este Código, incurrirá en práctica desleal o antisindical el empleador que ejerza fuerza física en las cosas, o física o moral en los trabajadores involucrados en la huelga durante el proceso de negociación colectiva. Incurrirá en la misma práctica indebida el o los trabajadores y dirigentes sindicales que ejerzan fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas durante el proceso de negociación colectiva, especialmente en el caso que trabajadores involucrados en la huelga impidan el ingreso a prestar servicios del personal directivo y de los trabajadores no involucrados en ella".
- La eliminación de la referencia al art. 362 y la inclusión de un inciso final al art. 315 sobre negociación semirreglada para grupos negociadores, del siguiente tenor: "Los trabajadores se mantendrán afectos al acuerdo de grupo negociador del que sean parte, hasta el término de su vigencia".
- El reemplazo del art. 318 sobre derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores en las grandes y medianas empresas.
- La supresión de los artículos 362, 363 y 364 sobre negociación colectiva del sindicato interempresa en la empresa.

5. La discusión y aprobación en el cuarto trámite constitucional

El trámite legislativo continuó entonces en su cuarto trámite constitucional con la conformación de una Comisión Mixta integrada por los diputados y senadores, todos miembros de las comisiones de Trabajo y Previsión Social de ambas cámaras. Tras un complejo trabajo de discusión dicha comisión emitió, el 6 de abril de 2016, un informe, el cual fue aprobado por la Cámara y el Senado en la misma fecha.

El informe de la Comisión Mixta propuso lo siguiente:

- Rechazar la enmienda del Senado para incorporar un nuevo inciso

- segundo al art. 5.
- Rechazar la enmienda del Senado para incorporar un nuevo art. 6 bis.
 - Aprobar el texto de la Cámara para el encabezado del art. 315 (se hace referencia al art.365) y aprobar la enmienda del Senado (incluir el inciso final).
 - Aprobar un nuevo art. 317 (corresponde al art. 316 de la ley N°20.940).
 - Aprobar la inclusión de un nuevo inciso final al art. 318, del siguiente tenor: “La información deberá ser entregada por la empresa siempre que cuente con cinco o más trabajadores en cada cargo o función, se asegure la reserva de la información individual de cada trabajador y no infrinja lo dispuesto en el artículo 154 bis de este Código”.
 - Aprobar la inclusión de un Capítulo I al Título V del Libro IV De la negociación colectiva del sindicato interempresa y de los trabajadores afiliados a sindicatos interempresa.

Así fue como, el 7 de abril de 2016, mediante el Oficio N° 12.454, la Cámara comunicó al Ejecutivo que se había aprobado el proyecto de ley. Asimismo, le informó que la Cámara debía remitir el proyecto al Tribunal Constitucional (TC) para el control de constitucionalidad preventivo que contempla el art. 93.1 de la Constitución Política de la República de Chile (CP) y, por ello, le pedía que le indicara si haría uso de la facultad que establece el art. 73 de la misma (formular observaciones al proyecto de ley).

6. Requerimiento al Tribunal Constitucional

El 6 de abril de 2016 los senadores de la oposición deducen un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, conforme el art. 93.3 de la CP⁷, respecto de las siguientes materias que son reguladas por el proyecto de ley:

6.1 Titularidad para ejercer el derecho a negociar colectivamente

Los requirentes objetan que el proyecto de ley suprima el derecho de los

⁷ El 12 de abril de 2016 se presenta el mismo requerimiento ante el TC por los diputados de la oposición.

trabajadores a negociar colectivamente, "a través de un subterfugio o excusa para que este solo sea ejercido a través de las organizaciones sindicales"⁸, vulnerando el art. 19.16-5 (derecho a la negociación colectiva), el art.19.19 (derecho de sindicación), el art 19.15 (derecho de asociación) y el art. 2 (igualdad ante la ley) de la CP.

Por lo anterior, solicitaron que fueran suprimidas las siguientes reglas del proyecto de ley:

- El art. 303-1 que introducía una nueva definición de negociación colectiva⁹.
- El art. 303-3 que establecía que los trabajadores deben negociar colectivamente a través de una organización sindical¹⁰.
- El art. 303-5 que prescribía que los trabajadores pueden negociar a través de coaliciones transitorias si en la empresa no existía una organización sindical¹¹.
- El art. 315 que regulaba la negociación semirreglada para los grupos negociadores¹².

8 STC N°3016(3026)-16-CPT, p. 8.

9 El art. 303-1 establecía lo siguiente: "Negociación colectiva, definición, partes y objetivo. La negociación colectiva es aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas contenidas en el presente Libro".

10 El art. 303-3 prescribía: "Los trabajadores tendrán derecho a negociar colectivamente con su empleador a través de la o las organizaciones sindicales que los representen, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en el Título IV de este Libro, a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el Título V de este Libro, o de forma directa, y sin sujeción a normas de procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 314".

11 El art. 303-5 señalaba: "En todas aquellas empresas en que no exista organización sindical con derecho a negociar, podrán hacerlo, según las normas previstas en el artículo 315, grupos de trabajadores unidos para ese efecto".

12 El art. 315 prescribía lo siguiente: "Negociación semirreglada. En las empresas en que no exista organización sindical con derecho a negociar colectivamente de conformidad a lo dispuesto en los artículos 328 y 365, los trabajadores podrán unirse para el solo efecto de negociar con su empleador, conforme a las reglas mínimas de procedimiento siguientes:

a) Deberá tratarse del mismo número de trabajadores que se exige para constituir sindicatos de empresa conforme al artículo 227.

b) Los trabajadores serán representados por una comisión negociadora, conformada por no menos de tres integrantes ni más de cinco, elegida por los involucrados en votación secreta celebrada ante un Inspector del Trabajo.

c) El empleador estará obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de cinco días. Si así no lo hiciera, se aplicará la multa prevista en el artículo 506.

6.2 Extensión de beneficios y práctica antisindical

En este capítulo, los requirentes objetan que al empleador se le prohíba extender los beneficios pactados colectivamente a los trabajadores sin afiliación sindical y que, al contrario, los beneficios se extiendan “de pleno derecho” a los nuevos socios de la organización sindical, a partir de la comunicación a la empresa de la afiliación del trabajador. De esta manera, se entiende vulnerado el art. 19.19-1 (libertad sindical negativa y positiva), el art. 19.2 (no discriminación arbitraria), el art. 19.15 (libertad de asociación), el art. 19.16-2 (libre contratación), el art. 19.16-3 (no discriminación laboral), el art. 19.21-1 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica) y el art. 19.24-1 y 3 (derecho de propiedad), todos de la CP.

Por lo anterior, solicitaron la supresión de las siguientes reglas del proyecto de ley por inconstitucionales:

- El art. 322.4 sobre acuerdo para la extensión de beneficios¹³.
- El art. 323 referido a los efectos de la afiliación sindical y la aplicación de las estipulaciones de un instrumento colectivo¹⁴.
- El art. 289.h sobre prácticas antisindicales por otorgar o convenir con

d) La propuesta final del empleador deberá ser aprobada ante el Inspector del Trabajo en votación secreta, por mayoría absoluta de los trabajadores involucrados.

e) El documento que se suscriba de conformidad a esta modalidad de negociación se denominará acuerdo de grupo negociador. Si se suscribiere un acuerdo sin sujeción a estas normas mínimas de procedimiento, este tendrá la naturaleza de contrato individual de trabajo para los involucrados. Los trabajadores se mantendrán afectos al acuerdo de grupo negociador del que sean parte, hasta el término de su vigencia”.

13 El art. 322.4: “Instrumentos colectivos y su contenido. Todo instrumento colectivo deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

4. El acuerdo de extensión de beneficios o la referencia de no haberse alcanzado dicho acuerdo”.

14 El art. 323: “Efecto de la afiliación sindical y aplicación de las estipulaciones de un instrumento colectivo. 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, conforme a los requisitos establecidos en dicho instrumento, a partir de la comunicación de la afiliación al empleador.

Las partes de un instrumento colectivo podrán acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical. En el caso antes señalado, para acceder a los beneficios dichos trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo.

El acuerdo de extensión de que trata el inciso anterior deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical”.

trabajadores sin afiliación sindical los mismos beneficios pactados en un instrumento colectivo celebrado con una organización sindical¹⁵.

6.3 Derecho de las organizaciones sindicales para requerir información de los trabajadores

En este capítulo, los requirentes objetan que el proyecto de ley permita a los sindicatos acceder a las planillas de remuneraciones nominativas de sus socios y a las remuneraciones innominadas de los trabajadores no sindicalizados, vulnerando el art. 19.4 (respeto y protección a la vida privada) y art. 19.5 (inviolabilidad de toda forma de comunicación privada), ambos de la CP.

Por lo anterior, solicitaron que fueran suprimidas las siguientes reglas del proyecto de ley:

- El art. 317-4 referido a la entrega de información específica al sindicato en la negociación colectiva¹⁶.
- El art. 318 sobre derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores en las grandes y medianas empresas¹⁷.

15 El art. 289.h: "Serán consideradas como prácticas desleales del empleador, las acciones que atenten contra la libertad sindical. Incurrirá especialmente en esta infracción:

h) Otorgar o convenir con trabajadores no afiliados a la organización u organizaciones que los hubieren negociado, los mismos beneficios pactados en un instrumento colectivo, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 323 de este Código.

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, e".

16 La frase impugnada en el art. 317-4 es la siguiente: "La información relativa a la planilla de remuneraciones de los trabajadores involucrados en la negociación podrá ser solicitada por las organizaciones sindicales que hayan sido autorizadas expresamente en sus estatutos o cuando su entrega haya sido autorizada expresamente por cada trabajador".

17 El art. 318 prescribe: "Derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores en las grandes y medianas empresas. Los sindicatos de empresa podrán una vez en cada año calendario solicitar a las grandes empresas, información sobre remuneraciones asignadas a trabajadores de los diversos cargos o funciones de la empresa que se encuentren contenidas en el registro a que se refiere el numeral 6) del artículo 154 de este Código.

La información deberá entregarse innominadamente, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que haya sido requerida.

En el caso de las empresas medianas, sus sindicatos podrán hacer este requerimiento solo como información previa a la negociación.

La información deberá ser entregada por la empresa siempre que cuente con cinco o más trabajadores en cada cargo o función, se asegure la reserva de la información individual de cada trabajador y no infrinja lo dispuesto en el artículo 154 bis de este Código".

6.4 Negociación colectiva con sindicato interempresa

Los requirentes solicitan que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional y suprima el art. 365¹⁸ del proyecto de ley por extender la negociación colectiva “más allá de la empresa, estableciendo esta modalidad como obligatoria para el empleador, al aplicar el procedimiento reglado de la negociación de empresa para las empresas medianas y grandes”¹⁹. De este modo, se entiende vulnerado el art. 19.16-5 (derecho a negociar colectivamente con la empresa en que se labore), el art. 19.2-1 y 2 (igualdad de trato) y el art. 19.21-1 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica), todos de la CP.

7. El fallo del Tribunal Constitucional

Luego de una revisión completa a todos los requerimientos presentados, el Tribunal Constitucional resolvió fallar el 9 de mayo de 2016, decidiendo:

18 El art. 365 prescribe: “Negociación colectiva de los trabajadores afiliados a un sindicato interempresa. Los trabajadores afiliados a un sindicato interempresa podrán negociar con su empleador conforme al procedimiento de la negociación colectiva reglada del Título IV de este Libro, con las modificaciones señaladas en este artículo.

Para los efectos de la negociación colectiva, los sindicatos interempresa deberán agrupar a trabajadores que se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica. Asimismo, para negociar colectivamente en una empresa, el sindicato interempresa deberá contar con un total de afiliados no inferior a los quorum señalados en el artículo 227, respecto de los trabajadores que represente en esa empresa.

El sindicato interempresa podrá negociar conforme a lo dispuesto en el artículo 314.

En la micro y pequeña empresa será voluntario o facultativo negociar con el sindicato interempresa. Si el empleador acepta la negociación, deberá responder el proyecto de contrato colectivo dentro del plazo de diez días de presentado. Si la rechaza, deberá manifestarlo por escrito dentro del mismo plazo de diez días.

En caso de negativa del empleador a negociar directamente con el sindicato interempresa, los trabajadores afiliados a él podrán presentar un proyecto de contrato colectivo e iniciar una negociación colectiva reglada con su empleador, entendiéndose para el solo efecto de este procedimiento que constituyen un sindicato de empresa, debiendo cumplir con el quorum señalado en el inciso segundo de este artículo.

En la mediana y gran empresa, la negociación colectiva de los trabajadores afiliados a un sindicato interempresa se realizará a través del sindicato interempresa.

La comisión negociadora sindical en la negociación colectiva reglada del sindicato interempresa estará integrada por los directores y los delegados sindicales que trabajen en la empresa en la que se negocia.

Podrán participar de las negociaciones los asesores de ambas partes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 332 de este Código”.

19 STC N°3016(3026)-16-CPT, p. 34.

- Acoger el capítulo sobre titularidad sindical para ejercer el derecho a negociar colectivamente y declarar inconstitucionales todas las disposiciones que fueron objetadas por los requirentes²⁰.
- Acoger parcialmente el capítulo sobre extensión de beneficios y práctica antisindical, declarar como inconstitucional el art. 323-1 y rechazar la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 289.h, 322.4 y 323-3 y 4.
- Rechazar los capítulos sobre “derecho de las organizaciones sindicales para requerir información de los trabajadores” y “negociación colectiva con sindicato interempresa”.

Los argumentos del TC para declarar inconstitucional la titularidad sindical fueron los siguientes²¹:

- El derecho a negociar colectivamente reside en los trabajadores individualmente considerados (c. 19), se condiciona el ejercicio del derecho al imponerse a los trabajadores la existencia de un sindicato de empresa (c. 21) y se impone a los trabajadores una prohibición *a priori*: no es posible negociar colectivamente a través de grupos negociadores (c. 24).
- Los grupos de trabajadores que se unen para el solo efecto de negociar colectivamente se fundan en el derecho de asociación (c. 29), son grupos intermedios (c. 29) y gozan de los mismos derechos que las organizaciones sindicales (c. 39, c. 40, c. 41, c. 43 y c. 45).
- El ejercicio del derecho de sindicación constituye un acto voluntario e individual de cada trabajador (c. 33 y c. 34).

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del efecto colectivo por afiliación sindical, los argumentos del TC fueron estos:

- El efecto colectivo por afiliación sindical constituye una cláusula de seguridad sindical que quebranta la “libertad sindical negativa” (c. 24 y c. 78).
- La vulneración de la libertad de contratación afecta significativamente la capacidad de la dirección de la empresa para decidir su marcha (c. 91 y c. 93).

²⁰ Al respecto, véase, *supra*. 6.1.

²¹ Los considerandos citados se refieren a STC N°3016(3026)-16-CPT.

8. El veto supresivo y su aprobación por ambas Cámaras

Tras lo resuelto por el Tribunal Constitucional la presidenta de la República, Michelle Bachelet, formuló, el 7 de mayo de 2016, observaciones al proyecto de ley.

El Ejecutivo fundamentó el ejercicio del veto porque “el Tribunal Constitucional ha acogido los requerimientos de constitucionalidad en contra de los artículos del proyecto que recogen el denominado principio de titularidad sindical, que constituye, a juicio nuestro, base fundamental para el necesario fortalecimiento de la organización de los trabajadores”.

En virtud de lo anterior: “sin el reconocimiento de la titularidad sindical en el proyecto de ley, las restantes disposiciones relacionadas con dicho principio deben ser revisadas en aras de garantizar la eficacia de las normas y de reestablecer los equilibrios perdidos en el sistema de relaciones laborales”.

El veto suprimió las siguientes reglas:

- El art. 303-4 referido al derecho a negociar colectivamente para los sindicatos que cumplieran con el *quorum* de constitución establecidos en el art. 227 del CT.
- Los artículos 376, 377 y 378 que regulaban los pactos sobre condiciones especiales de trabajo: (a) sistemas excepcionales de jornada de trabajo y descanso, (b) horas extraordinarias y (c) sobre tiempo de preparación para trabajar y jornada pasiva.
- La oración final del art. 341-1 respecto de la impugnación del cumplimiento del *quorum* del sindicato para negociar en la empresa.
- Las disposiciones transitorias 5, 7, 8 y 10: sobre vigencia de los pactos sobre condiciones especiales de trabajo suprimidos por el veto, cumplimiento del *quorum* para nuevos sindicatos y la prohibición de negociar colectivamente para grupos negociadores desde la publicación de la ley.

El 22 de abril de 2016, la Cámara y el Senado aprobaron el veto parcial de la presidenta de la República al proyecto de ley.

9. Requerimientos fallidos y control obligatorio de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional

El 3 de julio de 2016 un grupo de senadores (rol N°3117) y un grupo de diputados (rol N°3118) presentaron un requerimiento en contra del proyecto de ley, conforme el art. 93.3 de la CP. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró que ambos requerimientos eran inadmisibles por extemporáneos con fecha 27 de julio de 2016.

Asimismo, el 29 de junio de 2016 la Cámara comunicó a la presidenta de la República que se habían aprobado sus observaciones supresivas y que había remitido el proyecto de ley al Tribunal Constitucional para que ejerciera el control de constitucionalidad previsto en el art. 93.1 de la CP.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia, indicó que solo evaluará la constitucionalidad de aquellas disposiciones del proyecto de ley que haya considerado como propias de ley orgánica constitucional.

En virtud de la STC N°3112-2016-CPR, de 11 de agosto de 2016, se declara que la expresión "el o" y la palabra "sindicatos" del art. 402-1 son inconstitucionales, atendido que el derecho a reclamar judicialmente de la determinación de las empresas que no tendrán derecho a huelga, no puede ser reducido exclusivamente al sindicato porque la idea de titularidad sindical en la negociación colectiva es incompatible con la Constitución. Esta disposición vulnera el art. 19.16-5, el art. 19.2-2, el art. 19.15-1 y el art. 19.19-2, todos de la CP.

Respecto de las demás normas que tienen carácter orgánico constitucional, el Tribunal Constitucional declara que son constitucionales o conforme con la CP²².

22 Al respecto, el STC N°3112-2016-CPR estableció que: "2°. Que, el artículo 1°, numeral 13 del proyecto de ley, que intercala una nueva frase en el inciso primero del artículo 218 del Código del Trabajo, es constitucional" y "3°. Que, las disposiciones del Proyecto de ley contenidas en el artículo 1°, N° 36, que sustituye el Libro IV del Código del Trabajo, en lo que respecta a los artículos 313; 326; 362; 363, inciso primero; 386; 387, inciso primero; 394; 397, inciso primero; y 399, todas, de dicho cuerpo codificado, son conformes con la Constitución Política de la República".

10. Promulgación y publicación de la ley

Finalmente, la Cámara despachó el proyecto de ley a la presidenta de la República el 16 de agosto de 2016. El Ejecutivo por su parte promulgó la ley N°20.940 el 29 de agosto de 2016 y la publicó el 8 de septiembre de 2016 en el Diario Oficial.

CAPÍTULO 2

Las organizaciones sindicales

1. Los cambios introducidos por la ley N°20.940

El art. 19.19 de la CP ha consagrado el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley como un derecho fundamental.

El referido precepto constitucional reconoce la personería jurídica y garantiza la actuación de las organizaciones sindicales, al establecer que la ley deberá determinar la forma y condiciones para que estas gocen de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas y que deberá contemplar los mecanismos que aseguren la autonomía sindical de tales organizaciones.

La ley N°20.940 ha modificado algunas materias establecidas en el Código del Trabajo que regulan el ejercicio del derecho de sindicación. Desde ya, el Libro III ha pasado a denominarse "De las organizaciones sindicales" eliminando la expresión final "y del delegado del personal".

Las materias que son objeto de modificación son las siguientes:

- Incluye a los secretarios municipales como ministro de fe, en aquellas localidades en que no existan otros ministros de fe disponibles [art. 218]
- Cambia la regulación para la constitución del sindicato interempresa: solo podrán actuar como ministros de fe los inspectores del trabajo y el fuero del constituyente rige a contar de la formulación de la solicitud reservada de ministro de fe [art. 221]

- Modifica el *quorum* para la constitución de un sindicato en la micro y pequeña empresa [art. 227]
- Modifica la regulación aplicable a los delegados sindicales de los sindicatos interempresa y de trabajadores transitorios y eventuales [art. 229]
- Fija una proporción mínima de trabajadoras en el directorio sindical [arts. 231 y 278]
- Incluye nuevas causales de término del fuero de los directores sindicales [art. 243]
- Cambia la denominación “permiso sindical” por “horas de trabajo sindical” [arts. 249, 250, 252, 274 y 283]
- Aumenta de 1 a 3 las semanas de horas de trabajo sindical en el año calendario, para los directores y delegados sindicales [art. 250]
- Incorpora al patrimonio del sindicato, las cuotas sindicales de los exafiliados que se mantengan afectos a un instrumento colectivo negociado por la organización sindical, así como la cuota de los no afiliados a quienes se les han extendido los beneficios del contrato colectivo [art. 256]
- Establece la proporción en la cual el directorio sindical, de las federaciones y confederaciones debe estar integrado por mujeres [art. 272]
- Modifica la regulación de las prácticas antisindicales [arts. 289 y 290]
- Incluye como atentado a la libertad sindical, los casos en los cuales se impida el ingreso a trabajadores a las asambleas o el ejercicio de su derecho a sufragio [art. 291]
- Señala que el despido de un trabajador no aforado, como consecuencia de su afiliación sindical, no producirá efecto [art. 294]
- Incluye la posibilidad que el empleador solicite la disolución de la organización sindical [art. 297]
- Elimina la figura del delegado del personal [art. 302]

2. La eliminación de prácticas abusivas

2.1 La constitución del sindicato interempresa

El CT [art. 216.b] define el sindicato interempresa como “aquel que agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos”. El referido cuerpo legal, ha regulado el procedimiento de constitución de un sindicato interempresa, señalando lo siguiente:

- La constitución del sindicato interempresa se debe efectuar en una asamblea, que debe reunir el *quorum* señalado en el art. 228 del CT, esto es: el concurso de un mínimo de 25 trabajadores.
- La asamblea se debe realizar ante un inspector del trabajo: es el único ministro de fe autorizado para actuar en la conformación de un sindicato interempresa [art. 221-1 *in fine*]. En esta asamblea, mediante votación secreta, se aprobarán los estatutos y se elegirá el directorio.
- Los trabajadores que concurran a la constitución del sindicato interempresa gozarán de fuero laboral desde que se formule la solicitud reservada de ministro de fe para la asamblea constitutiva y hasta 30 días después de realizada ésta [art. 221-4]. En todo caso, según el Código del Trabajo, la asamblea deberá verificarse dentro de los 10 días siguientes a la solicitud de ministro de fe [art. 221-4 *in fine*].

El nuevo artículo 221 del CT, ha venido a solucionar la práctica abusiva del denominado “sindicato del día después”²³. Esta se producía porque los trabajadores que concurrían a la formación de un sindicato interempresa gozaban de fuero laboral desde los 10 días anteriores a la celebración de la asamblea constitutiva, lo que permitía la utilización fraudulenta del mismo²⁴. Lo anterior, porque un trabajador despedido podía constituir un sindicato interempresa con el solo objeto de gozar del fuero retroactivo del constituyente

23 Sobre el “sindicato del día después”, véase, Fernández (2014).

24 El derogado artículo 221-3 del CT señalaba: “Los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, gozan de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada. Este fuero no podrá exceder de 40 días”. Esta regla se conserva solo para los trabajadores que concurren a la conformación de un sindicato de empresa o establecimiento de empresa.

y, por esta vía, invalidar su despido²⁵.

En virtud de la nueva redacción del CT[art.221-4], se ha eliminado la posibilidad de aplicar fraudulentamente el fuero laboral que se origina con la constitución de un sindicato interempresa, toda vez que la cobertura del referido fuero comienza desde que se formula la solicitud reservada de ministro de fe ante la Inspección del Trabajo para efectuar la asamblea constitutiva. Por lo tanto, si un trabajador es despedido –cumpliendo con todas las formalidades legales– y luego concurre a la constitución de un sindicato interempresa, podrá ser reincorporado a la empresa, en virtud del fuero laboral del constituyente, solo si comprueba que había formulado una solicitud reservada de ministro de fe con anterioridad a su despido y que la asamblea constitutiva se ha efectuado dentro de los 10 días siguientes a la referida solicitud.

Finalmente, la ley limita el goce del fuero del constituyente, cualquiera sea el tipo de sindicato que se conforme, a un máximo de 2 veces durante cada año calendario [art. 221-6 en relación al art. 243-3] y sanciona como práctica antisindical el ejercicio malicioso o abusivo del fuero [art.290.f].

2.2 El fuero del constituyente de un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales

El sindicato de trabajadores transitorios o eventuales es aquel “constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes” [art 216.d]. Esto es: se trata de un sindicato conformado exclusivamente por trabajadores contratados por obra o faena.

El constituyente de un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales tendrá fuero laboral desde los 10 días anteriores a la celebración de la

²⁵ La DT mediante dictamen N°5.357/245, de 12.12.2003, concluyó que: “la finalidad que tuvo en vista el legislador para establecer el fuero de que gozan los trabajadores que concurren a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, ha sido la de fomentar la actividad sindical, procurando la debida protección de los constituyentes de una organización, otorgándoles estabilidad laboral durante los períodos previo e inmediatamente posterior a dicha constitución, y bajo circunstancia alguna se puede utilizar esta norma para obtener la permanencia en la empresa frente a un despido, cuestión que implica una transgresión a los fundamentos que se tuvo en vista para su establecimiento”.

respectiva asamblea y hasta el día siguiente de efectuada la misma [art. 221-5]²⁶. Este fuero no podrá exceder de 15 días y amparará a los trabajadores contratados por obra o faena, solo durante la vigencia del respectivo contrato, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos [art. 221-5 en relación al art. 243-6].

2.3 El delegado sindical

El delegado sindical es un representante de los trabajadores en aquellas organizaciones que tienen una base de origen multiempleadora: sindicato interempresa y sindicato de trabajadores transitorios y eventuales²⁷.

La finalidad de esta institución es la representación de aquellos trabajadores que no han elegido directores en un sindicato de base multiempleadora a través de la elección de un delegado sindical. Esta representación, a diferencia de la establecida para los directores sindicales, no requería formalidad alguna para su elección, conforme la ley derogada. Por lo mismo, la elección de los delegados sindicales debía ser regulada por los respectivos estatutos²⁸, los vicios o irregularidades cometidas en el proceso electoral debían ser conocidas y resueltas por los tribunales electorales regionales²⁹, y la nulidad de actuaciones derivadas de la elección de más delegados sindicales que los permitidos era materia de los tribunales de justicia³⁰.

26 Los trabajadores que constituyan un sindicato de empresa o establecimiento de empresa gozarán de fuero laboral desde los 10 días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta 30 días de realizada. Este fuero no podrá exceder de 40 días [art. 221-3].

27 Tapia (2005), pp. 379-382.

28 En el dictamen de la DT N°3839/193, de 18.11.2002, se establecía la obligación de "elegir" y no "designar" a los delegados sindicales, conforme los estatutos de la propia organización.

29 El dictamen de la DT N°3731979/174, de 17.05.2000 aclara que la Dirección del Trabajo carece de competencia para pronunciarse sobre la validez o nulidad del acto de elección de un delegado sindical y reenvía el conocimiento y resolución de la materia a los tribunales electorales regionales.

30 El dictamen de la DT N°3730/131, de 08.09.2003 se refiere al modo abusivo en que los sindicatos interempresa eligen más delegados sindicales que los permitido legalmente: "en aquellas empresas en donde los afiliados superan los 8 trabajadores los agruparían en el número mínimo que les permite elegir un delegado, esto es, conjuntos de 6 dependientes y, de este modo, llegarían a designar una cantidad superior de delegados sindicales de los que expresamente señala la ley".

Con el objeto de corregir los problemas que ha generado la institución del “delegado sindical”, los artículos 229 y 290.f del CT han modificado diversos aspectos de la misma, a saber:

- Se aumentó el número de trabajadores afiliados al sindicato de base multiempleadora necesario para que proceda la elección de 1 o más delegados sindicales.
- Se incluyó la obligación de realizar la votación del delegado sindical ante un ministro de fe.
- Se estipuló la obligatoriedad de informar al empleador de la elección del delegado sindical por medio de carta certificada.
- Se incorporó como práctica antisindical del trabajador el ejercicio de los derechos o fueros sindicales de mala fe o con abuso del derecho.

2.3.1 El número de delegados sindicales en la empresa

El art. 229-1 establece el número de delegados sindicales a elegir en la empresa, según la cantidad de socios del sindicato interempresa o de trabajadores eventuales o transitorios:

- 1 delegado sindical: si hay de 8 a 50 socios
- 2 delegados sindicales: si hay de 51 a 75 afiliados
- 3 delegados sindicales: si hay 76 o más socios

Según el art. 229-2: “si entre los trabajadores de la empresa se hubieren elegido uno o más directores sindicales, estos cargos se rebajarán en igual proporción del número total de delegados sindicales que corresponda elegir en la respectiva empresa”. Entonces, si en una empresa hay 80 socios de un sindicato de base multiempleadora y han elegido a 2 directores en la organización, tendrán derecho a elegir solo a 1 delegado sindical (y no a 3).

Finalmente, el art. 229-5 señala que la alteración, con posterioridad a la elección, del número de afiliados del sindicato, no modificará el número de delegados sindicales, el que deberá adecuarse en la próxima elección. Sin perjuicio de lo anterior, el sindicato estará obligado a informar a la Dirección del Trabajo, el cambio en su número de afiliados dentro de quinto día hábil.

2.3.2 La elección del delegado sindical

Conforme el art. 229-3, la elección del delegado sindical se debe realizar ante un ministro de fe, de aquellos señalados en el art. 218: inspector del trabajo, notario público, oficial del Registro Civil, funcionario de la Administración del Estado que sea designado en calidad de tal por la Dirección del Trabajo y el secretario municipal en aquellas localidades en las que no existan otros ministros de fe disponibles.

El directorio sindical deberá comunicar por escrito al empleador la elección del delegado sindical. Esta comunicación deberá efectuarse mediante carta certificada dirigida a la administración de la empresa, dentro de los 3 días hábiles laborales siguientes a la elección del delegado sindical, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva [art. 229-4].

2.3.3 El fuero del delegado sindical

Los delegados sindicales gozarán del mismo fuero que los directores sindicales, esto es: desde la fecha de su elección y hasta 6 meses después de haber cesado en el cargo [art. 229-3 en relación al art. 243].

2.3.4 La duración del mandato del delegado sindical

El mandato del delegado sindical durará el tiempo que se establezca en los estatutos del sindicato y, si estos nada dicen, su duración será la establecida para los directores sindicales [art. 235-6].

2.4 La disolución del sindicato

El art. 295-1 del CT ha establecido una "garantía sindical fundamentalmente respecto del Estado y del empleador, en cuanto impide la injerencia en el funcionamiento y autonomía de las organizaciones"³¹, al prescribir que las organizaciones sindicales no estarán sujetas a la disolución o suspensión administrativa. De este modo, la disolución de un sindicato solo procede por

31 Tapia (2005), p. 334.

el acuerdo de sus socios [art. 296] o en virtud de una sentencia judicial [art. 297-1].

La ley N°20.940 contempla la inclusión de una regla que permite al empleador solicitar fundadamente a la Dirección del Trabajo que demande ante el juez laboral la disolución de la organización sindical por incumplimiento grave de las obligaciones que le impone la ley o por haber dejado de cumplir con los requisitos necesarios para su constitución [art.297-2].

3. La promoción del derecho de sindicación

3.1 Las horas de trabajo sindical

Los denominados permisos o licencias sindicales se consideran junto al fuero, como una de las prerrogativas de la representación sindical, y significan el ejercicio de la actividad sindical, considerado, además, como un derecho fundamental en el art. 19.19 de la CP.

El objeto del ejercicio de esta facultad es "el desempeño eficaz de la función sindical, reconociéndose al representante sindical de los períodos de tiempo con tal objeto, sin que las limitaciones que el contrato de trabajo le impone, le restrinjan. La licencia sindical autoriza al representante sindical para desarrollar la actividad propia de esa función, en el período de tiempo que correspondería a su jornada laboral, por lo que la ley autoriza a dicho representante para liberarse de las obligaciones propias del contrato durante la jornada, sin que dicha acción constituya un ilícita contractual"³².

Con anterioridad a la ley N°20.940, estas prerrogativas se regulaban en los artículos 249 al 252 del CT con el nombre de "permiso sindical". Esta denominación fue cambiada por "horas de trabajo sindical" para denotar que el tiempo destinado por los representantes sindicales (directores y delegados) para cumplir sus funciones es equivalente a la prestación de servicios personales a favor del empleador.

32 Tapia (2005), p. 408.

El art. 249-1 establece que los empleadores deberán conceder a los directores y delegados sindicales las horas de trabajo sindical necesarias para ausentarse de sus labores con la finalidad de cumplir sus funciones, fuera del lugar de trabajo.

El CT regula las horas de trabajo sindical legal [art. 249], estatutario [art. 250.a], especial [art. 250.b] y convenido [art. 251].

3.1.1 Las horas de trabajo sindical legal

El art. 249 establece que estas horas no podrán ser inferiores a 6 horas semanales, y tratándose de directores de organizaciones sindicales con 250 o más trabajadores, no podrán ser inferiores a 8 horas semanales.

Los directores de una federación o confederación tendrán derecho a 10 horas semanales de horas de trabajo sindical para efectuar su labor, acumulables dentro del mes calendario [art. 274-3]. Los directores de una central sindical tendrán derecho a que el empleador le conceda hasta 24 horas semanales, acumulables dentro del mes calendario, de horas de trabajo sindical para efectuar su labor [art. 283-3]. En ambos casos, los directores podrán excusarse de su obligación de prestar servicios a su empleador por todo el período que dure su mandato y hasta un mes después de expirado este, sin derecho a remuneración.

Las horas de trabajo sindical podrán ser acumuladas dentro del mes calendario por cada director, quién además podrá ceder los mismos a uno o más de los otros directores, avisando previamente, por escrito al empleador.

El límite de horas de trabajo sindical podrá ser superiores a las ya señaladas, en caso de citaciones practicadas a los directores o delegados sindicales por autoridades públicas³³.

³³ Estas horas no se considerarán dentro de los límites semanales de 6 u 8 horas. Sin embargo, el empleador tendrá la facultad de solicitar que las mismas se acrediten debidamente. Para estos casos se entiende como citación la "acción de "avisar a uno señalándole día, hora y lugar para tratar de algún negocio" (Dictamen DT N°296/9, de 16.01.1995).

3.1.2 Las horas de trabajo sindical de carácter estatutario

El art. 250.a prescribe que los directores sindicales, con acuerdo de sus afiliados, podrán excusarse totalmente de su obligación de prestar servicios a su empleador, siempre que este período no sea inferior a 6 meses, horas sindicales que pueden extenderse hasta la totalidad del tiempo que dure su mandato [art. 250.a].

También podrá excusarse el dirigente de un sindicato interempresa en el caso de negociación colectiva, por el período que no exceda de un mes.

3.1.3 Las horas de trabajo sindical especial

El nuevo art. 250.b establece la facultad de los directores y delegados sindicales de hacer uso de hasta 3 semanas de horas de trabajo sindical en el año calendario para asistir a actividades destinadas a formación y capacitación sindicales, todo ello también de conformidad a los estatutos de la organización sindical.

En las horas de permiso sindical estatutario y especial, los directores o delegados sindicales comunicarán por escrito al empleador la circunstancia de que harán uso de estos permisos, con a lo menos 10 días de anticipación.

3.1.4 Las horas de trabajo sindical convenido

El art. 251 permite a los directores sindicales pactar con el empleador que se aboquen por el tiempo que convengan a sus labores, con o sin goce de remuneración.

3.2 El derecho de información de las organizaciones sindicales

La ley N°20.940 reconoce el derecho de información que tienen las organizaciones sindicales respecto de su empleador, distinguiéndose dos aspectos del mismo, según se esté o no en proceso de negociación colectiva.

3.2.1 *Derecho de información periódica en las empresas*

3.2.1.1 Derecho de información periódica

Las empresas están obligadas a proporcionar anualmente información financiera a sus sindicatos. La modalidad en que debe ser cumplida esta obligación dependerá del tamaño de la empresa.

Así, el art. 315 del CT establece que las grandes empresas deberán entregar una vez al año a los sindicatos de empresa, el balance general, el estado de resultados y los estados financieros auditados, si los tuvieren, dentro de un plazo de 30 días contados desde que aquellos se encuentren disponibles. En el mismo plazo, deberán entregar toda otra información de carácter público que conforme a la legislación vigente estén obligadas a poner a disposición de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), pero en este caso el plazo se contará desde que se haya puesto a disposición de la referida Superintendencia.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de nuevos sindicatos, la información anterior deberá ser entregada dentro del plazo de 30 días contado a partir de la comunicación [art. 315-3].

El art. 318 del CT establece que la micro, pequeña y mediana empresas deberán proporcionar anualmente a los sindicatos de empresas constituidos en la misma, la información sobre sus ingresos y egresos de que acuerdo al régimen tributario al que se encuentren acogidas declaren ante el Servicio de Impuestos Internos (SII) para efectos de impuesto a la renta. El plazo de entrega de esta información será de los 30 días siguientes a la declaración anual de impuesto a la renta.

3.2.1.2 Derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores³⁴

³⁴ El fallo del TC rechazó el requerimiento formulado por senadores y diputados de la oposición para declarar inconstitucional el nuevo art. 317 del CT [a la época del control constitucional estaba signado con el número 318] fundado en que no había infracción al derecho fundamental a la vida privada [art. 19.4 de la CP]. El argumento de los requirentes era que el nuevo art. 317 vulneraba el derecho a la vida privada porque (a) la remuneración conlleva todo tipo de rasgos

Respecto de las condiciones para la entrega de esta información se hace una distinción de acuerdo al tamaño de la empresa, así:

El art. 317-1 establece que, en las grandes empresas, una vez al año, sus sindicatos tendrán la facultad de solicitar a su empleador, información sobre las remuneraciones asignadas a trabajadores de los diversos cargos o funciones de la empresa, de acuerdo al registro sobre la materia³⁵. Esta información deberá ser entregada innominadamente dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que haya sido requerida.

Conforme el art. 317-3, en las empresas medianas, sus sindicatos solo podrán solicitar esta información en forma previa a la negociación colectiva, y dentro del plazo previsto en el art. 316: 90 días antes del vencimiento del instrumento colectivo vigente, y, en cualquier época si no lo hay.

La entrega de la información anterior operará siempre que se asegure la reserva de la información individual de cada trabajador y que no se infrinja la obligación a que se refiere el art. 154 bis, esto es: que el empleador no divulgue información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral³⁶. Por lo mismo, el empleador deberá proporcionar esta información en forma innominada (sin nombre), reservada (sin dato alguno que permita identificar al trabajador) y garantizando el

e identidad, (b) no hay interés público que justifique una intromisión en esta materia, y (c) la información proporcionada por el empleador a un tercero (el sindicato) podía ser difundida sin restricciones por el receptor. Desafortunadamente, al rechazar este capítulo del requerimiento, el TC solo analiza la impugnación al artículo sobre "derecho de información específica para la negociación colectiva" y no hay justificación alguna para esta disposición. STC 3016-16 (3026-16) CPT.

- 35 Es el registro de cargos o funciones (con mención de sus características esenciales) de las grandes empresas que debe estar incorporado al reglamento interno de orden, higiene y seguridad, según el art. 154.6 del CT. Este registro permite la aplicación del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo conforme el art. 62 bis del CT.
- 36 El dictamen de la DT N°1662/39, de 02.05.2003 ha sostenido que: "en la hipótesis que [el empleador] proporcionara contratos de trabajo - con la consiguiente información que este instrumento contiene - además de sueldos, indemnizaciones, derechos previsionales y finiquitos, significaría, sin duda alguna, una grave transgresión al deber de confidencialidad que el empleador debe observar con antecedentes del ámbito específicamente privado de sus dependientes".

derecho de intimidad del trabajador (sin aportar datos sensibles conforme la definición que hace el art. 10 de la ley N°19.628).

Con todo, la legislación establece que esta información solo deberá entregarse en los casos que la empresa cuente con 5 o más trabajadores en cada cargo o función.

3.2.2 Derecho de información en negociación colectiva

Según el art. 316-2 del CT, en caso de negociación colectiva, las grandes y medianas empresas, estarán obligadas a proporcionar a requerimiento de los sindicatos, dentro de los 90 días previos al vencimiento del instrumento colectivo vigente en el caso de que exista uno, y en cualquier época en el caso de que no existiera instrumento colectivo, la siguiente información:

- planilla de remuneraciones pagadas a los trabajadores afiliados a la organización sindical que requiere dicha información, distinguiendo en el mismo documento; haberes, detalles de ingreso a la empresa, y cargo o función que desempeñe.
- valor actualizado de los beneficios que son parte del instrumento colectivo vigente.
- costos globales de mano de obra de la empresa de los dos últimos años, y en el caso de que en la empresa hubiere estado vigente un instrumento colectivo por un periodo superior a dos años, se deberán acompañar los costos globales de toda la duración de dicho instrumento.
- la información periódica a que se refieren los art. 315 y 318, ya analizados.
- toda aquella información que a juicio del empleador no tenga el carácter de confidencial, y que incida en la política futura de inversiones de la empresa.

Conforme el art. 316-3, en las micro y pequeñas empresas, las organizaciones sindicales con derecho a negociar colectivamente, solo podrán solicitar dentro de los 90 días previos al vencimiento del instrumento colectivo vigente, o, en cualquier época, en el caso de que no hubiera tal instrumento, los siguientes antecedentes:

- planillas de remuneraciones pagadas a los afiliados de la organización sindical, desagregados por haberes.

- valor actualizado de los beneficios que son parte del instrumento colectivo vigente.
- costos globales de mano de obra de la empresa de los dos últimos años, y en el caso de que en la empresa hubiere estado vigente un instrumento colectivo por un periodo superior a dos años, se deberán acompañar los costos globales de toda la duración de dicho instrumento.

En cuanto a las planillas de remuneraciones de los trabajadores involucrados en la negociación, es necesario que dicha autorización o conste de manera expresa en los estatutos de la organización sindical, o que cada trabajador haya autorizado expresamente dicha entrega [art. 316-4]³⁷.

En todo caso, la empresa, cualquiera fuere su tamaño, tendrá un plazo de 30 días para hacer entrega de la información solicitada por el sindicato. El plazo se contará desde el requerimiento formulado por la organización sindical [art. 316-6].

Finalmente, el art. 316-7 le otorga derecho a la comisión negociadora del grupo negociador de requerir la siguiente información al empleador:

- planilla de remuneraciones pagadas a los trabajadores que conforman el grupo negociador que requiere dicha información, desagregada por haberes y con el detalle de ingreso a la empresa y cargo o función desempeñada.
- valor actualizado de los beneficios que son parte del instrumento colectivo vigente, si hubiere.

³⁷ El fallo del TC rechazó el requerimiento formulado por senadores y diputados de la oposición para declarar inconstitucional el inciso cuarto del nuevo art. 316 que permite a los sindicatos solicitar a los empleadores "planillas de remuneraciones" de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva, a condición que se les haya autorizado a hacerlo en los estatutos, fundado en que no había infracción al derecho fundamental a la vida privada [art. 19.4 de la CP]. Los argumentos del TC fueron los siguientes: (a) se trata de una información necesaria para la negociación colectiva, (b) el estatuto de los sindicatos puede regular los derechos y deberes de los socios, conforme la "autonomía sindical" garantizada en el art.19.19 de la CP, (c) si la información remuneratoria fuese un dato sensible será necesario el consentimiento del afectado y el trabajador lo da personalmente o a través del estatuto, (d) el art. 19.19 asegura la libertad de reglamentación a través de los estatutos, (e) la DT deberá fijar el sentido de la expresión "planilla de remuneraciones" en uso de sus potestades interpretativas, (f) si el sindicato transfiere la información a terceros, tal conducta está sancionada como práctica desleal en dos hipótesis: el art. 290.e y el art. 404.c, y (g) no hay contradicción entre la obligación de información y el deber de reserva del art. 154 bis del CT. STC 3016 (3026) -16 CPT.

La comisión negociadora deberá ser autorizada previamente por los trabajadores para requerir esta información al empleador. En este caso, la empresa tendrá un plazo de 5 días para efectuar la entrega de la información solicitada.

3.2.3 Derecho a requerir información por vía administrativa y judicial

Según el art. 319-1, si el empleador no cumple con entregar la información en la forma y plazos previstos en la ley, el o los sindicatos afectados podrán solicitar a la Inspección del Trabajo que requiera al empleador para su entrega.

Con todo, en el caso de que el empleador no de cumplimiento a la solicitud, el o los sindicatos podrán recurrir al juez laboral conforme al procedimiento monitorio regulado en el art. 504. El juez, previa revisión de los antecedentes, ordenará en la primera resolución que el empleador haga entrega de la información, bajo apercibimiento legal.

Cabe destacar que la negativa del empleador a proporcionar la información periódica regulada por los artículos 315 y 317 se tipifica como una práctica antisindical, de acuerdo a lo previsto en el artículo 289.b del CT. En el caso que el empleador incumpla su obligación de entregar la información durante la negociación colectiva, tanto en la oportunidad como en la autenticidad de la información entregada, incurriría en una práctica desleal, según el art. 403.c.

Como contrapartida, las organizaciones sindicales podrían incurrir en una práctica antisindical si divulgan a terceros ajenos a las mismas, los documentos o la información que hayan recibido del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservados [art. 290.e], o bien, una práctica desleal la divulgación de los documentos o la información recibida del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservada se efectúa a terceros ajenos a la negociación colectiva [art.404.c].

3.3 La constitución del sindicato en la micro y pequeña empresa

El art. 227-3 del CT modifica el *quorum* para la constitución del sindicato en la

micro y pequeña empresa, esto es: empresas con 50 o menos trabajadores³⁸. En estas empresas, podrán constituir un sindicato el 50% de sus trabajadores, siempre y cuando, cuenten con un mínimo de 8.

Para efectos del *quorum*, si la empresa tiene un número impar de trabajadores, el 50% se calculará sobre el número par inmediatamente anterior a aquel. Así, por ejemplo: si la empresa tiene 21 trabajadores, deberán concurrir a la conformación del sindicato un mínimo de 10 trabajadores y no 11 (es el 50% de 20 que es el par inmediatamente anterior a 21).

En todo caso, según el art. 227-3, para el cómputo del número total de trabajadores de la empresa, se descontarán aquellos impedidos de negociar colectivamente de acuerdo al art. 305. En la micro y pequeña empresa tienen prohibición de negociar colectivamente: (a) los trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y estén dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes y (b) el personal de confianza que ejerza cargos superiores de mando³⁹. La circunstancia que estos trabajadores no sean considerados para el cómputo del número total de dependientes de la empresa, no les priva de su derecho a afiliarse a una organización sindical [art. 227-3 *in fine*].

Con todo, también resulta aplicable a la micro y pequeña empresa la regla promocional del art. 227-2, en virtud de la cual, si en la empresa no existe sindicato vigente, bastará la concurrencia de 8 trabajadores a su conformación, debiendo completarse el *quorum* exigido, en el plazo máximo de un año [art. 227-3].

38 El art. 505 bis del CT clasifica las empresas, en función del número de trabajadores, en micro, pequeña, mediana y gran empresa. La micro empresa es aquella que tiene contratados entre 1 a 9 trabajadores, la pequeña empresa es la que tiene contratados de 10 a 49 trabajadores, la mediana empresa es la que tiene contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa la que tiene contratados 200 trabajadores o más. En sentido estricto, la regla del art. 227-3 también sería aplicable a una mediana empresa que tuviere 50 trabajadores contratados

39 El art. 305-4 del CT establece que las micro y pequeñas empresas podrán excusarse de negociar colectivamente con los trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje. O sea: a los aprendices no se les impide negociar colectivamente, aunque el empleador en las micro y pequeñas empresas podrá negarse a hacerlo con ellos.

3.4 El patrimonio sindical

Uno de los aspectos de la autonomía sindical se refiere a la financiera, señalándose que “para el cumplimiento de sus finalidades, las organizaciones sindicales deben contar con los recursos necesarios que le permitan desarrollar sus actividades, para lo cual el sindicato en cuanto persona jurídica, puede contar con un patrimonio que se origina en diversas fuentes”⁴⁰.

A este respecto el antiguo art. 256 del CT establecía que el patrimonio sindical estaría compuesto por: (a) las cuotas ordinarias o extraordinarias de los afiliados a la organización, (b) los aportes de los trabajadores adherentes a un instrumento colectivo y (c) los aportes de aquellos trabajadores a quienes el empleador le hubiere hecho extensivo parte o la totalidad de los beneficios del mismo instrumento. Además, formaban parte de este patrimonio: las donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte que se le hicieren, el producto de la venta de los activos de la organización, por las multas cobradas a los socios y las demás fuentes que establecieran sus estatutos.

La nueva redacción del art. 256 CT establece que dicho patrimonio estará compuesto por las cuotas ordinarias y extraordinarias ya señaladas, eliminándose lo referido a las cuotas o aportes de los adherentes y de los trabajadores a quienes se le extendieron los beneficios, sustituyéndose únicamente estos aportes por los siguientes:

- El aporte o cuota sindical ordinaria del exafiliado que se mantenga afecto al instrumento colectivo negociado por la organización a la que pertenecía en el caso de que luego se haya desafiliado, en los términos establecidos en el art. 323-2 del CT. En otras palabras, el exsocio se mantendrá afecto al instrumento colectivo del que fue parte y quedará obligado al pago del total de la cuota ordinaria de su exsindicato durante toda la vigencia del mismo instrumento.
- La cuota sindical ordinaria de los trabajadores no afiliados que hayan aceptado que se les aplique la extensión de beneficios de acuerdo al art. 322-2 del CT. En este caso, los trabajadores a quienes se les hagan extensivo el o los beneficios deberán aceptar esta extensión, y junto con

40 Tapia (2005), p. 360.

ello obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical.

En todo lo demás, el art. 256 no se modifica y siguen siendo parte del patrimonio sindicato el resto de los componentes indicados, lo que serán administrados por los directores de la organización sindical de acuerdo al art. 258 del CT.

3.5 El fuero de los directores sindicales

El fuero sindical es "una prerrogativa sindical en cuya virtud la ley consagra respecto de quienes cumplen funciones de representación sindical, un estado de excepción que impide el despido del trabajador que se encuentre revestido de tal calidad, por la sola voluntad del empleador. En tales casos, la ley ha establecido un mecanismo de carácter jurisdiccional, en el que se debe solicitar la autorización judicial para el despido, en los casos que el empleador estime que corresponde el despido por causa legal"⁴¹.

Conforme el art. 243-1 del CT el fuero del director sindical se extiende desde la fecha de su elección y hasta 6 meses después de haber cesado su cargo. Este fuero suplementario no se aplica en caso que el director sindical haya dejado el cargo: (a) por censura de la asamblea sindical, (b) por sanción aplicada por el tribunal competente que signifique hacer abandono de su cargo, (c) por término de la empresa o (d) por renuncia al sindicato. Esta última causal fue agregada por la ley N°20.940.

Asimismo, el art. 243-1 incorporó una nueva regla que establece que el fuero de los directores sindicales terminará cuando caduque la personalidad jurídica de la organización sindical, en dos casos:

- Si el sindicato no subsana los defectos de constitución o conforma sus estatutos a las observaciones formuladas por la Inspección del Trabajo dentro del plazo de 60 días contados desde su notificación, o dentro del mismo plazo, no reclama de las mismas observaciones ante el juez laboral [art. 223-3]

41 Tapia (2005), p. 390.

- Si el sindicato “en formación” no completa el *quorum* exigido legalmente en el plazo máximo de un año [art. 227-2].

Los delegados sindicales gozarán del fuero sindical, en los mismos términos y condiciones regulados para los directores sindicales [art. 229-3].

3.6 Las prácticas antisindicales

Los artículos 289-1 y el 290-1 modifican la expresión “prácticas desleales” por “prácticas antisindicales”, conservando la definición legal. Esto es: las prácticas antisindicales del empleador, del trabajador o de las organizaciones sindicales son “las acciones que atenten contra la libertad sindical”.

Con anterioridad a la vigencia de la ley N°20.940, el CT utilizaba al término “prácticas desleales” en término generales, refiriéndose con ello tanto a los actos que atentaban contra la libertad sindical como aquellas conductas lesivas a la libertad sindical ejecutadas por el empleador, los trabajadores o las organizaciones sindicales durante la negociación colectiva.

En este sentido, entendemos que la modificación introducida por la nueva normativa obedece a la idea de diferenciar las conductas atentatorias de la libertad sindical (prácticas antisindicales) de aquellas prácticas lesivas de la libertad sindical que se producen dentro de un contexto de negociación colectiva (prácticas desleales).

El art. 289 del CT señala de manera enunciativa y no taxativa casos específicos de prácticas antisindicales del empleador, modificándose dichos numerales en el siguiente tenor:

- Se cambia la frase “el que obstaculice” por “obstaculizar” la formación o funcionamiento de sindicatos, modificándose luego la frase “el que maliciosamente ejecutare” por “ejecutar maliciosamente” actos tendientes a alterar el *quorum* de un sindicato y se agrega como práctica antisindical “despedir a trabajadores por haber manifestado su intención de sindicalizarse” [art. 289.a].
- Se reemplaza la frase “el que se niegue” por “negarse” a proporcionar la

- información a que se refieren los artículos 316 y 318 del CT [art. 289.b].
- Se cambia la frase “el que ofrezca u otorgue beneficios especiales con el fin exclusivo de desestimar la formación de un sindicato” por “ofrecer u otorgar beneficios especiales que signifiquen desestimar la formación de un sindicato” [art. 289.c]. En este caso: se elimina el elemento subjetivo que lleva implícito el enunciado “con el fin exclusivo” y se reemplaza por la expresión: “que signifiquen”⁴².
 - Se modifica la frase “el que realice” por “realizar” alguna de las acciones indicadas en las letras anteriores con la finalidad de evitar la afiliación de un trabajador a un sindicato ya existente [art. 289.d]
 - Se varía la frase “el que ejecute” por “ejecutar” actos de injerencia sindical, tales como los mencionados en el respectivo párrafo [art. 289.e].
 - Se reemplaza “el que ejerza discriminaciones indebidas entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimar la afiliación o desafiliación sindical” por “ejercer discriminaciones indebidas entre trabajadores que signifiquen incentivar o desestimar la afiliación o desafiliación sindical” [art. 289.g]. Al igual que en la letra c), se elimina el elemento subjetivo que está implícito en el enunciado “con el fin exclusivo de incentivar o desestimar” y se le reemplaza por el aserto “que signifiquen”. Ello, para que esta práctica pase a ser una conducta objetiva.

En un sentido similar, en el art. 290 del CT, que se refiere a las prácticas antisindicales del trabajador, de la organización sindical y del empleador, se modifica el modo en que se expresan las acciones constitutivas de tales conductas, así:

- Se reemplaza “el que acuerde” por “acordar” con el empleador la ejecución de alguna de las “prácticas antisindicales”, término este último que sustituye al término de “prácticas desleales” [290.a].

42 En la jurisprudencia judicial se ha discutido si es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo en la práctica antisindical para que se configure la conducta. Esto es: si debe existir la intención de afectar la libertad sindical y si tal elemento debe ser probado o no directamente. La CS en sentencia recaída en la causa rol N°8.174-2009 ha concluido que el elemento subjetivo (intencionalidad o mala fe) solo es exigido por el legislador tratándose de las prácticas desleales durante la negociación colectiva y no respecto de las prácticas antisindicales tipificadas en los artículos 289, 290 y 291 del CT. En contra, la misma CS en fallo recaído en causa rol N°7856-2012, exigió la concurrencia del elemento volitivo para configurar la práctica antisindical en el caso de las conductas que sanciona el art. 289 del CT.

- Se cambia el término “el que acuerde” por “acordar” con el empleador el despido de un trabajador u otra medida de discriminación [290.b].
- Se sustituye el término “los que apliquen” por “aplicar” sanciones de multa o de expulsión de un afiliado [290.c]
- Se modifica la frase “el que de cualquier modo presione” por el término “presionar” a el empleador a fin de imponerle la designación de un determinado representante [290.d].
- Se varía la frase “los miembros del directorio de la organización sindical que divulguen a terceros ajenos a este” por “divulgar a terceros ajenos a la organización sindical” los documentos o la información confidencial y reservado que hayan recibido del empleador [290.e].

3.6.1 *Las nuevas prácticas antisindicales*

La ley N°20.940 incorpora al listado enunciativo anterior nuevas prácticas antisindicales del empleador.

3.6.1.1 *Las nuevas prácticas antisindicales del empleador.*

El art. 289 del CT ha incorporado nuevas conductas constitutivas de prácticas antisindicales, esto es, atentatorias contra la libertad sindical, a saber:

- Despedir a trabajadores por haber manifestado su intención de sindicalizarse [art. 289.a *in fine*]. Se trata de la inclusión de una práctica antisindical específica en contra del derecho de sindicación: el despido de un trabajador como represalia por haber expresado (por cualquier vía) su intención de conformar un sindicato o afiliarse a uno ya existente.
- Negarse a reincorporar en sus funciones a un dirigente sindical aforado, frente al requerimiento de un fiscalizador de la Inspección del Trabajo (IT), salvo que el tribunal respectivo haya decretado la separación provisional del trabajador de conformidad a lo establecido en el art.174-2 [art. 289.f]. Se refiere a los casos en que el empleador hubiere despedido a un dirigente sindical sin iniciar el trámite de desafuero y se niegue a reincorporarlo aun existiendo requerimiento de un inspector del trabajo. En este caso se entiende que hay práctica antisindical por el solo hecho de la negativa del empleador ante el requerimiento de reintegro del

trabajador aforado por parte del fiscalizador.

- Otorgar o convenir con trabajadores no afiliados a la organización u organizaciones que los hubieren negociado, los mismos beneficios pactados en un instrumento colectivo, salvo lo dispuesto en el art. 322-4 del CT. 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 [art. 289.h]. Se entiende que el empleador incurrirá también en una práctica antisindical cuando otorgue a trabajadores no afiliados a una organización sindical o que no hayan negociado colectivamente, los mismos beneficios que obtuvo la organización sindical que negoció, salvo que se trate de trabajadores a quienes se les haya extendido el instrumento colectivo con arreglo a lo dispuesto en el art. 322 del CT. En este caso, se establece que no hay práctica antisindical cuando el empleador aplica a los trabajadores sin afiliación sindical una cláusula de reajustabilidad de remuneraciones conforme a la variación del IPC pactada en el instrumento colectivo firmado con el sindicato, a condición que haya ofrecido tal estipulación en su respuesta al proyecto de contrato colectivo.
- No descontar o no integrar a la organización sindical respectiva las cuotas o aportes sindicales, ordinarios o extraordinarios, que corresponda pagar por los afiliados, o la cuota o aporte convenido en un acuerdo de extensión de conformidad al artículo 323, cuando este proceda [art. 289.i]. Esta conducta antisindical reemplaza al actual art. 289.g del CT y se refiere a los casos en que el empleador no efectúa el descuento de las cuotas (ordinarias o extraordinarias) a los afiliados de la organización sindical, o bien, la cuota o el aporte que le corresponde pagar a los trabajadores a quienes el empleador les extendió todo o parte del instrumento colectivo celebrado con una organización sindical y en virtud de un acuerdo de extensión firmado entre las partes.

3.6.1.2 Las nuevas prácticas antisindicales del trabajador, las organizaciones sindicales y el empleador.

Los artículos 290 y 291 han incorporado las siguientes conductas atentatorias contra la libertad sindical:

- Ejercer los derechos sindicales o fueros que establece el CT de mala fe o con abuso del derecho [art. 290.f]. Con la ley N°20.940, se agrega como conducta lesiva de la libertad sindical una nueva hipótesis: el ejercicio de los derechos sindicales y, en especial, el fuero sindical, contrariando el principio de la buena fe (cuestión que impone la abstención de incurrir en actos deshonestos) o con abuso de derecho (uso contrario a los fines de la regla legal o que exceda los límites del propio derecho).
- Impedir el ingreso de los trabajadores a las asambleas o el ejercicio de su derecho a sufragio [art. 291.b *in fine*]. Con la inclusión de estas nuevas conductas se protege el ejercicio de los derechos de militancia del socio en cuanto integrante de una organización democrática.

3.6.1.3 La sanción de las prácticas antisindicales

El art. 292 modifica la estructura de las sanciones aplicables a las prácticas antisindicales, regulándolas en función del tipo de empresa. Así, la regulación anterior que establecía una multa general de 10 a 150 unidades tributarias mensuales, es modificada por el siguiente rango de multas:

- En la micro empresa: de 5 a 25 UTM
- En la pequeña empresa: de 10 a 50 UTM
- En la mediana empresa: de 15 a 150 UTM
- En la gran empresa: de 20 a 300 UTM

Según el art. 292-2, la determinación de la cuantía de la multa, dentro del rango respectivo, será fijada teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y el número de trabajadores involucrados o afiliados a la organización sindical. En caso de reincidencia en las medianas y grandes empresas, el juez podrá duplicar o triplicar las multas.

Las multas serán a beneficio del Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, administrado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social [art. 292-3] y no del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo [SENCE].

3.7 El despido antisindical

El art. 294 del CT regula los efectos del término del contrato de un trabajador no amparado por el fuero laboral, ocurrido con ocasión de una práctica antisindical concreta del empleador: en represalia de (a) su afiliación sindical, (b) su participación en actividades sindicales, o bien, (c) su participación en una negociación colectiva.

Esta nueva regla modifica el “despido antisindical” establecido por ley N°19.759 que permitía calificarlo así: “en la medida que se acreditase que la decisión de desvinculación del trabajador se adoptó en el contexto de una práctica antisindical”⁴³. Por ende, la regla original era más amplia que la nueva, ya que permitía aplicar los efectos del despido antisindical a cualquiera que se produjera con ocasión de una práctica antisindical o desleal.

Según el art. 294 el “despido antisindical” se puede producir en virtud del despido del trabajador o del término de su contrato de trabajo y su efecto es la nulidad del mismo y la consecuente reincorporación del trabajador. Lo anterior, porque el nuevo art. 294 hace aplicable el procedimiento de tutela laboral al “despido antisindical” sin las reglas del “despido discriminatorio grave” que permiten al trabajador optar entre la reincorporación, o bien, el pago de las indemnizaciones (a) por falta de aviso previo, (b) por despido indebido, improcedente o injustificado y (c) compensatoria fijada por el juez laboral.

En consecuencia, la legitimación activa por el “despido antisindical” le corresponderá exclusivamente al trabajador afectado (y no a otro trabajador o una organización sindical) y el efecto será la nulidad del término del contrato de trabajo y su reincorporación al empleo (y no habrá derecho a elegir el pago de indemnizaciones indicadas en el párrafo anterior, en vez del reintegro).

3.8 La supresión del delegado del personal

La ley deroga la figura del “delegado del personal” que se le definía como “un

43 Toledo (2013), p. 321.

trabajador que sirve de nexo de comunicación entre el grupo de trabajadores que lo ha elegido y el empleador y su personal directivo y es, además, representante de dicho grupo ante autoridades del trabajo”⁴⁴.

Para abrogarlo, la ley elimina la expresión “delegado del personal” en los artículos 153 (sobre facultad del delegado de personal para impugnar las disposiciones del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad), 156 (obligación de entrega de un ejemplar del Reglamento Interno al delegado del personal), 177 (respecto de la firma del delegado del personal en un finiquito) y en el Libro III del CT y deroga totalmente el art. 302 que regulaba la institución.

Sin perjuicio de lo anterior, el delegado del personal que hubiere sido elegido antes de la publicación de la ley podrá permanecer en sus funciones hasta expirar el período para el cual fue elegido, con goce de fuero laboral [art. 5 transitorio].

3.9 El Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas

El art. 2 de la ley N°20.940 crea este Fondo, que tendrá por objeto financiar proyectos, programas y acciones de formación sindical, promoción del diálogo social y desarrollo de relaciones laborales colaborativas entre empleadores y trabajadores. Los recursos del Fondo serán asignados por la Subsecretaría del Trabajo mediante concurso o licitación pública. Un reglamento dictado a través del MTPS, suscrito también por el Ministro de Hacienda, establecerá las normas de administración y operación de este Fondo y las demás disposiciones que sean necesarias para su implementación.

El Consejo Superior Laboral propondrá anualmente los criterios generales para la asignación de los recursos del Fondo.

Se establece, además, en la misma norma, que al menos el 40% de los recursos que se asignen anualmente del Fondo deberán destinarse a proyectos, programas y acciones de formación, promoción y difusión que se ejecuten

44 Gamonal (2012), p. 180.

fuera de la Región Metropolitana de Santiago, siempre que exista un número suficientes de propuestas que cumplan con los requisitos técnicos que se establezcan al efecto.

En el mismo sentido, el 20% de los recursos del fondo se destinarán a proyectos, programas o acciones focalizados en trabajadores y empleadores pertenecientes a micro y pequeñas empresas.

El art. 3 de la ley N°20.940 establece de manera expresa los conceptos que formarán parte de este fondo:

- El aporte que se contemple anualmente en la Ley de Presupuestos.
- Las multas por sanciones con motivo de prácticas antisindicales a que se refiere el art. 292 del CT y prácticas desleales a que se refiere el art. 406 del CT.
- Las donaciones que se le hagan, y las herencias y legados que acepte, a través de la Subsecretaría del Trabajo, con beneficio de inventario. En todo caso, aquellas estarán exentas de toda clase de impuestos y de todo gravamen o pago que les afecte. Asimismo, se establece expresamente que las donaciones no requerirán del trámite de insinuación.
- Los aportes que se reciban por vía de cooperación internacional a cualquier título.
- Los demás recursos que se perciban por otros conceptos.

4. El fomento a la equidad de género

La ley N°20.940 promueve la representación femenina al interior del sindicato, por dos vías: (a) asegurando un porcentaje mínimo de trabajadoras en el directorio sindical y (b) garantizando que haya, a lo menos, una integrante en la comisión negociadora laboral.

En ambos casos, la finalidad es garantizar que los intereses de las trabajadoras se expresen en la actividad cotidiana del sindicato y en la negociación colectiva con el empleador.

4.1 El porcentaje de género en los directorios sindicales

De acuerdo a estudios realizados recientemente, a contar del año 2002, la participación de la mujer en la actividad sindical ha presentado un aumento sostenido y mayor a la tasa de crecimiento de la sindicalización masculina⁴⁵. Lo anterior, explica la necesidad de generar espacios y regular formalmente la participación de la mujer en las organizaciones sindicales.

Al respecto, la ley N°20.940 incorpora importantes cambios en relación con la participación femenina en las organizaciones sindicales:

- El art. 231-2 del CT, establece los requisitos y condiciones mínimas que se deben contemplar en los estatutos de la organización sindical para resguardar que, a lo menos, un tercio de los directores con derecho a fuero, sean trabajadoras, salvo que el porcentaje de socias del sindicato sea inferior al tercio, en cuyo caso, la proporción femenina del directorio corresponderá al porcentaje de las afiliadas al sindicato.
- La misma regla se contempla en el art. 272-2 del CT respecto del directorio de las federaciones y confederaciones, y en el art. 278-4 en lo referido a las centrales sindicales.

En consecuencia, se asegura la presencia femenina en el directorio sindical con derecho a fuero y demás prerrogativas, según sea el caso (inamovilidad funcionaria, horas de trabajo sindical y licencia), en una proporción mínima equivalente al porcentaje de mujeres afiliadas a la respectiva organización sindical.

4.2 La integrante femenina de la comisión negociadora

El art. 330 establece que la representación del sindicato en la negociación colectiva reglada corresponderá a la comisión negociadora sindical. Esta comisión estará integrada por el directorio sindical respectivo. Si la negociación

⁴⁵ El incremento experimentado por la sindicalización femenina es casi el doble de la masculina en el período comprendido entre los años 2002 y 2013. Al 2013, la tasa de sindicalización de los hombres era del 15,2% y la de las mujeres del 12,7%. Ese mismo año, las mujeres representaban el tercio de los trabajadores sindicalizados (35,1%). Al respecto, véase, Riquelme y Abarca (2015), pp. 31-32.

colectiva es iniciada por más de un sindicato la comisión estará conformada con los directores que sean designados en el proyecto de contrato colectivo.

El art. 330-3 obliga a la inclusión de una trabajadora en la comisión negociadora, siempre y cuando, el sindicato tenga afiliación femenina y no haya ninguna mujer formando parte de la referida comisión. En este caso, se deberá incorporar a una representante elegida por el o los sindicatos, conforme lo regulen sus estatutos. Si estos nada indican, la trabajadora deberá ser elegida en asamblea convocada al efecto, en votación universal.

Esta regla general tiene una excepción para la micro y pequeña empresa en el art. 330-4: la trabajadora que deba integrar la comisión negociadora en la hipótesis indicada en el párrafo anterior, sustituirá a uno de los miembros que deban integrarla por derecho propio. Por lo tanto, no se agrega una integrante a la comisión negociadora, sino que la trabajadora reemplaza al director o a alguno de los directores sindicales que deben conformarla según la ley.

Finalmente, el art. 330-5 extiende el plazo de término del fuero de la negociación colectiva para la trabajadora que deba integrar la comisión negociadora. Este fuero se extiende, en su caso, hasta 90 días, contados desde la firma del contrato colectivo, o bien, desde la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado.

Es del caso señalar que las materias de la negociación colectiva se han ampliado en el art. 306-2, permitiendo que las partes pacten (a) acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, (b) el ejercicio de la corresponsabilidad parental, (c) planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa y (d) acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad. En todas estas materias, es relevante la representación de los intereses de las trabajadoras en la comisión negociadora laboral.

CAPÍTULO 3

La negociación colectiva

1. La negociación colectiva

La negociación colectiva es regulada en forma detallada por nuestro ordenamiento jurídico laboral en el Libro IV del Código del Trabajo, denominado precisamente “De la Negociación Colectiva”, que fue sustituido íntegramente por la ley N°20.940.

El proyecto original contaba con una definición de negociación colectiva⁴⁶ que se refería únicamente a las organizaciones sindicales como sujetos negociadores, la que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional⁴⁷, en virtud de lo cual se suprimió del texto definitivo. Así, el nuevo Libro IV del CT no contiene una definición de negociación colectiva, lo que deja la puerta abierta a interpretaciones sobre el particular.

El Tribunal Constitucional sostuvo al efecto que la negociación colectiva es el derecho de cada trabajador de manifestarse de forma grupal para la consecución de un interés colectivo consistente en negociar con su empleador condiciones de trabajo, entre ellas la más importante, la retribución por su

46 El art. 303-1 del proyecto la definía como “aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas contenidas en el presente Libro”.

47 STC N°3016(3026)-16-CPT, c. 3°.

trabajo⁴⁸. Asimismo, la doctrina ha sostenido que la negociación colectiva cumple, a lo menos, una triple función, como medio de solución de conflictos, fuente de creación de normas laborales e instrumentos de gobierno del sistema de relaciones laborales en su conjunto⁴⁹.

Así las cosas, es posible construir la siguiente definición de negociación colectiva: es un procedimiento mediante el cual los trabajadores ejercen su derecho a negociar colectivamente con uno o más empleadores, a través de organizaciones sindicales o grupos de trabajadores que se unen para este efecto, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo con la ley.

Entonces, los elementos de la negociación colectiva son los siguientes:

- Un procedimiento, que podrá estar establecido por el Código del Trabajo o ser definido libre y voluntariamente por los sujetos negociadores, en el que existe discusión y negociación en forma previa a la suscripción de un instrumento colectivo.
- Las partes, que son los empleadores y los trabajadores, estos últimos organizados en sindicatos o grupos que se unen para el solo efecto de negociar colectivamente.
- Una finalidad de carácter colectivo, que consiste en fijar condiciones de trabajo y remuneraciones con eficacia normativa, esto es, el instrumento colectivo que se celebre afectará a cada uno de los contratos individuales de los trabajadores que son parte del mismo, por un tiempo determinado: entre 2 y 3 años.

En cuanto a la normativa vigente, el art. 303-1 del CT, que regula las partes de la negociación colectiva, prescribe que las mismas “deberán negociar de buena fe, cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos en las disposiciones siguientes, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre las partes”.

48 STC N°3016(3026)-16-CPT, c. 19° al 24°.

49 Gamonal, Sergio (2011), p. 213.

Esta disposición impone un deber de corrección general a las partes de la negociación colectiva, basado en la buena fe, en su calidad de principio general del derecho que como tal rige a todo el ordenamiento jurídico, y resultaría aplicable a las distintas clases de negociación colectiva que contempla el CT.

El principio de que tanto los trabajadores como los empleadores deben negociar de buena fe, tiene manifestaciones concretas según el Comité de Libertad Sindical de la OIT (CLS):

- Los empleadores y trabajadores deben hacer todo lo posible por llegar a un acuerdo y celebrar negociaciones verdaderas y constructivas para establecer y mantener una relación de confianza entre las partes.
- Los sujetos negociadores deben realizar esfuerzos para llegar a un acuerdo, evitando todo retraso injustificado en el desarrollo de las negociaciones
- El respeto mutuo de los compromisos asumidos en los acuerdos colectivos es un elemento importante del derecho de negociación colectiva y debería ser salvaguardado para establecer relaciones laborales sobre una base sólida y estable⁵⁰.

Luego, el art. 303-2 del CT dispone que para los efectos de “determinar si dos o más empresas deben ser consideradas como un solo empleador para efectos de la negociación colectiva, se estará a lo dispuesto en los incisos cuarto y siguientes del artículo 3°”.

De este modo, remite a la figura del único empleador para efectos laborales y previsionales regulada en el art. 3 del CT, que en su inciso final dispone que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán negociar colectivamente con este, conforme lo establece el art. 507-2.

Según el art. 507-2, la declaración de empleador único para efectos laborales y previsionales requiere que sea deducida una acción judicial, la cual puede interponerse en cualquier tiempo, salvo durante el período de negociación colectiva regulada por el Libro IV del CT. Si el período de tramitación del juicio sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, se suspenden los plazos y efectos de la negociación colectiva y se extiende la

50 CLS (2006), párrafos 935, 937 y 940.

duración del contrato colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, momento en que se reanuda la negociación en la forma que determine el tribunal. Para la DT, la oportunidad para la presentación del proyecto de contrato colectivo deberá ser el día 30 contado desde la certificación de ejecutoria de la sentencia⁵¹.

2. El derecho a la negociación colectiva en la Constitución

A diferencia de otros tópicos laborales que admiten cuestionamientos, la negociación colectiva es reconocida expresamente como un derecho fundamental en la CP, como parte del derecho a la libertad de trabajo y su protección, contemplado en el art. 19.16.

En cuanto a la titularidad para ejercer el derecho a negociar colectivamente, la materia ha sido objeto de debate. Por una parte, hay autores que sostienen que esa titularidad corresponde al sindicato, criticando la figura de los grupos negociadores⁵², mientras que, por otra, se afirma que el derecho a negociar colectivamente es un derecho individual, que solo se ejerce de forma colectiva, ya sea a través del sindicato o de los grupos negociadores.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre la materia, resolviendo que el derecho a negociar colectivamente corresponde a todos y cada uno de los trabajadores. En otros términos, la activación o determinación originaria para ejercerlo o no reside en los trabajadores individualmente considerados⁵³, aunque se ejerza de forma colectiva. En consecuencia, concluyó que la agrupación voluntaria de trabajadores para efectos de negociar colectivamente era una manifestación del derecho de asociación⁵⁴, reconocido constitucionalmente, y que, por tanto, el tratamiento desfavorable que se le daba a los grupos negociadores en el proyecto de ley original era inconstitucional. Por lo mismo, el Tribunal Constitucional determinó que la regla que establecía la titularidad de la organización sindical en el ejercicio

51 Dictamen de la DT N°1054/22, de 18.02.2016.

52 Caamaño (2008), p. 283 y siguientes, y Rojas (2007), p. 25.

53 STC N°3016(3026)-16-CPT, c. 15°.

54 STC N°3016(3026)-16-CPT, c. 29°.

del derecho fundamental a la negociación colectiva era inconstitucional⁵⁵.

Reconocido y delimitado así el derecho a negociar colectivamente, la CP le impone ciertos límites:

- El art. 19.16-5 dispone que “la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar”. De esta disposición constitucional, se infiere que lo que se consagra como derecho fundamental es el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente con la empresa en que laboran, y no bajo modalidades como la negociación colectiva interempresa o por rama o sector productivo⁵⁶. Por otra parte, la Constitución delega en la ley la determinación de las empresas en que no se podrá negociar colectivamente⁵⁷.
- El art. 19.16-5 y 6 prescribe que “la ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”. De este modo, luego de reconocer el carácter de derecho fundamental del trabajador a la negociación colectiva con la empresa en que labora, se establece que será la ley quien fijará los contornos del mismo: las modalidades de la negociación, los procedimientos destinados a facilitar la negociación colectiva y el arbitraje obligatorio. La Constitución permite restringir el ejercicio del derecho a la negociación colectiva tratándose de empresas en las que sus trabajadores no pueden hacer efectiva la huelga [art. 19.16-7], en cuyo caso, sin acuerdo dentro del plazo legal, la negociación colectiva deberá someterse a un arbitraje obligatorio.

55 STC N°3016(3026)-16-CPT, c. 22°.

56 En virtud del principio de la negociación libre y voluntaria (negociación voluntaria de los instrumentos colectivos y autonomía de los interlocutores en la negociación), el CT permite que la negociación colectiva abarque más de una empresa. En el caso, del procedimiento especial de negociación para los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria [Capítulo II, Título V, Libro IV] y de las presentaciones efectuadas por federaciones y confederaciones [Título X, Libro IV].

57 Al respecto, véase, *infra*. 4.2.

3. Las clases de negociación colectiva

De acuerdo a la legislación vigente, los trabajadores tienen derecho a negociar colectivamente de las siguientes formas:

- A través de la o las organizaciones sindicales que los representen, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en el Título IV del Libro IV.
- A través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el Título V del Libro IV, vale decir, las reglas especiales para la negociación colectiva de los trabajadores afiliados a sindicatos interempresa y de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria.
- De forma directa y sin sujeción a normas de procedimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 314 CT, que establece la negociación no reglada.
- Por medio de los grupos de trabajadores establecidos para el solo efecto de negociar.

3.1 La negociación colectiva con las organizaciones sindicales

3.1.1 La negociación colectiva con el sindicato de empresa

Una primera clase de negociación colectiva es con el sindicato de empresa, que corresponde a la versión más ajustada al derecho fundamental a negociar colectivamente de la CP, como hemos señalado. Esta negociación colectiva puede, a su vez, ser de dos formas:

3.1.1.1 Reglada y forzosa.

La negociación colectiva reglada está regulada en el Título IV del Libro IV del CT, y su principal característica es que resulta forzosa u obligatoria para el empleador. En tal sentido, el art. 337 del CT estipula que si el empleador no responde oportunamente el proyecto de contrato colectivo será sancionado con una multa, y que si llegado el vigésimo día de presentado sigue sin darle respuesta se entenderá que lo acepta.

Esta clase de negociación colectiva otorga fuero laboral a los trabajadores

afiliados a la organización sindical involucrada en la negociación, desde 10 días antes de la presentación del proyecto de contrato colectivo y hasta 30 días después de la suscripción del mismo o de la notificación del fallo arbitral, en su caso. Asimismo, gozarán de fuero los trabajadores que se afilien a la organización sindical durante el proceso de negociación, a partir de la comunicación de ello al empleador y hasta 30 días después de la suscripción del mismo o de la notificación del fallo arbitral, según corresponda [art. 309].

Finalmente, la negociación colectiva reglada contempla expresamente el derecho a huelga para los trabajadores y el derecho al cierre temporal de la empresa para el empleador, conforme a lo dispuesto en el Capítulo VI del Título IV del Código del Trabajo.

3.1.1.2 No reglada y voluntaria

El art. 314 CT establece que: “en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones voluntarias, directas y sin sujeción a normas de procedimiento, para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado”.

De su sola definición podemos concluir que, a diferencia de la negociación reglada, resulta voluntaria para el empleador toda vez que exige un acuerdo de voluntades entre las partes.

Esta clase de negociación colectiva no da lugar a los derechos y prerrogativas del procedimiento reglado, como son el fuero laboral, la huelga y el *lock out*, y concluye con la suscripción de un convenio colectivo.

3.1.2 La negociación colectiva con el sindicato de trabajadores transitorios o eventuales

De acuerdo al art. 365-1 del CT, los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria solo podrán negociar colectivamente en forma no reglada, conforme al art. 314 CT, y a través del procedimiento reglado

especial establecido en el Capítulo II del Título V del Libro IV, denominado “De la Negociación Colectiva de los Trabajadores Eventuales, de Temporada y de Obra o Faena Transitoria”.

Cabe destacar que el texto del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados⁵⁸ contemplaba para las organizaciones sindicales que afilien a trabajadores eventuales, de temporada o de obra o faena transitoria, la facultad de negociar colectivamente en forma reglada por aplicación del Título IV del Libro IV del CT, pero que ello fue eliminado del texto final.

Por otro lado, las empresas están obligadas a negociar con estos trabajadores solo en caso que se trate del procedimiento reglado especial de los Trabajadores Eventuales, de Temporada y de Obra o Faena Transitoria, y que la obra o faena transitoria tenga una duración superior a 12 meses [art. 365-2]. Lo anterior nos lleva a concluir que, de tratarse de una negociación conforme a las reglas de la negociación colectiva no reglada, o de una duración inferior a la señalada, el empleador no estará obligado a negociar colectivamente con estos trabajadores.

Asimismo, y conforme a la parte final del art. 365-2 del CT, los trabajadores que negocien conforme a esta negociación reglada especial no gozarán de fuero de negociación colectiva ni de huelga.

En cuanto al procedimiento reglado especial en estudio, consta de las siguientes etapas:

- Se inicia con la presentación de un proyecto de convenio colectivo a una o más empresas una vez iniciada la obra o faena [arts. 366 y 367].
- Este proyecto deberá cumplir los requisitos del art. 366-2, entre los que destaca, que deberá contener la determinación de la obra o faena o periodo de tiempo comprendido en la negociación.
- El empleador deberá responder en el plazo de 5 días desde su presentación, y en caso que se presente a 2 o más empresas, deberá

⁵⁸ El art. 365-1 del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados señalaba que “La organización sindical que afilie a trabajadores eventuales, de temporada o de obra o faena transitoria, podrá negociar colectivamente conforme a lo dispuesto en el artículo 314 o a las disposiciones previstas en este capítulo.” Así, no se excluía la posibilidad de negociación colectiva reglada.

- señalar expresamente si decide negociar en forma conjunta o separada, lo que deberá comunicar a la comisión negociadora sindical [art. 368].
- Las partes podrán reunirse el número de veces que estimen necesario, y podrán solicitar la mediación de la IT [arts. 369 y 370].
 - Las estipulaciones del convenio colectivo se tendrán como parte integrante de los contratos de trabajo de los trabajadores afiliados a la o las organizaciones sindicales que los hubieren negociado, incluidos aquellos que se afilien con posterioridad [art. 371-1].
 - El convenio colectivo podrá incluir pactos sobre condiciones especiales de trabajo [art. 372].
 - Los convenios de provisión de puestos de trabajos regulados en el art. 142 del CT podrán negociarse conforme a las reglas de este procedimiento [art. 373].

3.1.3 La negociación colectiva con el sindicato interempresa

La negociación colectiva con el sindicato interempresa está regulada en el art. 364 del CT, que forma parte del Capítulo I del Título V del Libro IV. En él se establece que los trabajadores afiliados a un sindicato interempresa podrán negociar con su empleador conforme al procedimiento de la negociación colectiva reglada, con las modificaciones que se establecen en el citado artículo:

- Los sindicatos interempresa deberán agrupar a trabajadores que se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica [art. 364-2].
- Para negociar colectivamente en una empresa, el sindicato interempresa deberá contar con un total de afiliados no inferior al *quorum* del art. 227 CT, respecto de los trabajadores que represente en esa empresa [art. 364-2]. De esta forma, para negociar en una empresa particular, deberá contar con el mismo *quorum* de constitución del sindicato de empresa.
- En la mediana y gran empresa, la negociación colectiva de los trabajadores afiliados a un sindicato interempresa se realizará a través del sindicato interempresa [art. 364-6].
- La comisión negociadora sindical estará integrada por los directores y los delegados sindicales que trabajen en la empresa en la que se negocia [art. 364-7].

- Podrán participar de las negociaciones los asesores de ambas partes, conforme a las reglas generales [art. 364-8].

Por otro lado, el sindicato interempresa podrá negociar también en forma no reglada [art. 364-3].

La disposición en estudio hace una diferenciación respecto de la micro y pequeña empresa, para la cual será siempre voluntario o facultativo negociar con el sindicato interempresa, teniendo el empleador 10 días para responder el proyecto de contrato colectivo o manifestar su rechazo a negociar. En este último caso, los trabajadores podrán presentar un proyecto de contrato colectivo e iniciar una negociación colectiva reglada con su empleador, entendiéndose para este solo efecto que constituyen un sindicato de empresa, debiendo eso sí cumplir con el *quorum* de constitución de los sindicatos de empresa [art. 364-4 y 5].

3.1.4 La negociación colectiva con la federación y confederación

Está regulada en el Título X del Libro IV del Código del Trabajo, denominado "De la presentación efectuada por federaciones y confederaciones."

Las reglas a las que se somete son las siguientes:

- Las federaciones y confederaciones podrán, en cualquier momento y sin sujeción a reglas de procedimiento, suscribir convenios colectivos y/o pactos sobre condiciones de trabajo, pero para ello requerirán el acuerdo previo con el empleador o con la o las asociaciones gremiales de empleadores que corresponda. Para los empleadores y asociaciones gremiales de empleadores siempre será voluntario negociar [art. 408-1].
- Para tales efectos, las federaciones o confederaciones, o bien los empleadores o asociaciones de empleadores, deberán presentar su propuesta por escrito [art. 408-1].
- El plazo para manifestar la decisión de negociar será de 30 días contados desde la presentación de la propuesta, y de ser afirmativa, se contará con el mismo plazo para dar respuesta a la proposición de convenio o pacto, la que también deberá ser por escrito [art. 408-1].

- Los convenios colectivos podrán referirse a cualquiera de las materias señaladas en el art. 306 del CT, vale decir, conforme a las reglas generales [art. 408-2].
- Los pactos sobre condiciones especiales de trabajo deberán ajustar a las reglas generales del Título VI del Libro IV del CT, sin que les sea aplicable el *quorum* de afiliación sindical de dicha normativa [art. 408-2].
- Los convenios colectivos o pactos tendrán la duración que dispongan las partes [art. 408-2].
- A los empleadores solo les serán aplicables los convenios o pactos concordados directamente por sus representantes legales o que concurren a aceptar una vez concordados [art. 408-3].
- Los convenios colectivos y pactos deberán ser depositados en la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los 5 días siguientes a su suscripción, quien llevará un registro público sobre el particular [art. 408-4].
- Los convenios colectivos y pactos serán aplicables a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales de base, previa aprobación de estos en asamblea de socios, de conformidad a lo dispuesto en sus estatutos, o bien por mayoría absoluta de socios en votación secreta ante un ministro de fe [art. 409].

Los artículos 410 y 411 del CT establecen un régimen especial para la micro y pequeña empresa sin sindicatos, distinguiendo entre la aplicación de convenios y de pactos sobre condiciones especiales de trabajo respectivamente. Respecto de la aplicación de convenios, se establece que podrán ser extendidos a los trabajadores sin afiliación sindical, previa aceptación escrita de la extensión y del compromiso de pago de la cuota sindical ordinaria de la respectiva organización sindical. En cuanto a los pactos de condiciones especiales de trabajo, podrán aplicarse los acordados conforme a las reglas de este Título, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que exista un convenio colectivo sobre condiciones comunes de trabajo y remuneración, suscrito entre las mismas partes para toda la vigencia del pacto sobre condiciones especiales de trabajo.
- Que el convenio colectivo señalado se haya extendido a los trabajadores de la respectiva empresa, de conformidad a lo previsto en el artículo anterior.

- Que la aplicación del pacto sobre condiciones especiales de trabajo sea aprobada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa, ante un ministro de fe.

3.2 La negociación colectiva con el grupo de trabajadores

Tal como ya se adelantó, la negociación colectiva con el grupo de trabajadores fue objeto del requerimiento de inconstitucionalidad formulado por un grupo de parlamentarios, que fue acogido por el Tribunal Constitucional en este punto, al estimar que el tratamiento disímil⁵⁹ que se les daba en el proyecto original vulneraba una serie de garantías constitucionales.

Conforme a lo anterior, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales un grupo de normas⁶⁰, las que fueron suprimidas del texto final, dejando sin regulación legal al grupo de trabajadores que se reúne para el solo efecto de negociar⁶¹.

Sin embargo, y atendido lo resuelto por el Tribunal Constitucional sobre el particular, la negociación colectiva con el grupo negociador es procedente en nuestro ordenamiento jurídico laboral, y la forma en que se materializará en

⁵⁹ El art. 315 (declarado inconstitucional por el TC) permitía la negociación colectiva del grupo negociador en una empresa, a condición que no existiera organización sindical con derecho a negociar colectivamente en ella. Los trabajadores integrantes del grupo negociador no tenían fuero ni derecho a huelga. El grupo negociador podía negociar conforme a un procedimiento semi reglado con las siguientes reglas: (a) debía cumplir el *quorum* exigido para constituir un sindicato de empresa, (b) debían ser representados por una comisión negociadora, conformada por no menos de 3 integrantes ni más de 5, elegida por los involucrados en votación secreta celebrada ante un IT, (c) el empleador estaba obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de 5 días, bajo la amenaza de una multa, (d) la propuesta final del empleador debía ser aprobada ante el IT en votación secreta, por mayoría absoluta de los trabajadores involucrados, y (e) el instrumento que se suscribía recibía el nombre de "acuerdo de grupo negociador".

⁶⁰ STC N°3016(3026)-16-CPT, c. 7° al 24°.

⁶¹ El Gobierno decidió no presentar un proyecto de ley para integrar los vacíos normativos y resolver los conflictos de reglas que se produjeron como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la titularidad sindical para ejercer el derecho a negociar colectivamente y el goce automático de beneficios colectivos por afiliación sindical, en virtud de STC N°3016(3026)-16-CPT. El Gobierno optó por promulgar y publicar el texto de la ley con lagunas e incoherencias evidentes, delegando en los operadores jurídicos (Dirección del Trabajo y jueces laborales) la integración de los vacíos normativos y la resolución de las antinomias de reglas que existen en el texto legal.

adelante seguramente será objeto de debate por parte de la doctrina, y de la jurisprudencia administrativa y judicial.

4. Las empresas en la negociación colectiva

El Código del Trabajo establece que la negociación colectiva será forzosa en algunas empresas. En ellas, la negociación colectiva puede ser promovida por los trabajadores y el empleador debe responder dentro de los plazos y formas prescritas por el legislador.

De este modo, el Código del Trabajo distingue dos situaciones: empresas en que se debe negociar colectivamente y empresas en que está prohibido negociar colectivamente.

4.1 Las empresas en que se debe negociar colectivamente

El legislador establece un término amplio de aquellas empresas en que la negociación colectiva puede ser ejercida por los trabajadores, ya que el art. 304-1 del CT prescribe que “podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación y representación”.

En el caso de empresas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritarios, el art. 304-5 dispone que el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo determinará las empresas en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que dichas unidades tendrán el carácter de empresas para todos los efectos del Código del Trabajo⁶².

Con todo, existe un límite vinculado a un criterio temporal: el artículo 308 dispone que para ejercer este derecho fundamental en una empresa se requerirá que haya transcurrido un plazo contado desde el inicio de sus

⁶² Los decretos N° 434, de 16.08.1979 y N°110, de 13.12.2012, ambos del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, prescriben que en la “Corporación Nacional del Cobre de Chile” se deberá negociar colectivamente por los establecimientos que se indican: las divisiones Chuquicamata, Radomiro Tomic, Ministro Hales, Gabriela Mistral, El Salvador, Andina, Ventanas, El Teniente y Casa Matriz.

actividades. Este plazo depende del tamaño de la empresa, así:

- En una micro o pequeña empresa: 18 meses
- En una mediana empresa: 12 meses
- En una gran empresa: 6 meses

Por “inicio de actividades” se entiende el día en que la empresa comenzó efectivamente a desarrollar sus funciones. Si aquello no es posible comprobar a través de medios o hechos que lo pongan de manifiesto, corresponderá al día de inicio de actividades ante el SII⁶³.

4.2 Las empresas en que está prohibido negociar colectivamente

El art. 304 señala aquellas empresas en las cuales se encuentra prohibido el ejercicio de la negociación colectiva:

- Las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de dicho Ministerio [art. 304-2]. Se trata de FAMA E (Fábricas y Maestranzas del Ejército), ASMAR (Astilleros y Maestranzas de la Armada) y ENAER (Empresa Nacional de Aeronáutica de Chile). En estas empresas está prohibido negociar colectivamente, aunque sus trabajadores pueden constituir organizaciones sindicales según lo dispone el art. 217.
- Las empresas en que leyes especiales prohíban la negociación colectiva [art. 304-2 *in fine*].
- Las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más del 50% por el Estado, directamente o a través de derechos o impuestos [art.304-3]. La Dirección del Trabajo ha establecido que para aplicar esta prohibición es necesario considerar el presupuesto en su totalidad y no el de cada establecimiento administrado por la empresa o institución⁶⁴. Asimismo, ha sostenido que esta prohibición solo rige cuando los aportes respectivos han sido entregados a las empresas o instituciones a título gratuito por el Estado: “en razón de haberse acogido dichas entidades a un régimen legal o convencional previsto para tal

63 Dictamen de la DT N°2372, de 26.10.82 y N°2380/71, de 01.4.91.

64 Dictamen de la DT N°7166/307, de 13.11.1995.

efecto, sin que pese sobre estas, por ende, la obligación de efectuar contraprestación alguna en compensación por tal provisión de fondos⁶⁵.

Según la DT: las corporaciones privadas sin fines de lucro, creadas por la Municipalidades para administrar la educación municipal no pueden negociar colectivamente en forma reglada, por quedar comprendidos en la prohibición del art. 304-3⁶⁶.

La oportunidad que tiene la empresa para plantear la observación que se encuentra en el supuesto normativo establecido en el art. 304-3 es durante el proceso de negociación colectiva, específicamente: en el trámite de la respuesta del empleador⁶⁷.

El art. 304-4 establece una excepción a la regla prohibitiva anterior: se podrá negociar colectivamente en los establecimientos educacionales particulares subvencionados (decreto ley N°3.476, de 1980 y sus modificaciones) y en los establecimientos de educación técnico-profesional administrados por corporaciones privadas (decreto ley N°3.166, de 1980).

5. Los titulares de la negociación colectiva

La ley N°20.940 ha modificado el art. 305 del CT y derogado las reglas que prohibían negociar colectivamente a:

- Los trabajadores contratados por obra o faena transitoria o de temporada, quienes podrán negociar colectivamente conforme al art. 304 y el procedimiento especial para trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria previsto entre los artículos 365 al 372 del CT
- Las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores.
- Los trabajadores que, de acuerdo con la organización interna de la

65 Dictamen de la DT N°3356/50 de 01.09.2014.

66 Al respecto, véase, dictámenes de la DT N°708/4, de 07.02.2011 y N°2523/43, 22.06.2011, que concluyen que estas corporaciones municipales podrán negociar colectivamente en forma no reglada con sus trabajadores. Por otra parte, excepcionalmente, los asistentes de la educación que prestan servicios en los establecimientos educacionales de una corporación municipal, regidos por la ley N°19.464, pueden negociar colectivamente sin que les resulte aplicable la prohibición del art. 304-3 del CT, por expresa mención del art. 14 de la ley N°19.464.

67 Dictamen de la DT N°3069/153, de 14.08.2001.

empresa, ejerzan dentro de ella un cargo superior de mando e inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización.

En consecuencia, el principio matriz que guía a nuestro ordenamiento jurídico, coherente con las decisiones de los órganos de control de la OIT, es que, por regla general, los trabajadores pueden negociar colectivamente⁶⁸. Por lo anterior, el art. 305 prohíbe negociar colectivamente a las siguientes categorías de trabajadores, según el tamaño de la empresa:

- En cualquier empresa: los trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes [art. 305-1]. En consecuencia, solo quedarán impedidos de negociar colectivamente aquellos trabajadores que tengan representación convencional del empleador (o se presuma de derecho tal condición conforme el art. 4 del CT) y, además, estén dotados de facultades generales de administración, o sea, tengan la capacidad para ejecutar actos de disposición jurídica o material que vinculen integralmente a la empresa.
- En la micro y pequeña empresa: el personal de confianza que ejerza cargos superiores de mando [art. 305-1 *in fine*] y los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje⁶⁹ respecto de los cuales el empleador podrá excusarse de negociar colectivamente con ellos [art. 305-4]. En relación al personal de confianza que ejerce cargos superiores de mando, es nuestro entender que se trata de aquellos trabajadores que ejercen algunas de las potestades propias del empleador en relación con otros dependientes, ya sea contratándolos, amonestándolos, otorgándoles permisos, entre otras manifestaciones.

El legislador exige un requisito de carácter formal para que los “gerentes y subgerentes” y el “personal de confianza” no puedan ejercer este derecho

68 Para el CLS, todos los trabajadores de la administración pública, con la única posible exclusión de las fuerzas armadas y policiales, y de los funcionarios directamente al servicio de la administración del Estado, deberían gozar de derechos de negociación colectiva, CLS (2006), párrafo 892.

69 El trabajador podrá estar sujeto al contrato de aprendizaje regulado por el CT [arts. 78 al 86] o por la ley N°19.518 que fija el Nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo [arts. 57-66].

fundamental: la prohibición de negociar colectivamente debe constar por escrito en el contrato de trabajo ya que, a falta de esta estipulación, se entenderá que el trabajador está habilitado para hacerlo [art. 305-2].

Con todo, señala el legislador que el trabajador o el sindicato al que se encuentre afiliado podrán reclamar a la IT de la circunstancia hecha constar en su contrato, de no poder negociar colectivamente. De la resolución de la IT podrá reclamarse judicialmente a través del procedimiento establecido en el art. 504, dentro del plazo de 15 días contado desde su notificación [art. 305-3].

En el caso de los aprendices no se requerirá dejar constancia escrita del impedimento en su contrato porque la prohibición tiene origen legal. De ahí que el legislador no exija este pacto con el aprendiz y señale que el empleador se podrá excusar de negociar colectivamente con él.

6. Los sujetos negociadores

El Tribunal Constitucional, tal como se ha dicho, estableció que el derecho a la negociación colectiva es “un derecho fundamental cuya activación o determinación originaria para ejercerlo o no reside en los trabajadores individualmente considerados. Dicho de otra manera, se garantiza el derecho de cada trabajador de manifestarse de forma grupal para la consecución de un interés colectivo consistente en negociar con su empleador condiciones de trabajo, entre ellas la más importante, la retribución por su trabajo”, considerando que “los efectos de un instrumento colectivo recaen, fundamentalmente, y de manera directa, en los trabajadores individualmente considerados. Esta circunstancia está en armonía con la consideración de que la titularidad del derecho a negociar colectivamente recae, como se señaló, en todos y en cada uno de los trabajadores”⁷⁰.

En esta perspectiva, la negociación colectiva ha de ejercerse, en los términos señalados por el Tribunal Constitucional, a través de dos sujetos negociadores:

70 STC N°3016(3026)-16-CPT, c. 19°.

- Los grupos de trabajadores que se unen para el solo efecto de negociar colectivamente
- Las organizaciones sindicales

6.1 Los grupos negociadores

En relación a los grupos negociadores, si bien existió discusión respecto a su titularidad para la negociación colectiva en el proceso de tramitación del proyecto de ley, existen criterios que fueron asentados por el Tribunal Constitucional, en orden a que “en una interpretación expansiva de los derechos y libertades, que el reconocimiento expreso del derecho de sindicarse voluntariamente tiene un sentido de libertad y no de restricción (...). La agrupación voluntaria de trabajadores que se conforma para efectos de una negociación colectiva es reflejo del derecho de asociación. La ausencia de reconocimiento constitucional expreso no copa las posibilidades asociativas de los trabajadores. El hecho de que no exista reconocimiento expreso de agrupaciones de trabajadores no significa que se encuentren constitucionalmente proscritas”, por lo que “los “grupos negociadores, al igual que todo cuerpo intermedio son agrupaciones de personas o asociaciones que se unen en pos de un fin legítimo (negociar colectivamente)”⁷¹.

Con todo, cabe precisar que, desde una interpretación de la ley en esta materia, permite confirmar que respecto a los grupos negociadores que formalmente no aparecen regulados en el Código del Trabajo, respecto a sus atributos, potestades y facultades deberá ser ponderado caso a caso por los operadores jurídicos. Es decir: la ley presentará una laguna normativa que deberá ser integrada por la jurisdicción laboral o la Dirección del Trabajo, considerando que este grupo intermedio tiene la facultad (en virtud de las consideraciones señaladas por el Tribunal Constitucional) de alcanzar acuerdos en un proceso de negociación colectiva en condiciones de igualdad respecto de las organizaciones sindicales (respecto del ejercicio del derecho a huelga y el otorgamiento de fueros para los trabajadores que integran el grupo negociador).

71 STC N°3016(3026)-16-CPT, c. 28° y 29°.

6.2 Las organizaciones sindicales

Conforme al CT, podrán ser sujetos negociadores, las siguientes organizaciones sindicales:

- El sindicato de empresa. El proyecto de ley aprobado por ambas Cámaras contenía una regla en virtud de la cual, un sindicato de empresa podía representar a sus afiliados en un proceso de negociación colectiva reglado y forzoso, solo si cumplía el *quorum* para la constitución del mismo establecido en el art. 227 del CT. Esta regla fue suprimida del proyecto de ley con el veto que el Gobierno logró aprobar el 22 de junio de 2016 en la Cámara y el Senado. Por ende, el sindicato de empresa podrá negociar en un procedimiento reglado y forzoso, o bien, no reglado y voluntario, sin cumplir el *quorum* de constitución.
- El sindicato interempresa. Según el art. 354-2, los trabajadores podrán negociar colectivamente con su empleador a través del sindicato interempresa, conforme el procedimiento reglado y forzoso, si agrupan a trabajadores que se desempeñen en empresas del mismo rubro o actividad económica y cuentan con un total de afiliados no inferior al *quorum* señalado en el art. 227, respecto de los trabajadores que represente en esa empresa. Para negociar colectivamente en un procedimiento no reglado y voluntario, no será necesario cumplir las condiciones indicadas.
- El sindicato que afilia a trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria. Según el art. 366-1, estos trabajadores podrán negociar colectivamente conforme el procedimiento especial regulado en el Cap. II del Título V del Libro IV representados por una organización sindical, a condición que la obra o faena transitoria tenga una duración superior a 12 meses. También podrán negociar en forma no reglada y voluntaria.
- La federación y la confederación. Según el art. 408, las federaciones y confederaciones podrán negociar colectivamente en forma voluntaria con uno o más empleadores, o una o más asociaciones gremiales, convenios colectivos o pactos de condiciones especiales de trabajo.

7. El objeto de la negociación colectiva

El ámbito objetivo de la negociación colectiva es tratado en el art. 306 del CT, según el mismo, es posible efectuar la siguiente clasificación:

7.1 Las materias permitidas

El art. 306-1 establece de manera amplia (no taxativa) las materias que pueden ser objeto de regulación entre el empleador y los trabajadores, indicando que son “aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo”.

En relación al concepto de remuneración, el art. 41-1 del CT indica que se trata de las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo. En este sentido, observa la doctrina nacional que la remuneración:

- Es un elemento esencial del contrato de trabajo, de modo tal que sin remuneración para el trabajador no hay relación laboral, sino que trabajo voluntario, o bien, forzoso.
- Es un concepto de aplicación general en materia laboral, en consecuencia, prescindible frente a definiciones especiales en materias determinadas.
- Es un concepto amplio que permite calificar de remuneración a toda retribución causada en el contrato de trabajo, ya sea que compense inmediata o mediatamente la prestación de servicios⁷².

Luego, respecto a los beneficios, podemos entenderlos como el conjunto de derechos de carácter no remuneracional (por ejemplo, el otorgamiento de días adicionales de feriados o descansos) y de carácter pecuniario que entrega el empleador al trabajador (entre otros, indemnizaciones adicionales pactadas en instrumentos colectivos).

Respecto a las materias de la negociación colectiva, debemos considerar que los Convenios números 98, 151 y 154 de la OIT y la Recomendación N°91, centran el contenido de la negociación en las condiciones de trabajo y de empleo y en la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores y entre las organizaciones de unos y de otros.

72 Fariña (2009), p. 5.

En esta perspectiva, se ha indicado que “las condiciones de trabajo utilizadas por los órganos de control de la OIT no se limitan a los temas tradicionales (jornada, horas extraordinarias, descanso, salarios) sino que cubren materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo como, por ejemplo, las promociones, traslados, supresiones de puestos sin previo aviso, etc.”⁷³. Con todo, indican los autores, “según la Comisión de Expertos es contrario a los principios del Convenio N°98 excluir de la negociación colectiva ciertas materias que atañen en particular a las condiciones de empleo, y las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el Convenio”⁷⁴.

Luego, referido a las materias de negociación colectiva, el art. 306-1 y 2 prescribe que “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, mecanismos de solución de controversias, entre otros”.

Lo señalado, aporta una novedad en materia de negociación colectiva, ya que los sujetos negociadores podrán acordar o pactar las condiciones especiales señaladas en los instrumentos colectivos que celebren.

En otras palabras: será posible establecer un conjunto de derechos y obligaciones vinculados a la conciliación de la vida familiar y el trabajo (por ejemplo, el reintegro de la madre trabajadora después del descanso puerperal al 50% de su jornada laboral); planes de igualdad y de equidad de género en la empresa (por ejemplo, que una parte de los cargos y funciones de una empresa sean ocupados por mujeres); políticas de la empresa con la finalidad de establecer acciones positivas (por ejemplo, asegurar puestos de trabajo a personas discriminadas); programas de formación profesional y reconversión

73 Gernigon, Otero y Guido (2000), pp. 43-44.

74 *Ibidem*.

laboral (por ejemplo, acordar programas de *outplacement* en caso de despido de trabajadores); otorgamiento de beneficios a través de servicios de bienestar (por ejemplo, fondos de bienestar conformados por aportes efectuados entre los trabajadores y el empleador) y mecanismos de resolución de conflictos (por ejemplo, designar un mediador o un árbitro).

7.2 Las materias prohibidas

El art. 306-4 prescribe un límite esencial vinculado a la negociación colectiva: aquellas materias que suponen el ejercicio de las potestades que reconoce el ordenamiento jurídico a la parte empleadora, toda vez que “no serán objeto de la 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”.

En definitiva, la restricción que efectúa el legislador dice relación con aquellas potestades que el empleador puede ejercer durante la vigencia del vínculo contractual: la potestad de mando, la potestad disciplinaria y el poder de variación o *ius variandi*.

De este modo, en caso que, el sujeto negociador en su proyecto de contrato colectivo presente algunas propuestas que limiten las facultades del empleador, este debe impugnarlas en las formas y plazos establecidos en el art. 340 del CT:

- El empleador deberá formular todas sus impugnaciones y reclamaciones en la respuesta al proyecto de contrato colectivo, acompañando los antecedentes en que se funden [art.340-1.a].
- La comisión negociadora sindical deberá formular todas sus reclamaciones en una misma presentación ante la Inspección del Trabajo, acompañando los antecedentes en que se funden, dentro de los 5 días siguientes de recibida la respuesta del empleador [art. 340-1.b].
- Recibida la respuesta del empleador que contenga impugnaciones o reclamaciones y recibidas las reclamaciones del sindicato, según sea el caso, la Inspección del Trabajo deberá citar a las partes a una audiencia que tendrá lugar dentro de los 5 días siguientes. Dicha citación deberá ser

- enviada a la dirección de correo electrónico de las partes [art. 340-1.c].
- A esta audiencia las partes deberán asistir con todos los antecedentes necesarios y la documentación adicional que le haya sido requerida por la Inspección del Trabajo, la que instará a las partes a alcanzar un acuerdo [art. 340-1.d].
 - La resolución deberá dictarse por el Inspector del Trabajo dentro del plazo de 5 días de concluida la audiencia. Si las impugnaciones o reclamaciones involucran a más de 1.000 trabajadores, serán resueltas por el Director del Trabajo [art. 340-1.e].
 - En contra de esta resolución solo procederá el recurso de reposición que deberá ser interpuesto dentro de tercero día. La resolución que resuelva el recurso de reposición deberá dictarse en el plazo de 3 días y será reclamable judicialmente dentro del plazo de 5 días, a través del procedimiento establecido en el art. 504 del CT [art. 340-1.f].
 - La interposición de las impugnaciones o reclamaciones no suspenderá el curso de la negociación colectiva [art. 340-1.g].

8. Los pactos de condiciones especiales de trabajo

Uno de los aspectos más llamativos de la ley N°20.940, fue la incorporación de directrices normativas que buscan la flexibilización y adaptabilidad sobre condiciones especiales de trabajo (con énfasis en el acuerdo alcanzado entre empleador y sindicato). Sin embargo, durante la tramitación de la ley en referencia, posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional, el Gobierno presentó un veto supresivo que eliminó tres pactos del contenido final: (1) el sistema excepcional de distribución de la jornada de trabajo y descansos, (2) el acuerdo de horas extraordinarias en el trimestre, y (3) la consideración de la jornada pasiva y los actos preparatorios como tiempo fuera de la jornada de trabajo hasta por una hora diaria. El veto del Gobierno fue aprobado por ambas Cámaras y los pactos indicados se eliminaron del proyecto de ley.

Los pactos de condiciones especiales de trabajo deben cumplir las siguientes condiciones y formalidades:

- Requisitos: En aquellas empresas que tengan una afiliación sindical igual o superior al 30% del total de sus trabajadores, la o las organizaciones

- sindicales, conjunta o separadamente, podrán acordar con el empleador los pactos sobre condiciones especiales de trabajo [art. 374-1].
- Procedimiento: Estos pactos solo podrán acordarse en forma directa y sin sujeción a las normas de la negociación colectiva reglada. Su aprobación por parte del sindicato se sujetará a las disposiciones que establezcan sus estatutos y si estos nada dicen, se aprobarán por mayoría absoluta, en asamblea convocada al efecto y ante un ministro de fe. La duración máxima de estos pactos será de 3 años [art. 374-2 y 3].
 - Ámbito de aplicación: Los pactos serán aplicables a los trabajadores representados por las organizaciones sindicales que los hayan celebrado, salvo que las partes excluyan expresamente de su aplicación a los trabajadores que lo hubieren solicitado. Para aplicar estos pactos a los trabajadores de la empresa sin afiliación sindical se requerirá de su consentimiento expreso, manifestado por escrito (art. 374-4 y 5).
 - Registro: Dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del pacto, el empleador deberá registrarlo en forma electrónica ante la DT (art. 377-1).

8.1 Materias que pueden regular los pactos de condiciones especiales de trabajo

8.1.1 Pactos sobre distribución de jornada de trabajo semanal.

Según el art. 375 del CT, las partes podrán acordar que la jornada ordinaria semanal de trabajo se distribuya en 4 días. En cualquier caso, la jornada no podrá exceder de 12 horas diarias de trabajo efectivo, incluidas la jornada ordinaria, extraordinaria y los descansos. Si la jornada de trabajo supera las 10 horas, deberá acordarse una hora de descanso imputable a ella.

8.1.2 Pactos para trabajadores con responsabilidades familiares.

Con la finalidad de propender al fortalecimiento de las responsabilidades de carácter familiar, el legislador permite celebrar estos pactos, en las siguientes condiciones:

- El objeto del pacto es que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan acceder a sistemas de jornada que combinen

tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de ella. En virtud de este pacto, el trabajador podría prestar servicios personales en la modalidad del teletrabajo, durante algunos días en el mes, esto es: fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o telecomunicaciones [art. 376-1].

- Para acogerse a este pacto, el trabajador deberá solicitarlo por escrito al empleador quien deberá responder de igual forma en el plazo de 30 días. El empleador tendrá la facultad de aceptar o rechazar la solicitud [art. 376-2].
- Aceptada la solicitud del trabajador por el empleador, las partes deberán suscribir un anexo al contrato individual de trabajo que deberá contener las siguientes estipulaciones: (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 trabajador, y (d) el tiempo de duración del acuerdo [art. 376-3].
- El trabajador podrá unilateralmente volver a las condiciones originalmente pactadas en su contrato de trabajo, previo aviso por escrito al empleador con una anticipación mínima de 30 días [art. 376-4].
- Estos pactos también podrán 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 [art. 376-5].

8.2 Fiscalización de los pactos

La fiscalización de los pactos le corresponderá a la Dirección del Trabajo. Para cumplir con su cometido, el Director del Trabajo deberá determinar, mediante resolución exenta, la forma, condiciones y características del registro de los pactos y las demás normas necesarias para verificar el cumplimiento de los requisitos [art. 377-2 y 3].

En caso de incumplimiento de los requisitos de forma establecidos en la ley, o bien, si las estipulaciones del pacto infringen gravemente el cumplimiento de normas de higiene y seguridad en el trabajo, el Director del Trabajo podrá, mediante resolución fundada, dejar sin efecto tal pacto. Esta resolución será reclamable ante el juez laboral conforme al procedimiento de aplicación general contemplado en el CT [art. 377-4 y 5].

9. Las reglas generales de la negociación colectiva

9.1 Los plazos y su cómputo

El art. 312 establece que los plazos establecidos en el Libro IV del CT son de días corridos, con la sola excepción de los establecidos para la mediación obligatoria del procedimiento reglado y forzoso.

El art. 312-2 prevé una regla particular respecto del cómputo de los plazos de la negociación colectiva: "cuando un plazo venciere en día sábado, domingo o festivo, se entenderá prorrogado hasta el día hábil siguiente".

9.2 Los ministros de fe

Según el art. 313 podrán ser ministros de fe de las actuaciones de la negociación colectiva: los inspectores del trabajo, los notarios públicos, los oficiales del Registro Civil, los funcionarios de la Administración del Estado que sean designados en esa calidad por la Dirección del Trabajo y los secretarios municipales en localidades en que no existan otros ministros de fe disponibles.

10. El procedimiento reglado y forzoso

Tal como se indicó, la CP [art. 19.16-4] reconoce a los trabajadores la titularidad en el ejercicio de ese derecho, reenviando a la ley los requisitos, condiciones y modalidades en las cuales tales procesos podrán desarrollarse de modo de lograr "una solución justa y pacífica". Dentro de esas modalidades, la ley reconoce el procedimiento reglado y forzoso, asociando a éste determinados

efectos y condicionando, *in fine*, el ejercicio de otros derechos concomitantes con la negociación colectiva y la libertad sindical, tales como el fuero de negociación colectiva, el ejercicio de la huelga y el cierre patronal.

En dicho contexto, el art. 327-1 hace recaer el impulso de la negociación colectiva en los trabajadores, quiénes preferentemente a través del sindicato⁷⁵ que los represente, podrán requerir de su empleador iniciar tales procedimientos⁷⁶ mediante un régimen reglado o forzoso [Título IV, Libro IV]. Para este procedimiento, el Código del Trabajo prescribe las reglas mínimas para llevar a cabo el proceso de negociación, abarcando los hitos y ritos contenidos desde el inicio de la negociación mediante presentación del instrumento colectivo pretendido y oportunidad para hacerlo; plazos asociados y periodo de duración de la negociación, hasta el momento de su finalización mediante las vías compositivas reconocidas por la ley, o bien, aquéllas que observen la intervención de terceros, según corresponda. Esto sin perjuicio de ejercicio del derecho a huelga reconocido a los trabajadores y el cierre patronal o *lock-out* al empleador, ambos insertos dentro de ese marco regulatorio.

Con todo, y siguiendo el tenor de la ley N°20.940, este libro se abocará de forma preferencial a la titularidad de la negociación en el sindicato como representante de los trabajadores, sin perjuicio de lo que se ha dicho respecto de los grupos negociadores.

Así las cosas, el derecho a negociar colectivamente en forma reglada quedará supeditada a la observancia de dos requisitos previos para lograr un efectivo

75 El proyecto de ley ingresado al Congreso radicaba la titularidad exclusiva de la representación de trabajadores dentro de los procesos de negociación colectiva reglada en el sindicato de empresa. En virtud, de lo resuelto por la STC N°3016(3026)-16-CPT, el art. 328 que regulaba la negociación colectiva reglada y las organizaciones sindicales fue declarado inconstitucional: "Los sindicatos de empresa que cumplan con el quorum del artículo 227 podrán negociar colectivamente en forma reglada con el empleador, de acuerdo a las normas que establece este Libro. Los sindicatos deberán reunir el quorum antes señalado a la fecha de inicio de la negociación". No obstante, el tenor actual del art. 327 del CT mantiene como titulares de la negociación colectiva reglada o forzosa a los "sindicatos" como contraparte del empleador, sin perjuicio de que el art. 320 del CT define al instrumento colectivo como "la convención celebrada entre empleadores y trabajadores", lo que permite sostener que los trabajadores también podrán negociar colectivamente conforme a este procedimiento a través de un "grupo negociador".

76 Incluso en el caso de la negociación colectiva con sindicatos interempresa [art. 364], el destinatario del requerimiento de negociación colectiva será el empleador individualmente considerado.

inicio y su prosecución:

- En caso de no existir instrumento colectivo vigente en la empresa: el proceso de negociación no podrá iniciarse en período definido por el empleador como no apto para negociar colectivamente [art. 332-2].
- La empresa deberá contar, al momento de presentación del proyecto de contrato colectivo, con más de 6, 12 o 18 meses de funcionamiento contados desde el inicio de actividades según se trate de grandes empresas, medianas empresas, y micro y pequeñas empresas, respectivamente [art. 308].

10.1 Inicio de la negociación

Cumplíendose los supuestos de hecho que permiten el inicio de la negociación, los trabajadores a través de los sindicatos que los representen [art. 327], quedarán habilitados para iniciarla mediante la presentación del proyecto de contrato colectivo respectivo, debiendo ajustar tal actuación a las reglas sobre oportunidad y plazos establecidos por el legislador, los que variarán dependiendo de la existencia de contrato colectivo vigente entre las partes.

10.1.1 Sin instrumento colectivo vigente

El sindicato podrá presentar un proyecto de contrato colectivo en cualquier tiempo y oportunidad [art. 332], a menos que se presente alguna de las limitantes indicadas en los artículos 308 (plazo mínimo de existencia de la empresa para negociar colectivamente) y 332-2 (período no apto para negociar colectivamente)

Respecto del período de tiempo que el empleador definiere como no apto para negociar colectivamente, este no podrá superar dentro de un año calendario un total de 60 días [art. 332-2], debiendo comunicar tal decisión tanto a los trabajadores como a la Inspección de Trabajo por medios idóneos⁷⁷.

⁷⁷ La ley no define el concepto de medio de comunicación "idóneo". No obstante esta omisión, la ley reconoce en su texto diversos sistemas de comunicación y notificación, y dentro de ellos, aquellos de uso común como el correo electrónico. Ejemplo de lo anterior se encuentra en las siguientes figuras: (a) comunicación al empleador de nuevos afiliados al sindicato [art. 322-1]; (b) concepto

Esa declaración tendrá una vigencia máxima de 12 meses [art. 332-3] desde su emisión y comunicación.

10.1.2 Con instrumento colectivo vigente

Existiendo instrumento colectivo vigente el proyecto de contrato colectivo deberá presentarse no antes de 60 ni posterior a 45 días previos al vencimiento de aquel [art. 333-1]. Este plazo será de días corridos, aplicándose sobre este las reglas contenidas en el art. 312 del CT.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso que el sindicato no presentare su proyecto dentro del plazo antes señalado, se observarán las siguientes reglas:

- Presentación de proyecto antes del plazo contemplado por ley: se presumirá que el proyecto de contrato colectivo ha sido presentado 60 días antes del vencimiento del instrumento colectivo anterior [art. 333-2].
- Proyecto de contrato colectivo presentado fuera de plazo: si el sindicato presentase su proyecto una vez vencido el plazo señalado en el art. 333-1, este no surtirá efecto alguno [art. 334]. La presentación extemporánea acarreará la extinción del instrumento colectivo vigente al verificarse la fecha de su vencimiento, subsistiendo sus cláusulas como parte del contrato individual de trabajo con excepción de aquellas referidas a: (a) reajustabilidad de remuneraciones y demás beneficios convenidos en dinero; (b) incremento real pactado y (c) los derechos y obligaciones que solo pueden ser ejercidos o cumplidos de forma colectiva. Estas últimas caducarán en conjunto con la fecha de expiración del instrumento colectivo vigente, lo que guarda plena armonía con lo dispuesto en el art. 325 del CT sobre ultraactividad de los instrumentos colectivos.
- No presentación de proyecto de contrato colectivo: en caso que el sindicato no presente proyecto de instrumento colectivo se observarán los mismos efectos tratados en el caso anterior [art. 334].

de "domicilio electrónico" del sindicato [art. 328-1]; (c) remisión de respuesta del empleador a proyecto de contrato colectivo a la dirección de correo electrónico del sindicato y deber del empleador de designar una casilla para efectos de comunicación [art. 335-1 y 335-2]; etc. Por tanto, las vías de comunicación idóneas podrán ser: comunicación escrita o carta certificada; publicaciones en lugares de acceso público, correos electrónicos, entre otros que aseguren conocimiento de la medida implementada.

10.2 El contenido del proyecto de contrato colectivo

El proyecto de contrato colectivo presentado por la comisión negociadora sindical requerirá cumplir con un contenido mínimo [art. 328] para su validez formal, siendo facultativo acompañar a esta presentación los argumentos en que funden su solicitud y los antecedentes que obren como respaldo de las mismas [art. 328-2].

Las menciones mínimas u obligatorias del proyecto de contrato colectivo serán las siguientes:

- Contenido normativo: el sindicato deberá explicitar las cláusulas propuestas de su contrato y contenido.
- Plazo de vigencia: dentro del proyecto de contrato colectivo deberá proponerse la vigencia del instrumento, la que no podrá ser inferior a 2 ni superior a 3 años [art. 324].
- Identificación de representantes: el sindicato, en su presentación, deberá individualizar a quiénes formen parte de la denominada comisión negociadora sindical [art. 330], incluyendo además la lista de asesores que los acompañen en el proceso [art. 330-2].
- Domicilio sindical: deberá indicarse tanto el domicilio físico como el electrónico del sindicato (correo electrónico).
- Nómina de trabajadores afectos al contrato colectivo: el sindicato deberá acompañar al proyecto de contrato colectivo nómina con los trabajadores afectos a este proceso, incluyendo en su presentación todos aquellos que a esa fecha se encontraren afiliados a dicha organización.

Esta nómina podrá ser ampliada en caso que dentro de los 5 días siguientes a la presentación del proyecto de contrato colectivo se afiliaren a dicha organización otros trabajadores, quiénes de pleno derecho se entenderán formar parte del proceso de negociación colectiva y quedarán afectos a ese instrumento [art. 331]. Por su parte, los trabajadores que decidan desafiliarse con posterioridad a la entrega del proyecto, mantendrán su condición de afectos a la negociación y al contrato colectivo que se suscriba posteriormente, hasta el término de su vigencia, quedando obligado al pago íntegro de la cuota sindical durante el tiempo que reste hasta el término de la vigencia de

dicho instrumento [art. 323-2].

10.3 La respuesta del empleador

Iniciado el proceso de negociación con la presentación de parte del sindicato del proyecto de contrato colectivo, el empleador deberá dar respuesta a la propuesta sindical en la oportunidad y con las formalidades que la ley prescribe [art. 335].

Respecto de los términos y condiciones en que debe operar esta respuesta, el CT dispone las siguientes reglas:

- Oportunidad para efectuar la respuesta: el empleador deberá dar respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por el sindicato dentro del plazo de 10 días contados desde la recepción del primero [art. 335-1]. Este plazo será prorrogable de común acuerdo hasta por 10 días adicionales.
- Contenido de la respuesta del empleador: esta deberá dar respuesta a todas las cláusulas que integran el proyecto de contrato colectivo del sindicato y entregar la propuesta de contrato colectivo, pudiendo además explicar los fundamentos en que se funda su respuesta y propuesta de instrumento a negociar, acompañando los antecedentes en que se sustenta [art.335-2], sin perjuicio de lo que se señalará posteriormente.
- Señalar domicilio electrónico: el empleador deberá individualizar en su respuesta una dirección de correo electrónico para efectos del proceso de negociación [art. 335-2].
- Designación de una comisión negociadora: la respuesta deberá contener la individualización de una comisión negociadora de empresa, la cual deberá estar constituida por un máximo de 3 apoderados de la misma. Estos apoderados o representantes podrán ser miembros del directorio y/o socios con facultad de administración [art. 335-3]. A esta comisión negociadora de empresa podrán integrarse un máximo de 3 asesores designados por el empleador [art 357-2 en relación al art. 330].

Cumplíndose con los requisitos enunciados, tal respuesta deberá ser entregada por escrito a alguno de los miembros de la comisión negociadora

sindical [art. 335-1] y remitir una copia al correo electrónico designado por el sindicato en su presentación, lo anterior dentro del plazo y en la oportunidad antes señalada. Una copia de la respuesta del empleador deberá remitirse a la IT respectiva dentro del plazo de 5 días, adjuntándose a esta un comprobante de recepción por parte del sindicato [art. 338].

10.4 El piso de la negociación colectiva

Sin perjuicio de lo indicado como contenido de la respuesta del empleador en el art. 335-2, el empleador tendrá como obligación al presentar su respuesta que esta asegure al menos el denominado “piso de negociación” [art. 336], contenido que a su vez dependerá si el proceso de negociación se ha iniciado existiendo instrumento colectivo vigente o si se negocia por primera vez en la empresa.

Para el primero de los casos, ese piso de la negociación o piso mínimo comprenderá todas aquellas estipulaciones contenidas en el instrumento colectivo vigente, las que deberán ser replicadas de forma idéntica en su texto, actualizando los beneficios y remuneraciones pactados en dinero con los valores que se debieren pagar a los trabajadores considerando la fecha del término del instrumento colectivo sobre el cual se negocia [art. 336-1], admitiéndose únicamente la exclusión de aquellas cláusulas cuyo contenido corresponda a:

- La reajustabilidad según variación del IPC pactada
- Los incrementos reales (sobre el IPC) convenidos
- Los beneficios que se otorgan solo por motivo de la firma del instrumento colectivo (por ejemplo: los bonos por término de negociación)
- Los pactos sobre condiciones especiales de trabajo
- El acuerdo sobre extensión de beneficios sindicales que formen parte del instrumento colectivo sobre el cual se negocia.

Por su parte, en caso que no existiere instrumento colectivo vigente, el piso de la negociación corresponderá a la totalidad de remuneraciones y beneficios que de manera regular y periódica aquel otorgue a los trabajadores representados por el sindicato negociador [art. 336-2].

Luego, para comprender el concepto usado por el legislador al referirse a los beneficios que de manera “regular y periódica haya otorgado a los trabajadores” entendemos que este comprenderá tanto aquellos que se encuentren reconocidos mediante instrumento individual (contratos de trabajo o anexos que complementen o modifiquen al último) como otros que, a través de la práctica sostenida compongan el haz de derechos y beneficios exigibles por estos.

La conclusión anterior es posible sostenerla en base a la doctrina que ha desarrollado la Dirección del Trabajo respecto del contenido del contrato individual de trabajo y la inclusión de los beneficios no escriturados, y que, ante la reiteración y habitualidad en su otorgamiento, pasan a incorporarse a los primeros conforme la doctrina de las cláusulas tácitas⁷⁸.

En complemento a lo anterior, la doctrina de la Dirección del Trabajo, y a propósito tanto del análisis de los requisitos de la denominada “última oferta del empleador” del derogado art. 381.a del CT, norma que exigía al empleador replicar idénticas estipulaciones del instrumento colectivo vigente para optar al reemplazo de trabajadores involucrados en huelga; como en lo referido al análisis del contenido que debía contemplar el denominado “contrato colectivo forzoso” dispuesto en el extinto art. 369-2 que obligaba replicar idénticas estipulaciones a los contratos vigentes para su procedencia, importando ambas figuras en definitiva el reconocimiento de un “piso mínimo” en términos casi idénticos al caso en estudio, indicó que ante primeros procesos de negociación esas idénticas estipulaciones se cumpliría al ofrecerse todos aquellos beneficios y derechos contenidos en contratos individuales, anexos y demás instrumentos individuales que los hubieren modificado, incorporándose las mencionadas “cláusulas tácitas” como contenido normativo a ser reconocido⁷⁹.

78 Al respecto, véase, el dictamen de la DT N°535, de 30.01.2015.

79 Al respecto, véase, dictamen de la DT N°2877/50, de 30.05.2016 y dictamen de la DT N°3589/176 de 25.09.2001, sobre incorporación de cláusulas tácitas al contrato colectivo forzoso conforme el derogado art. 369 del CT. En efecto, el último de los dictámenes señalados, dispuso al razonar sobre el derogado art. 369-2, lo siguiente: “forzoso resulta concluir que respecto de los trabajadores a que se refiere la consulta planteada, el ejercicio de la facultad contemplada en el inciso 2° del artículo 369 del Código del Trabajo, por parte de la respectiva comisión negociadora, implica que los mismos quedarán, por el solo ministerio de la ley, regidos por un contrato colectivo conformado por las estipulaciones de sus contratos individuales de trabajo, vigentes

Finalmente, este piso mínimo de negociación podría ser objeto de modificación rebajándose en parte el contenido del mismo, sus beneficios y/o alcances, cuestión que deberá acordarse por ambas partes dentro del proceso de negociación cuando las condiciones económicas de la empresa así lo justifiquen [art. 341-3].

10.5 Impugnaciones y reclamos

Presentado el proyecto de contrato colectivo y evacuada la respuesta del empleador a dicho proyecto dentro de los plazos establecidos, la ley otorga a las partes la posibilidad de efectuar un control formal sobre parte del contenido de los instrumentos respecto de las materias que precisa la norma [art. 339], operando en este caso un sistema de impugnación y reclamación a ser resueltas por la Inspección del Trabajo, no obstante la opción recursiva residual ante el Juzgado de Letras del Trabajo [art. 340 letra f)], como se indicará.

Serán materias de impugnación las siguientes:

- Corrección a la nómina de trabajadores: podrá solicitarse la exclusión de trabajadores de nómina negociadora por no ajustarse a los preceptos de la ley [art. 339-1].
- Inobservancia de formalidades y requisitos establecidos por ley: las partes podrán impugnar el incumplimiento tanto de las formalidades establecidas para efectos de la presentación del proyecto de contrato como aquellas que afecten a la respuesta del empleador [art. 339-2].

En cualquier caso, se excluirá como objeto de la reclamación o impugnación aquellas materias que tengan relación con el objeto de la negociación colectiva y en particular en lo referido a materias que puedan restringir o limitar la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa [art. 306-4], exclusión regulada por expreso mandato de ley.

a la fecha de presentación del proyecto, sean estas expresas o tácitas, excluidas, naturalmente, aquellas relativas a reajustabilidad, tanto de las remuneraciones, como de los demás beneficios pactados en dinero.”

La presentación de impugnaciones en los términos anotados no suspenderá el transcurso de la negociación colectiva ni afectará a los plazos comprendidos en esta [art. 340, letra g)].

10.6 Procedimiento de impugnación

Las reclamaciones e impugnaciones señaladas deberán ser presentadas ante la Inspección del Trabajo respectiva, la cual, previa audiencia a efectuarse con la concurrencia de ambas partes, resolverá la discrepancia sometida a su conocimiento.

Oportunidad para efectuar el reclamo:

- El empleador deberá efectuar todas las impugnaciones que estime pertinentes en conjunto con la respuesta del proyecto de contrato colectivo [art. 340 letra a)], acompañando los antecedentes que la funden.
- El sindicato deberá formular sus reclamos dentro del plazo de 5 días contados desde la recepción de la respuesta del empleador. En este caso deberá presentar un escrito conteniendo todas las materias objeto de impugnación, junto con los antecedentes que la funda [art. 340, letra b)].

Una vez recibidas las impugnaciones efectuadas bien por el empleador dentro de su respuesta, o bien, por sindicato respectivo, la Inspección del Trabajo deberá citar a una audiencia a las partes involucradas a efectuarse en un plazo de 5 días contados desde la recepción de la última de ellas, la que se notificará mediante correo electrónico [art. 340, letra c)]. A esta audiencia deberán comparecer los involucrados con todos los antecedentes necesarios para su resolución y aquellos que sean solicitados de forma adicional por la autoridad administrativa, instancia en la cual la Inspección del Trabajo instará a las partes a arribar a un acuerdo. De no darse este último, el Inspector del Trabajo deberá emitir una resolución respecto a la materia sometida a su conocimiento dentro del plazo de 5 días contados desde la conclusión de la audiencia, a menos que dicha controversia involucre a más de mil trabajadores, caso ante el cual el proceso de impugnación será resuelto por el Director del Trabajo.

10.7 Recursos sobre la resolución dictada en este procedimiento

La resolución que se dicte por el Inspector del Trabajo o el Director del Trabajo, según corresponda, podrá impugnarse únicamente en sede administrativa mediante la interposición de un recurso de reposición, el que deberá presentarse por la parte afectada dentro del plazo fatal de 3 días contados desde la notificación del acto administrativo [art. 340, letra f)], mismo plazo que tendrá la autoridad competente para emitir la decisión sobre este recurso administrativo.

La resolución que acoja o rechace la reposición administrativa podrá ser reclamada judicialmente dentro del plazo de 5 días, aplicándose en este caso las reglas del procedimiento monitorio [art. 504].

10.8 Desarrollo de la negociación

Iniciado el proceso de negociación a partir de las primeras presentaciones respectivas, las partes quedarán habilitadas para iniciar las tratativas directas y podrán reunirse las veces que estimen pertinentes con el objeto de obtener un acuerdo, proceso que será llevado a cabo sin formalidad alguna [art. 341-1].

Dicho período, esencialmente desformalizado, transcurrirá, por regla general, entre el día de entrega de respuesta por parte del empleador y el término de vigencia del instrumento colectivo vigente, o bien, se extenderá desde la entrega de la respuesta del empleador y hasta el día 45 contados desde la presentación del proyecto de contrato colectivo por el sindicato, cuando se negocie por primera vez.

10.9 La buena fe dentro del proceso de negociación

El legislador instruyó a las partes el deber de sujetarse al principio de la buena fe dentro del proceso de negociación [art. 303-1] lo que se conecta directamente con el mandato general contenido en la CP [art. 19 N°16-4], principio que en su faz objetiva requiere que el empleador y los sindicatos se comporten manteniendo, en general, las siguientes conductas durante el

transcurso de la negociación colectiva:

- Cumplir las obligaciones y plazos legales estipulados.
- Obrar sin la interposición de obstáculos o trabas que limiten las opciones de entendimiento entre las partes.
- Arribar a soluciones de manera justa y pacífica.

Tal comportamiento, en tanto manifestación del principio general de buena fe contractual, reconoce su vinculación efectiva para las partes dentro del proceso de negociación en la medida que su falta de cumplimiento acarreará una eventual comisión de práctica desleal por quien vulnerare tal comportamiento, bien de parte del empleador, o bien fuere inobservada por trabajadores y/u organizaciones sindicales [arts. 403.a y 404.a].

10.10 La comisión negociadora sindical y el comité de apoderados

Los trabajadores y empleadores concurrirán al proceso de negociación colectiva debidamente representados por la comisión negociadora sindical [art. 330-1] y la comisión negociadora de empresa o comité de apoderados [art. 335-3], respectivamente.

10.10.1 La comisión negociadora sindical

La representación del sindicato se llevará a cabo por esta comisión [art. 330-1], la cual estará compuesta por la directiva de la organización correspondiente, a menos que se trate de una negociación que involucrare a más de un sindicato, caso en el cual dicha comisión se compondrá con los directores que sean designados por cada organización al momento de presentar el proyecto de contrato colectivo.

En caso que el sindicato o los sindicatos tengan afiliación femenina, aquel o aquellos deberán integrar a la comisión negociadora sindical al menos a una trabajadora para formar parte integrante de la misma, quién deberá ser electa conforme dispongan los estatutos de el o los sindicatos actuantes [art. 330-3]. Si los estatutos nada regulasen al respecto, esa representante deberá ser elegida en asamblea convocada para tales efectos, en votación universal.

La cuota de género regulada en los términos antes referidos admite además las siguientes reglas especiales:

- Casos de micro y pequeñas empresas: existiendo afiliación femenina en los sindicatos que negocien colectivamente, la inclusión obligatoria de la trabajadora dentro de comisión negociadora sindical se traducirá en la sustitución de uno de los representantes varones que conforme derecho correspondía integrar dicha comisión [art. 330-4].
- Extensión de fuero por negociación: la trabajadora que integre la comisión negociadora [art. 330-3], gozará de la extensión del fuero por negociación colectiva [art. 309] por un plazo total de 90 días contados desde el término de la negociación colectiva mediante la suscripción del contrato colectivo o desde la fecha de notificación del fallo arbitral, según corresponda [330-5].

10.10.2 La comisión negociadora de empresa o comité de apoderados

Por su parte, el empleador estará representado por una comisión negociadora de empresa designada al momento de entregar la respuesta al proyecto de contrato colectivo, la cual deberá estar compuesta por un máximo de 3 apoderados que formen parte de la empresa o sean representantes de ésta [art. 335-3].

Para efectos del CT, se entenderá que también representan al empleador en esta comisión o comité de apoderados, los siguientes:

- Los miembros del directorio [art. 335-3].
- Los socios con facultades de administración [art. 335-3].

10.10.3 Los asesores a las comisiones negociadoras

Adicionalmente a lo señalado precedentemente, la comisión negociadora sindical y el comité de apoderados podrán concurrir con asesores designados por cada una de ellas para ser asistidos dentro del proceso de negociación, no pudiendo presentarse más de 3 asesores por cada una de ellas [art. 330-2 y 335-3].

10.11 La última oferta del empleador

Dentro de las formalidades insertas en el proceso de negociación colectiva reglada, el legislador prevé que el empleador tenga derecho a efectuar una última oferta, la cual por definición corresponderá al instrumento formalizado que dé cuenta de la propuesta final de este relativa al contenido normativo pretendido como contrato colectivo, informada en la oportunidad y según los requisitos de publicidad que señala la ley a los trabajadores involucrados en la negociación.

Respecto de la oportunidad, la ley prescribe que la última oferta deberá presentarse ante la comisión negociadora sindical con una antelación de a lo menos 2 días al inicio del periodo de votación de huelga y deberá estar suscrita por el comité de apoderados de la empresa [art. 346-1], a menos que se tratare de negociaciones en micro y pequeñas empresas, caso ante el cual bastará con la firma de solo uno de los miembros de ese comité. En dicho sentido, la excepción establecida por ley nos permite concluir que, ante el primer caso, esto es, negociación colectiva que involucre a medianas y grandes empresas, la última oferta deberá estar suscrita por la totalidad de los integrantes del comité de apoderados designados en su oportunidad. Con todo, si el empleador no entregare una última oferta en la oportunidad referida, considerará a esta las anteriores ofertas formalizadas dentro del proceso de negociación, y a falta de estas, la respuesta del empleador [art. 346-2].

Porsu parte, dentro de las medidas de publicidad que se exigen por el legislador, se prescribe que el empleador podrá informar a todos los trabajadores involucrados en la negociación colectiva la presentación de esta última oferta [art. 346-3], la que deberá ser hecha por escrito, poniéndola en conocimiento de aquellos mediante "mecanismos generales de comunicación". Esta última denominación no es definida por el CT, por lo que quedarán comprendidas todas las vías que permitan la comunicación efectiva de la misma, y en particular: (a) la entrega material del documento a cada trabajador y (b) el envío de un archivo computacional a la casilla registrada de cada trabajador en formato que permita su simple lectura; esto sin perjuicio de complementar las vías antes señaladas mediante la publicación de esa última oferta en al

menos dos sitios visibles y de acceso común al interior de la empresa tal como lo disponía el derogado art. 372 del CT.

Efectuada la última oferta del empleador en la oportunidad prevista, o ante la falta de esta la última propuesta formal entregada por el empleador durante el proceso de negociación colectiva, y en defecto de ambas, la respuesta del empleador, estas serán escrutadas por el sindicato al momento de votación de huelga, debiendo escoger entre la opción "huelga" o "última oferta del empleador" [art. 350].

Pero además de lo señalado, la última oferta del empleador que cumpla con los requisitos antes señalados y aquellos prescritos en el art. 357 del CT, permitirá al empleador aceptar el reintegro individual de los trabajadores involucrados en la huelga a partir del décimo sexto día de iniciada esta última en caso de medianas y grandes empresas, y a contar del sexto día, cuando se trate de micro y pequeñas empresas.

10.12 La votación de la última oferta del empleador

Sin perjuicio de lo indicado en *infra*. 4.2 del capítulo 4, los trabajadores al finalizar el periodo de negociación colectiva, y ante la convocatoria que haga el o los sindicatos sujetos al proceso de negociación colectiva [art. 347], deberán someter a votación la última oferta, fuere aceptándola, caso ante el cual finalizaría la negociación colectiva; fuere rechazándola, aprobando en consecuencia la huelga.

Esa votación se efectuará dentro de los últimos 5 días del período de vigencia del contrato colectivo, o dentro del plazo de 5 días sobre un total de 45 contados desde la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo [art. 348-1 y-2] en caso que fuere la primera negociación efectuada dentro de la empresa. Estos plazos podrán excepcionalmente modificarse en caso que las partes, de común acuerdo, extiendan el período de negociación colectiva postergándose la oportunidad para la votación de esta última oferta, acuerdo que deberá constar por escrito y suscribirse por ambas comisiones negociadoras, remitiéndose una copia de este a la Inspección del Trabajo

respectiva [art. 348-3]. Cuando se pacte tal aplazamiento y prórroga existiendo contrato colectivo vigente entre las partes, este prorrogará su vigencia según los términos y extensión de ese acuerdo.

10.13 El término del proceso de negociación colectiva

El proceso de negociación colectiva reglada es esencialmente conclusivo, finalizando por regla general con la suscripción del contrato colectivo materializando los acuerdos convenidos durante el desarrollo de aquel. Este término convenido, empero, admite las excepciones que analizaremos posteriormente.

10.13.1 La firma del contrato colectivo

Como se indicó, los procesos de negociación colectiva culminarán con la suscripción del contrato colectivo. Este acuerdo podrá alcanzarse tanto dentro del período previsto para el desarrollo de la negociación, fuere antes de la fecha de término de la vigencia del instrumento colectivo anterior, o dentro del plazo de 45 días contados desde la presentación del proyecto de contrato colectivo por parte del sindicato, como también una vez finalizado dicho término y mientras se ejerciere el derecho a huelga consagrado en la ley.

Distinguir entre uno u otro momento tendrá una doble funcionalidad, apreciándose eventuales diferencias entre la fecha efectiva de entrada en vigencia del contrato colectivo y las fechas consideradas para calcular la duración del mismo.

Así, en caso de que se tratase de la finalización de negociación colectiva con contrato vigente:

- Si la suscripción del contrato colectivo se efectuare antes de hacerse efectiva la huelga, este instrumento entrará en vigencia a contar del día siguiente al vencimiento del contrato colectivo anterior [art. 324-2], rigiendo su duración a contar de esa fecha.
- En caso de haberse hecho efectiva la huelga suscribiéndose el contrato colectivo durante su ejecución, la entrada en vigencia de este instrumento

se contará a partir de la fecha de suscripción, mientras que su duración se contará a partir del día siguiente al término del instrumento colectivo o fallo arbitral anterior [art. 324-3].

Por su parte, si se tratase de una primera negociación colectiva reglada:

- En caso que se suscribiera contrato colectivo antes de hacer efectiva la huelga, el instrumento colectivo tendrá plena vigencia a contar del día siguiente a su suscripción [art. 324-2].
- De suscribirse el contrato colectivo una vez ejecutada y estando en desarrollo la huelga, y al igual que el caso anterior, el instrumento suscrito entrará en vigencia a contar de la fecha de suscripción, sin perjuicio que para efectos de determinar su duración se deba contar el plazo a contar del día siguiente al cuadragésimo quinto día desde la presentación del contrato colectivo [art. 324-3].

10.13.2 El contrato colectivo forzoso: suscripción del piso de la negociación.

De manera excepcional, el CT prevé la posibilidad que el proceso de negociación colectiva termine por suscripción del piso de negociación.

Esta modalidad de término [art. 342-1] se reconoce como facultad excluyente de la comisión negociadora sindical, la cual podrá requerir del empleador en cualquier momento dentro del período de negociación e incluso durante el tiempo en que se ejecutare la huelga, que sea suscrito el contrato colectivo conforme los términos y exclusión de contenidos correspondientes al piso de negociación colectiva.

En el ejercicio de esta facultad, la comisión negociadora sindical requerirá de su empleador, mediante comunicación escrita, la decisión de aquella de no perseverar en el proceso de negociación y suscribir contrato colectivo, ante lo cual el empleador no podrá negarse [art. 342-2], a menos que se hubiere convenido la reducción del piso negociador [art. 341-3] o el empleador, en igual supuesto y sin mediar acuerdo referido, justificare la imposibilidad de suscribir piso mínimo considerando la realidad económica de la empresa para tales fines.

10.14 El fuero de la negociación colectiva

Según el art. 309 del CT los trabajadores involucrados en un proceso de negociación colectiva reglado y forzoso gozan de fuero laboral. Este fuero protege el ejercicio del derecho a negociar colectivamente e importa que el empleador no podrá poner término a los contratos de los trabajadores involucrados en un procedimiento reglado y forzoso, sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederlo en caso de vencimiento del plazo convenido [art. 159.4], conclusión de la obra, faena o servicio [art. 159.5] o por la concurrencia de alguna de las causales de caducidad establecidas en el art. 160.

El Código del Trabajo distingue dos situaciones:

- Los trabajadores que están incluidos en la nómina del proyecto de contrato colectivo gozan de fuero laboral desde los 10 días anteriores a la presentación del referido proyecto [art. 309-1].
- Los trabajadores que se incorporan al proceso de negociación colectiva en curso hasta el quinto día de presentado el proyecto de contrato colectivo gozan de fuero laboral a partir de la fecha en que se comunica al empleador esta circunstancia [art. 309-2]. Si el sujeto negociador es un sindicato, el trabajador tendrá derecho a afiliarse al mismo y ser parte de pleno derecho de la negociación colectiva, conforme el art. 331-1.

En ambos casos, el fuero se extiende hasta 30 día después de la suscripción del contrato colectivo, o de la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado [art. 309-1]⁸⁰.

Excepcionalmente, no se requerirá demandar el desafuero de los trabajadores temporales (contratados a plazo fijo, o bien, por obra o faena), cuando el plazo venza o la obra o faena concluya dentro del período del fuero de negociación colectiva, según sea el caso [art. 309-3].

80 A la integrante femenina de la comisión negociadora sindical se le extiende el plazo post negociación colectiva hasta 90 días, contados desde la firma del contrato colectivo o desde la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado [art. 330-5].

11. Los procedimientos de solución del conflicto colectivo

Los procedimientos de solución del conflicto colectivo son instancias o instrumentos técnicos establecidos por el Código del Trabajo cuyo objeto es facilitar el desarrollo de la negociación colectiva (mediación) o la solución del conflicto (arbitraje).

El CT regula en el capítulo VII del libro IV: la mediación, la mediación laboral de los conflictos colectivos y el arbitraje. En todos los procedimientos interviene un tercero distinto de las partes. En la mediación, la Dirección del Trabajo y en el arbitraje, un tribunal arbitral.

Los órganos de control de la OIT permiten la existencia de procedimientos de solución del conflicto colectivo, siempre que su objetivo primordial sea el fomento de la negociación colectiva libre y voluntaria entre las partes; los interlocutores en la negociación gocen de máximo de autonomía posible dentro de la ley y se pueda recurrir por voluntad propia y de común acuerdo al mecanismo administrativo que se establezca para facilitar la celebración de un instrumento colectivo⁸¹. En cuanto a la imposición del arbitraje obligatorio en caso que las partes no alcancen un acuerdo, solo es admisible tratándose de empresas en las que se prohíbe ejercer el derecho a huelga⁸².

11.1 La mediación

Es un procedimiento que se realiza ante la Dirección del Trabajo, cuyo objeto es facilitar el desarrollo de la negociación colectiva y hacer posible que las partes alcancen un acuerdo que solucione el conflicto colectivo⁸³.

La mediación se puede efectuar solo ante funcionarios de la Dirección del Trabajo ya que la ley N°20.940 derogó los artículos 352 al 354 que permitían

81 CEACR (1994) 247.

82 CLS (2006) 994.

83 La DT en su OS N°1, de 2002, ha creado y ordenado un "sistema de solución alternativo de conflictos laborales colectivos", al amparo de su ley orgánica que le permite efectuar "toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo" (art. 1.e del DFL N°2, de Trabajo, de 1967).

la designación de un mediador privado para superar las diferencias existentes durante el proceso de negociación colectiva reglada.

El CT contempla cuatro tipos de mediación. Hay dos que se pueden efectuar en el procedimiento de negociación colectiva reglada (mediación voluntaria y mediación obligatoria), una en el procedimiento especial de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (mediación) y una que es aplicable a cualquier procedimiento de negociación colectiva que no tenga una regla especial (mediación laboral de conflictos colectivos).

11.1.1 La mediación voluntaria de la negociación colectiva reglada

Este procedimiento está regulado en los arts. 344 y 378 del CT. La mediación voluntaria se puede solicitar desde que haya vencido el plazo de respuesta del empleador (10 días contados desde la presentación del proyecto de contrato colectivo) y hasta que no haya terminado el conflicto, incluso durante la huelga.

La mediación voluntaria debe ser solicitada por el empleador y el sindicato, de común acuerdo, a la Dirección del Trabajo (art. 344). El plazo máximo de este procedimiento será de 10 días contados desde la notificación del nombramiento del mediador (art. 378-2).

El mediador tendrá por función facilitar el desarrollo de la negociación y promover el acuerdo entre las partes. Para este efecto, podrá requerir los antecedentes que juzgue necesarios, efectuar las visitas que estime procedentes a los lugares de trabajo, hacerse asesorar por organismos públicos o por expertos y requerir aquellos antecedentes documentales, laborales, tributarios, contables o de cualquier otra índole que las leyes respectivas permitan exigir a las empresas involucradas en la mediación y a las autoridades (art. 379-2).

La Dirección del Trabajo ha establecido como un principio de la mediación la "voluntariedad", en el sentido que, "el modelo se funda en la libertad que [las partes] se otorgan para definir su incorporación y permanencia en el proceso,

así como para llegar o no a un acuerdo durante el desarrollo del mismo⁸⁴. En consecuencia, la mediación voluntaria subsistirá mientras ambas partes estén de acuerdo en continuar con el procedimiento.

Del mismo modo, la Dirección del Trabajo ha entendido que su rol en este procedimiento es de "intermediación de las partes", o sea, no hay una delegación de autoridad en el mediador para que adopte decisiones por ellas y un fomento a la "autocomposición" con el objeto que los involucrados busquen una solución a sus problemas a través de su exclusiva voluntad⁸⁵. Por ello, no habiendo acuerdo entre el empleador y el sindicato durante la mediación voluntaria, se pondrá término a la misma y continuará la negociación colectiva.

11.1.2 La mediación obligatoria de la negociación colectiva reglada

Este procedimiento está regulado en el art. 351 del CT. La mediación obligatoria puede ser solicitada por cualquiera de las partes dentro de los 4 días siguientes a la aprobación de la huelga. El principal efecto de la solicitud de mediación obligatoria es la suspensión del ejercicio de la huelga.

Esta mediación obligatoria está tratada en *infra*. 4.5.1. del capítulo 4.

11.1.3 La mediación del procedimiento especial de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria

Este procedimiento está contemplado en el art. 370 del CT. Se trata de una mediación aplicable al procedimiento de negociación colectiva de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria que, a diferencia de la mediación voluntaria del procedimiento reglado:

- Puede ser solicitada por cualquiera de las partes (no de común acuerdo)
- La asistencia de las partes a las audiencias es obligatoria (no voluntaria)
- El plazo del procedimiento es de 5 días hábiles prorrogables por el plazo que las partes de mutuo acuerdo estimen pertinente (10 días corridos sin prórroga)

84 Al respecto, véase, Orden de Servicio (OS) N°2, de 2002, de la DT.

85 Los demás principios de la mediación laboral son: integralidad, flexibilidad, equidad y gratuidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad, y legalidad.

- El mediador de la Dirección del Trabajo está dotado de amplias facultades para instar a las partes a lograr un acuerdo (el rol de mediador es facilitar la negociación y promover el acuerdo directo entre las partes)

Esta modalidad de mediación contempla la obligatoriedad de la asistencia a las audiencias citadas por la Inspección del Trabajo, la que podrá cursar multas a quienes no comparezcan sin causa justificada a las mismas, conforme el art. 30 de su ley orgánica.

Por lo anterior, este procedimiento se aparta del principio de “voluntariedad” que la Dirección del Trabajo ha desarrollado en la materia, en el sentido que las partes no están obligadas a continuar con el proceso de mediación si así lo estiman.

11.2 La mediación laboral de conflictos colectivos

El CT contempla en una mediación laboral aplicable a todos aquellos conflictos colectivos que no tengan un procedimiento especial de mediación (art. 381 al 384).

Este procedimiento tiene por objeto contribuir a resolver cualquier conflicto colectivo que se produzca entre uno o varios empleadores con una pluralidad de trabajadores y en el que exista un interés colectivo, o sea, un interés abstracto e indivisible del grupo afectado y no individual, singular o concreto⁸⁶. Por su carácter residual, esta mediación no será aplicable al procedimiento de negociación colectiva reglada ni al procedimiento especial de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, quienes tienen reglas especiales sobre el particular.

Esta mediación podrá ser iniciada de oficio por la Inspección del Trabajo o por solicitud de cualquiera de las partes a la misma autoridad administrativa (art. 382). El CT no fija un plazo para el desarrollo de la mediación. Sin perjuicio de ello, faculta al Inspector del Trabajo a cargo de la misma para disponer la

⁸⁶ González Ortega, Santiago *et al*, *Derecho de Trabajo de la Empresa*, Editorial Colex, Madrid (2001), p. 161.

celebración de las audiencias que estime necesarias para llegar a un acuerdo (art. 383-1).

Para el logro del objeto de la mediación, el Inspector del Trabajo podrá solicitar asesoramiento e información a entidades públicas y privadas y ordenar medidas destinadas a contar con la mayor información necesaria para contribuir a resolver el conflicto (art. 383-2).

La mediación podría concluir con acuerdo entre las partes o no prosperar. En este último caso, la Inspección del Trabajo deberá levantar un informe que detallará las características del conflicto, la posición de las partes, las fórmulas de mediación analizadas y las posturas de las partes respecto de aquellas. Este informe será público (art. 384).

11.3 La reunión de asistencia técnica en la MIPE

Una modalidad de procedimiento destinado a facilitar la negociación colectiva está constituida por la reunión de asistencia técnica que la Dirección del Trabajo convoca a las partes con el objeto de informarles sobre el procedimiento, los plazos, los derechos y las obligaciones derivados de la negociación.

Esta reunión de asistencia técnica está regulada en el art. 343 del CT. La podrá solicitar el empleador o el sindicato, siempre y cuando se trate del procedimiento de negociación colectiva reglada en una micro o pequeña empresa. Excepcionalmente, se podrá pedir en una mediana empresa cuando se negocie por primera vez.

La asistencia a esta reunión será obligatoria para ambas partes.

11.4 El arbitraje

El arbitraje que regula el CT se refiere a aquel procedimiento en virtud del cual las partes someten la negociación colectiva a un tribunal arbitral para que este decida el conflicto colectivo. Al resolver la negociación colectiva, el tribunal deberá fallar en favor de la proposición de alguna de las partes, emitiendo al

efecto una resolución que se denominará laudo o fallo arbitral (art. 385-1)⁸⁷.

El CT regula el arbitraje laboral destinado a solucionar un conflicto de intereses como es la negociación colectiva y no el arbitraje judicial cuyo propósito es resolver un conflicto de derecho: la aplicación o interpretación de un instrumento colectivo⁸⁸.

El tribunal arbitral será colegiado y estará integrado por 3 árbitros (art. 387-1).

Las reglas establecidas en el CT sobre el arbitraje son aplicables al voluntario y al obligatorio.

11.4.1 El arbitraje voluntario

El CT (art. 386-1) permite que las partes sometan voluntariamente la negociación colectiva a arbitraje en cualquier momento. Entonces, el empleador y el sindicato podrán acordar el compromiso desde el inicio de la negociación colectiva y mientras no hayan suscrito el correspondiente contrato colectivo. Por lo mismo, podrán recurrir al arbitraje durante la huelga y el lock-out.

11.4.2 El arbitraje obligatorio

Según el CT (art. 386-2) el arbitraje será obligatorio para las partes en dos casos:

- Cuando la huelga esté prohibida. Esto es: (a) se trata de trabajadores que prestan servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su

⁸⁷ El Ministerio del Trabajo y Previsión Social deberá dictar un reglamento para determinar las condiciones, plazos y formas por las cuales se llevará a cabo la designación del tribunal arbitral, la contratación de los árbitros, la supervigilancia del Registro Nacional de Árbitros Laborales y demás normas necesarias para el funcionamiento del arbitraje. Este decreto deberá ser suscrito por el Ministro de Hacienda (art. 387-2).

⁸⁸ El CT derogó el art. 345-2 que permitía a las partes designar un árbitro en el contrato colectivo encargado de interpretar las cláusulas y resolver las controversias a que dé origen el mismo instrumento. El art. 322-2 (que lo reemplazó) está redactado en términos más amplios ya que permite la constitución de una comisión bipartita para la implementación y seguimiento del cumplimiento del instrumento colectivo, o bien, mecanismos de resolución de las controversias, los que podrán considerar la designación de un árbitro.

- 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, (b) la empresa en que laboran se encuentra incluida en la resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, que efectúa tal calificación (art. 362) y (c) no se ha logrado acuerdo directo entre las partes en la negociación colectiva reglada y ha vencido el instrumento colectivo vigente.
- Cuando se decrete la reanudación de faenas por el Tribunal de Letras del Trabajo, en caso de una huelga o *lock-out* que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (art. 363).

11.4.3 El procedimiento aplicable al arbitraje obligatorio y voluntario

11.4.3.1 Designación del tribunal arbitral

La designación del tribunal arbitral se efectuará en una audiencia realizada en la Dirección Regional del Trabajo correspondiente al domicilio de la empresa.

La Dirección Regional deberá citar a las partes a esta audiencia dentro de 5° día contado desde:

- La suscripción del compromiso, si el arbitraje es voluntario;
- La llegada de la fecha de término de vigencia del instrumento colectivo, si el arbitraje es obligatorio porque en la empresa está prohibida la huelga, y
- El día siguiente de la notificación de la resolución judicial que ordena la reanudación de faenas, si es obligatorio por tal causa (art. 387-2).

La audiencia se llevará a cabo con cualquiera de las partes que asista o en ausencia de ambas (art. 387-2 *in fine*). En esta audiencia se procederá a designar a los árbitros que conformarán el tribunal arbitral, nombrando a 3 titulares y 2 suplentes entre los inscritos en la Nómina Nacional de Árbitros Laborales. Las designaciones serán de común acuerdo y en su ausencia, la

Dirección Regional del Trabajo designará aquellos que más se aproximen a las preferencias de las partes⁸⁹. Si las partes no manifestaren preferencias, la designación se hará por sorteo. El Director Regional del Trabajo procurará que al menos uno de los árbitros tenga domicilio en la Región respectiva (art. 387-3).

Al tribunal arbitral designado les serán aplicables los artículos 75, 76, 77, 78, 79, 80, 83, 85 y 89-1 del Código Orgánico de Tribunales (COT), en todo aquello que no sea incompatible con lo regulado en el capítulo sobre el arbitraje.

11.4.3.2 Constitución del arbitraje

Según el CT (art. 388-1) los árbitros designados serán notificados por la Dirección Regional del Trabajo al correo electrónico que tengan registrado, quedando citados a una audiencia de constitución del tribunal arbitral dentro de 5° día. A esta audiencia también serán convocadas las partes.

En la audiencia de constitución, el Director Regional del Trabajo tomará juramento o promesa a los árbitros designados, partiendo por los titulares y siguiendo por los suplentes. En caso de ausencia de un árbitro titular, tomará su lugar uno de los suplentes. Los árbitros deberán jurar o prometer dar fiel e íntegro cumplimiento a su cometido (art. 388-2).

En la audiencia de constitución, el tribunal arbitral deberá definir el procedimiento que seguirá para su funcionamiento (art. 388-2 *in fine*).

11.4.3.3 Procedimiento del arbitraje

Según el CT (art. 388-3), el tribunal arbitral convocará a las partes a una audiencia dentro de los 5 días siguientes a la celebración de la audiencia de constitución.

⁸⁹ El derogado art. 359-2 establecía un procedimiento para este efecto: las partes debían enumerar en orden de preferencia los distintos árbitros laborales incluidos en la nómina y la Inspección del Trabajo designaba a aquel que más se aproximaba a las preferencias de las partes. En caso de igualdad de preferencias, se resolvía por sorteo.

En esta audiencia, el empleador y el sindicato deberán presentar su última propuesta y realizarán las observaciones que estimen pertinentes. El tribunal levantará acta resumida de lo obrado (art. 388-3 *in fine*)⁹⁰. La última propuesta que las partes deben presentar en esta audiencia tiene mucha importancia porque el tribunal arbitral debe fallar en favor de una las proposiciones formuladas.⁹¹

El tribunal arbitral podrá requerir los antecedentes que juzgue necesarios, efectuar las visitas que estime procedentes a los locales de trabajo, hacerse asesorar por organismos públicos o por expertos, sobre las diversas materias sometidas a su resolución, citar a audiencia a las partes, y exigir aquellos antecedentes documentales, laborales, tributarios, contables o de cualquier otra índole a las partes, que le permitan emitir su fallo de manera fundada (art. 389).

11.4.3.4 El fallo del tribunal arbitral

El tribunal arbitral deberá fallar dentro de los 30 días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia constitutiva, plazo que podrá prorrogarse fundadamente hasta por otros 10 días hábiles. El fallo deberá resolver los asuntos sometidos a su decisión y no será objeto de recurso alguno (art. 391). Según el CT (art. 390-1) el tribunal arbitral, estará obligado a fallar en favor de la proposición de alguna de las partes, no siendo posible que resuelva la negociación colectiva con fórmulas intermedias o combinadas⁹².

El art. 390-2 establece que el empleador y el sindicato mantienen la facultad de celebrar directamente un contrato colectivo, mientras no les sea notificado el fallo arbitral.

90 El derogado art. 363 del CT establecía que el árbitro debía fallar en favor de una de las "dos proposiciones de las partes, vigentes en el momento de someterse el caso a arbitraje". La DT estableció que la última proposición se podía entregar a la contraparte "hasta antes de celebrarse el comparendo para designar el tribunal que deberá fallar la controversia" (dictámenes N°2532/092 de 05.05.1992 y N°1674/28, de 21.04.2006).

91 Esta regla de resolución del arbitraje obliga a las partes a ser conservadoras y cautas al presentar su última propuesta al tribunal arbitral.

92 El proyecto original del Gobierno permitía al tribunal arbitral dictar un fallo que contuviera total o parcialmente las proposiciones de una y otra parte (art. 397-1).

11.4.3.5 El Registro Nacional de Árbitros Laborales⁹³

El art. 394 crea un Registro Nacional de Árbitros Laborales, en el que podrán inscribirse libremente las personas naturales que cumplan los siguientes requisitos:

- Poseer un título profesional de una carrera que tenga al menos 8 semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por este.
- Experiencia no menor a 5 años en el ejercicio profesional o en la docencia universitaria en legislación laboral, relaciones laborales, recursos humanos o administración de empresas.
- No encontrarse inhabilitado para prestar servicios en el Estado o ejercer la función pública.
- No haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva.
- No tener la calidad de funcionario o servidor público de la Administración del Estado, centralizada o descentralizada.

Los árbitros laborales permanecerán en el Registro Nacional mientras mantengan los requisitos legales para su inscripción en el mismo (art. 394-2).

La Secretaría del cuerpo arbitral se radicará en la Dirección del Trabajo, la que será responsable de llevar el registro de árbitros (art. 393).

De igual modo, la Dirección del Trabajo deberá revisar el cumplimiento y mantención de los requisitos de quienes postulen a incorporarse en el Registro Nacional de Árbitros (art. 395.1).

El Registro Nacional de Árbitros Laborales será de carácter público. En él se consignarán: el nombre del árbitro, región o regiones de desempeño, los casos asignados y terminados y el monto de los honorarios percibidos (art. 398).

93 La reforma reemplazó al cuestionado "Cuerpo Arbitral", cuyos miembros eran designados por el Presidente de la República, a proposición del mismo cuerpo, en terna por cada cargo a llenar. El "Cuerpo Arbitral" estaba compuesto por abogados e ingenieros nominados por el General Pinochet, muchos de los cuales habían fallecido, otros por su avanzada edad no podían ejercer como árbitros y los que estaban en condiciones de asumir el encargo no lo hacían porque los aranceles eran muy bajos.

11.4.3.6 Los árbitros laborales

La remuneración de los árbitros laborales será de costo fiscal, salvo en el caso de que el procedimiento arbitral afecte a una gran empresa, en cuyo caso el costo deberá ser asumido por esta (art. 392-1).

La Dirección del Trabajo deberá fijar anualmente los aranceles de los árbitros para el año siguiente (art. 392-1) y pagar los honorarios correspondientes a las remuneraciones de los integrantes del tribunal arbitral, cuando proceda (art. 395.2).

Del mismo modo, constituido el tribunal arbitral, la Dirección del Trabajo suscribirá con cada uno de sus integrantes un contrato de prestación de servicios a honorarios, en el cual se especificará que estos se pagarán contra la entrega del fallo arbitral correspondiente, dentro del plazo máximo permitido (art. 396).

Le son aplicables a los árbitros laborales las causales de implicancia y recusación señaladas en los artículos 195 y 196 del COT, considerándose que la mención que en dichas normas se hace a los abogados de las partes deberá entenderse referida a los asesores de las mismas en el respectivo procedimiento de negociación colectiva (art. 397-1). Para los efectos de las implicancias o recusaciones, solamente se entenderán como parte el empleador, sus representantes legales, sus apoderados en el procedimiento de negociación colectiva, los directores de los sindicatos interesados en la misma y los integrantes de la respectiva comisión negociadora sindical, en su caso (art. 397-2).

Las implicancias o recusaciones serán declaradas de oficio o a petición de parte por el tribunal arbitral, con exclusión del miembro afectado por estas (art. 397-3).

En caso de implicancia, la declaración podrá formularse en cualquier tiempo (art. 397-4). En caso de recusación, el tribunal deberá declararla dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde su constitución. Dentro del mismo

plazo, la parte interesada podrá también deducir las causales de recusación que fueren pertinentes (art. 397-5). Si la causal de recusación sobreviniere con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral, el plazo a que se refiere el inciso anterior se contará desde que se tuvo conocimiento de la misma (397-6).

Si el tribunal no diere lugar a la declaración de la implicancia o recusación, la parte afectada podrá apelar, dentro del plazo de 5 días hábiles, ante el Director del Trabajo, el que resolverá en el más breve plazo posible (art. 397-7). La interposición de este recurso no suspenderá el procedimiento de arbitraje. Con todo, no podrá procederse a la dictación del fallo arbitral sin que previamente se haya resuelto la implicancia o recusación (397-8).

La resolución que se pronuncie acerca de la implicancia o recusación se notificará a las partes por carta certificada (art. 397-9).

12. Los instrumentos colectivos

El CT (art. 321-1) define al instrumento colectivo en los siguientes términos: “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” (se refiere al Libro IV De la negociación colectiva).

De la definición legal es posible concluir que el instrumento colectivo es una convención, o sea, un acto jurídico bilateral.

Esta convención deber ser celebrada entre empleadores y trabajadores. Esto es, las partes podrán ser plurales por el lado de los empleadores y trabajadores (si se celebra un convenio colectivo entre una federación y dos o más empleadores), o bien, solo existir pluralidad de trabajadores (cuando se acuerda un contrato colectivo entre un sindicato de empresa y su empleador). En consecuencia, no es admisible un instrumento colectivo celebrado entre

una pluralidad de empleadores y un solo trabajador⁹⁴.

Los trabajadores son los titulares del derecho a negociar colectivamente por expresa disposición de la Constitución (art. 19.16-5) aunque deben ejercer este derecho representados por un sujeto negociador que podrá ser un sindicato o una coalición transitoria.

Los empleadores podrán concurrir a la celebración del instrumento colectivo en forma individual, agrupados para el solo efecto de negociar o representados por una asociación gremial de empleadores⁹⁵.

El instrumento colectivo tiene una finalidad normativa: establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, en principio, para ambas partes. No obstante, el instrumento colectivo puede aplicarse, en las condiciones fijadas por la ley, a un trabajador sin afiliación sindical (art.322-3). Este es el denominado "efecto extensivo del instrumento colectivo".

12.1 Tipos

El Código del Trabajo establece los siguientes instrumentos colectivos⁹⁶:

- El contrato colectivo: es aquel instrumento colectivo celebrado en

94 El trabajador es el titular del derecho a negociar colectivamente, pero lo debe ejercer a través de sujetos negociadores que tienen el carácter de agentes colectivos. Por lo mismo, no es jurídicamente posible que se celebre un instrumento colectivo con un solo trabajador como parte del mismo.

95 El empleador individual es igualmente considerado un sujeto colectivo porque los efectos de las decisiones que adopta al interior de la empresa impactan colectivamente en todos sus trabajadores.

96 La STC N°3016(3026)-16-CPT declaró inconstitucionales los incisos segundo, tercero y cuarto del art. 321 del proyecto de ley que definían el "contrato colectivo", el "convenio colectivo" y el "acuerdo de grupo negociador" en los siguientes términos: "Contrato colectivo es aquel instrumento colectivo celebrado de conformidad al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en los artículos 328 y siguientes de este Código", "Convenio colectivo es aquel instrumento colectivo celebrado de acuerdo a la negociación colectiva no reglada prevista en el artículo 314 de este Código o derivado del procedimiento especial de negociación a que se refieren los artículos 365 y siguientes de este cuerpo legal" y "Acuerdo de grupo negociador es aquel instrumento colectivo celebrado conforme al procedimiento de negociación colectiva semirreglada del artículo 315 de este Código".

conformidad al procedimiento de negociación colectiva reglada y forzosa previsto en el Título IV del Libro IV del CT⁹⁷.

- El convenio colectivo: es aquel instrumento colectivo celebrado conforme al procedimiento no reglado y voluntario previsto en el art. 314 del CT, o bien, el procedimiento especial para trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria establecido en el Capítulo II del Título V del Libro IV del CT.
- El fallo o laudo arbitral: es aquel dictado por un tribunal arbitral según las normas de los arts. 387 y siguientes del CT [art. 320-2].

La definición legal de cada uno de los instrumentos colectivos se formula según el procedimiento de negociación colectiva seguido por las partes para celebrar la convención. La única excepción es el fallo o laudo arbitral que, a diferencia de los demás, no es producto del acuerdo de voluntades de las partes, sino que es dictado por un tribunal arbitral en un arbitraje voluntario u obligatorio. Para el CT, aunque el fallo o laudo arbitral no es una convención igualmente se considera un instrumento colectivo.

No son instrumentos colectivos el “protocolo de acuerdo” (dictamen N°3897/58, de 01.09.2010) ni el “acuerdo marco” (dictamen N°214/4, 15.01.2009), al no cumplir los requisitos que el legislador nacional reconoce a todo instrumento para ser calificado como convenio colectivo⁹⁸.

97 El art. 6-3 del CT define al contrato colectivo como “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 establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado”. En consecuencia, podrán ser sujetos negociadores de un contrato colectivo: una o más organizaciones sindicales o un grupo de trabajadores que se une para el solo efecto de negociar colectivamente

98 Aunque la ley hace referencia al “acuerdo de grupo negociador” en el art. 11-2 (modificación de contratos individuales), art. 43-1 (reajustes legales de remuneraciones), art. 82-1 (regulación de remuneraciones de aprendices), art. 178-1 (tributación de las indemnizaciones) y art. 324-1 (duración y vigencia de los instrumentos colectivos), al haberse declarado inconstitucional el art. 315 que regulaba la negociación colectiva semirreglada, en cuya virtud era posible celebrarlos, nos parece que el “acuerdo de grupo negociador” no constituye un instrumento colectivo para la legislación nacional.

12.2 Formalidades

Según el art. 320-3 del CT los instrumentos colectivos deberán constar por escrito y registrarse en la IT dentro de los 5 días siguientes a su suscripción.

En vista de lo anterior, los instrumentos colectivos son solemnes. Sus solemnidades consistirán en la escrituración y su registro ante la IT dentro de un plazo legal (5 días siguientes a su firma). Para que el instrumento colectivo produzca válidamente sus efectos jurídicos será necesario que cumpla con ambas formalidades: la escrituración y el registro.

La DT ha sostenido que atendido el carácter solemne de los instrumentos colectivos no será posible la derogación o modificación de sus estipulaciones mediante cláusulas tácitas, las que solo pueden operar tratándose de contratos consensuales⁹⁹. Del mismo modo, ha sostenido que los beneficios colectivos no pueden incorporarse a los contratos individuales como cláusulas tácitas¹⁰⁰.

12.3 Contenido

El art. 321 del CT establece las estipulaciones mínimas y obligatorias de todo instrumento colectivo, que son:

- La determinación precisa de las partes a quienes afecte. El instrumento deberá determinar a sus partes. En el caso del empleador, deberá identificarse la empresa o empresas que lo suscriben, con indicación de su nombre o razón social, rol único tributario y domicilio. Por el lado de los trabajadores, será necesario indicar el nombre de la o las organizaciones sindicales concurrentes, indicando el número de rol sindical único y domicilio, si han negociado colectivamente representados por un sindicato, de otro modo, deberán señalar que se trata de un grupo negociador. En ambos casos, deberá adjuntarse la nómina con los trabajadores, ya se trate de los socios del sindicato o de los integrantes del grupo negociador.

⁹⁹ Dictámenes de la DT N°3988/156, de 31.08.2004; N°5318/206, de 21.12.2004; N°1966/115, de 14.04.1999. En el mismo sentido, CA de Santiago, RN, rol N°1645-2013, de 16.04.2014.

¹⁰⁰ Dictamen de la DT N°535, de 30.01.2015.

- Las normas sobre remuneraciones, beneficios, condiciones de trabajo y demás estipulaciones que se hayan acordado, especificándolas detalladamente. El instrumento deberá detallar las estipulaciones que se hayan negociado y convenido entre las partes. Por lo mismo, la Dirección del Trabajo ha sostenido que no es posible que los trabajadores exijan el otorgamiento de un beneficio obtenido con anterioridad no expresamente contemplado en el instrumento colectivo que los vincula¹⁰¹.
- El período de vigencia. Se explica en el punto 12.4 siguiente.
- El acuerdo de extensión de beneficios o la referencia de no haberse alcanzado dicho acuerdo. Según el art. 321.4 del CT, en caso que las partes hayan acordado que el empleador puede extender los beneficios deberán pactarlo explícitamente en el instrumento colectivo. De otro modo, deberán dejar constancia en el mismo que no han alcanzado tal acuerdo.

Finalmente, el art. 321-2 permite que las partes constituyan una comisión bipartita para la implementación y seguimiento del cumplimiento del instrumento colectivo o mecanismos de resolución de las controversias.

12.4 Duración y vigencia

El período de vigencia del instrumento colectivo dice relación con el espacio de tiempo en que se producirán sus efectos jurídicos para las partes. Por regla general, el período de vigencia coincide con el plazo de duración del mismo instrumento.

El CT establece que el instrumento colectivo es a plazo fijo. El plazo de duración de los contratos colectivos y los fallos arbitrales será de 2 años como mínimo y 3 años como máximo (art. 324-1)¹⁰². En los convenios colectivos, el plazo será el que las partes definan, aunque no podrá exceder de 3 años (art. 324-4). Por lo anterior, los convenios colectivos, a diferencia de los demás instrumentos

101 Dictamen de la DT N°1903/111, de 09.04.1999.

102 El art. 324-1 menciona al "acuerdo de grupo negociador". Por las razones dadas en este capítulo, nos parece que no puede ser considerado un instrumento colectivo para la ley chilena.

colectivos, se podrán pactar por un plazo inferior a 2 años¹⁰³.

El art. 321.3 señala que es una obligación legal indicar el período de vigencia en el mismo instrumento colectivo. Quizás, habría sido más propio indicar que la estipulación mínima que exige el legislador es “el plazo de duración”, ya que el inicio de la vigencia de los contratos colectivos está regulado en el CT y dependerá si hay o no instrumento colectivo anterior (art. 324-2):

- Si en la empresa hay instrumento colectivo anterior: la vigencia se contará a partir del día siguiente a la fecha de vencimiento del contrato colectivo o fallo arbitral anterior.
- Si en la empresa no hay instrumento colectivo anterior: la vigencia se contará a partir del día siguiente al de su firma.

Una excepción a la regla general en virtud de la cual: el inicio del “período de vigencia” es el mismo al del “plazo de duración”, se produce cuando en el proceso de negociación colectiva reglada, los trabajadores involucrados hacen efectiva la huelga.

En este caso, la ley distingue entre el inicio de la vigencia y el comienzo de la duración del instrumento colectivo (art. 324-3)¹⁰⁴:

- El inicio de la vigencia del contrato colectivo será a partir de la fecha de suscripción del contrato colectivo y la del fallo arbitral a contar de la constitución del compromiso o de la notificación de la resolución que ordena la reanudación de faenas, según sea el caso.
- La duración del contrato se contará a partir del día siguiente al de la fecha de vencimiento del contrato colectivo o del fallo arbitral anterior. Si no hay instrumento colectivo anterior: el comienzo de la duración será a partir del cuadragésimo quinto día contado desde la presentación del proyecto de contrato colectivo.

¹⁰³ Los pactos sobre condiciones especiales de trabajo tendrán el carácter de “convenios colectivos” y estarán sujetos a una duración máxima de 3 años, aunque sin un plazo mínimo de vigencia (ver art. 374-2 y 3 del CT).

¹⁰⁴ Veamos un ejemplo: si un instrumento colectivo vence el 31 de enero y la huelga concluye el 15 de febrero con la firma de un contrato colectivo el mismo día. El nuevo contrato colectivo tendrá vigencia (y producirá sus efectos jurídicos para las partes) a contar del 15 de febrero (día en que se firmó), aunque se comenzará a contar su duración el 1 de febrero (al día siguiente al de la fecha de vencimiento del instrumento colectivo anterior).

En cuanto a los convenios colectivos, el CT permite a las partes regular el período de vigencia del modo que les parezca sin obligación de sujetarse a la regla legal establecida en el art. 324-2. O sea, podrán fijar el inicio de la vigencia del convenio colectivo en una oportunidad distinta a la establecida en la ley, por ejemplo: un mes después de firmado el instrumento colectivo.

El CT contempla un par de situaciones que alteran las reglas sobre vigencia y duración de los instrumentos colectivos, que son:

- El art. 348-3 faculta a las partes para, de común acuerdo, ampliar el período de negociación y postergar la votación de la huelga. El efecto de este acuerdo es la prórroga de la vigencia del instrumento colectivo vigente por el tiempo que las partes determinen.
- El art. 342-1 faculta a la comisión negociadora sindical para poner término al proceso de negociación comunicándole al empleador su decisión de suscribir un “contrato colectivo forzado”, cuyo contenido será el piso de la negociación, tendrá una duración de 18 meses y se entenderá firmado desde la fecha en que la comisión negociadora le comunique esta decisión al empleador.

12.5 Modificación

El art. 311-3 del CT permite modificar las estipulaciones de un instrumento colectivo mediante “acuerdo entre el empleador y la o las organizaciones sindicales que lo hubieren suscrito”.

Esta nueva regla deroga la doctrina de la Dirección del Trabajo que exige la concurrencia de la voluntad de todos los trabajadores que son parte del instrumento original para modificarlo, o bien, que el directorio sindical sea expresamente autorizado por la respectiva asamblea para efectuar la modificación contractual¹⁰⁵.

¹⁰⁵ El dictamen de la DT N°6696/314, de 02.12.1996 concluye que “las modificaciones a un contrato colectivo celebrado por una organización sindical son inoponibles respecto de los socios afectos a dicho instrumento colectivo que no concurrieron con su voluntad, personalmente o a través de mandatario, a la suscripción de las referidas modificaciones” y el dictamen de la DT N°1016/48, de 23.02.1999 que “son parte en un proceso de negociación colectiva los trabajadores socios de las organizaciones sindicales que negocian, por lo que dichos dependientes están facultados para modificar o complementar a su respecto, las cláusulas contenidas en el instrumento suscrito,

Entonces, conforme el art. 5-3 del CT, el empleador y los trabajadores podrán modificar “por mutuo consentimiento” el instrumento colectivo vigente mediante la celebración de un convenio colectivo. Para ello, bastará que la organización sindical actúe debidamente representada por su directorio en conformidad a sus respectivos estatutos.

El efecto de la modificación contractual podrá ser la eliminación o reemplazo de una estipulación vigente, o la inclusión de una nueva cláusula. Esta modificación podrá mejorar o empeorar las condiciones contractuales originales de los trabajadores. El único límite será el respeto a los derechos laborales irrenunciables establecidos en la ley.

Finalmente, habrá que decir, que la doctrina nacional ha sostenido que mediante la enmienda de la cláusula de duración del instrumento colectivo sería factible superar el plazo máximo de 3 años contados desde la fecha de vigencia original¹⁰⁶.

12.6 Exigibilidad

Conforme el art. 326, las copias originales de los instrumentos colectivos, así como las copias auténticas de dichos instrumentos, autorizadas por la Inspección del Trabajo, respecto de aquellas cláusulas que contengan obligaciones líquidas y actualmente exigibles, tendrán mérito ejecutivo y los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional conocerán de estas ejecuciones conforme al procedimiento de ejecución de los títulos laborales (art. 463 y siguientes del CT).

A diferencia del contrato individual de trabajo, el instrumento colectivo tiene mérito ejecutivo por el mero hecho de haberse registrado en la Inspección del Trabajo. Por lo mismo, la “copia original” corresponderá al instrumento colectivo firmado por las partes y autorizado por la Inspección del Trabajo y

debiendo acreditar para tal efecto, el acuerdo de los afiliados, mediante la firma de la nómina respectiva o la autorización de la asamblea de socios”.

¹⁰⁶ Gamonal (2011), p. 344.

la "copia auténtica" será la fotocopia de una copia original debidamente autorizada por la misma Inspección.

12.7 Fiscalización

El art. 326-2 del CT faculta expresamente a la Inspección del Trabajo a sancionar con una multa el incumplimiento de las estipulaciones contenidas en los instrumentos colectivos¹⁰⁷. Los empleadores incumplidores serán sancionados con una multa por cada trabajador involucrado de acuerdo a las siguientes reglas [art. 406-3]:

- En la micro y pequeña empresa: con multa de 1 a 10 UTM.
- En la mediana empresa con multa de 5 a 50 UTM.
- En la gran empresa con multa de 10 a 100 UTM.

En caso de reincidencia en las medianas y grandes empresas, las multas se podrán duplicar y triplicar [art. 406-4].

La aplicación, cobro y reclamo de esta multa se efectuará con arreglo al art. 503 y siguientes del CT.

12.8 Efectos

12.8.1 Eficacia normativa

Los instrumentos colectivos tienen eficacia normativa respecto de los trabajadores que son parte de ellos y que deberán haberse obligado previamente con el empleador a través de un contrato individual de trabajo. Entonces, los instrumentos colectivos, en principio, solo podrán regular las condiciones de trabajo y remuneraciones de los trabajadores que han concurrido a la celebración de los mismos a través de los sujetos negociadores.

¹⁰⁷ La reforma derogó el art. 349-3 del CT que establecía: "lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de las facultades de fiscalización que sobre el cumplimiento de los contratos y convenios colectivos y fallos arbitrales corresponden a la Dirección del Trabajo". En virtud, de este inciso, la DT, entre otros, en dictamen N°2664/193, de 15.06.98, concluyó que los inspectores del trabajo, al llevar a cabo la función de fiscalizar el cumplimiento de los instrumentos colectivos del trabajo, debían, en mayor o menor medida, con más o menos profundidad, precisar su sentido y alcance, es decir, interpretarlo.

La eficacia normativa supone que el instrumento colectivo afecta a cada uno de los contratos individuales de los trabajadores que son parte del mismo. Por lo anterior, será necesario determinar la relación y los efectos que se producen entre el contrato individual y el instrumento colectivo en la regulación de las condiciones laborales. Según el CT los efectos en la materia, son los siguientes:

12.8.1.1 El efecto imperativo

En virtud de este efecto, el instrumento colectivo crea derechos y obligaciones para las partes, los que se aplican automáticamente a los empleadores y trabajadores, sin que se requiera una modificación del contrato individual que los vincula. Para la DT, esto se traduce en que las cláusulas del contrato colectivo reemplazan las correspondientes estipulaciones de los contratos individuales, reemplazo este que no requiere de escrituración ni de formalidad alguna puesto que se produce por el solo ministerio de la ley¹⁰⁸.

Por ello, según el art. 311-2 del CT “las estipulaciones de los instrumentos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos”.

Las estipulaciones de los instrumentos colectivos reemplazarán a las cláusulas de los contratos individuales, a condición que se trate de las mismas materias convenidas. La expresión “en lo pertinente” ha sido entendida como “todo aquello convenido expresamente en el instrumento colectivo”¹⁰⁹. Las materias que están reguladas en el instrumento colectivo y no en el contrato individual se agregarán temporalmente a este último (no habrá nada que reemplazar) y se incorporarán al contrato individual una vez que se extinga el instrumento colectivo, si fuere el caso¹¹⁰.

108 Dictamen de la DT N°7164/305 de 13.11.1995.

109 Al respecto, véase, dictámenes de la DT N°6770/338 de 07.11.1997 y N°5029/236, 10.08.1995.

110 Dictámenes de la DT N°4659, de 21.08.1992 y N°8914, de 17.11.1989.

Las estipulaciones de los instrumentos colectivos reemplazarán a las cláusulas individuales, aunque sean menos favorables a ellas¹¹¹.

Las cláusulas del contrato individual que serán reemplazadas por las estipulaciones del instrumento colectivo podrán ser expresas o tácitas¹¹².

12.8.1.2 El efecto de la inderogabilidad *in pejus*

El efecto imperativo es complementado con el contemplado en el art. 311-1 del CT: "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".

Este efecto se conoce en doctrina como "inderogabilidad *in pejus*" y significa que el trabajador afecto a un instrumento colectivo no podrá acordar individualmente con su empleador una desmejora de las remuneraciones, beneficios o derechos pactados colectivamente.

La Dirección del Trabajo ha sostenido, incluso, que no es posible dejar sin efecto un instrumento colectivo por un acto de voluntad de alguno de los trabajadores involucrados, aun cuando las condiciones de trabajo y remuneraciones acordadas individualmente fueren superiores en cantidad y calidad a las convenidas en el mismo instrumento. Lo anterior, porque "atentaría contra las garantías constitucionales referidas a la libertad sindical,

111 La DT en dictamen N°2713, de 03.06.2015, determinó que, aunque el monto del bono de alimentación pactado en el contrato individual era mayor al establecido en el instrumento colectivo, la estipulación colectiva había reemplazado a la individual. En el mismo sentido, los dictámenes N°1161/51, de 26.03.2001, N°2127/118, de 21.04.1997. Sin embargo, en sentencia de unificación de jurisprudencia de 07.04.2015 la Corte Suprema falló en sentido contrario, al resolver que las condiciones pactadas en forma individual por los trabajadores demandantes primaban sobre lo dispuesto en el contrato colectivo sobre el particular, en la medida que este implicaba una desmejora en su situación, ya que el objetivo del instrumento colectivo era siempre lograr mayores y mejores condiciones de trabajo en la empresa.

112 La DT en dictamen N°1916/28, de 03.05.2011 resolvió que los trabajadores afectos a un contrato colectivo tenían derecho a exigir beneficios que se habían incorporado a sus contratos individuales en forma tácita porque el instrumento colectivo no los había reemplazado ni se había acordado el cese de tales beneficios.

contenidas en el art. 19.16 y 19.19 de la CP¹¹³. O sea, para la Dirección del Trabajo tampoco es posible que un trabajador negocie individualmente una mejora a las condiciones pactadas colectivamente. Lo que se conoce como derogación *in melius*.

El criterio sostenido por la Dirección del Trabajo no es compartido por la doctrina que sostiene que “el trabajador puede pactar con el empleador cláusulas distintas a las colectivas, siempre que sean más favorables”¹¹⁴.

12.8.1.3 El efecto ultraactivo

El art. 325 del CT establece la ultraactividad del instrumento colectivo, en los siguientes términos: “extinguido el instrumento colectivo, sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores afectos, salvo las que se refieren 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”.

Para la Dirección del Trabajo extinguido un instrumento colectivo todos los derechos y obligaciones que se encontraban contenidas en él pasaron a formar parte integrante de los contratos individuales de los trabajadores regidos por el mismo, efecto que se produce de pleno derecho, vale decir, por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de que las partes lo acuerden en documento alguno¹¹⁵.

Se entenderá que se ha extinguido el instrumento colectivo cuando¹¹⁶:

- Los trabajadores no negocian colectivamente en la oportunidad que señala la ley (conforme al procedimiento reglado: no antes de 60 ni después de 45 días anteriores al vencimiento del instrumento colectivo vigente).

113 Dictamen de la DT N°822/19, de 26.02.2003.

114 Gamonal (2011), p. 316.

115 Dictamen de la DT N°318/5, de 20.01.2001.

116 Dictamen de la DT N°2919/165, de 04.09.2002.

- Los trabajadores anticipan la negociación colectiva, celebrando al efecto, un convenio colectivo según el art. 314 del CT.

Las estipulaciones del instrumento colectivo que habían reemplazado “en lo pertinente” a las cláusulas del contrato individual o se habían agregado a este último, se incorporarán al contrato individual y subsistirán en él, extinguido que sea el instrumento colectivo, con las siguientes excepciones:

- Las cláusulas de reajustabilidad de las remuneraciones y beneficios pactados en dinero: se refiere a las estipulaciones sobre reajustabilidad por variación del Índice de Precios al Consumidor, cuyo objeto es aumentar o incrementar las remuneraciones y beneficios en dinero a fin de mantener el poder adquisitivo de las mismas¹¹⁷.
- Los incrementos reales pactados: son los incrementos reales de remuneraciones y beneficios que se hubieren pactado, o sea, sobre el reajuste por variación del IPC.
- Los derechos y obligaciones que solo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente: son aquellos que el trabajador no puede ejercer en forma individual o independiente del sujeto negociador.
- Los pactos sobre condiciones especiales de trabajo.

Las estipulaciones colectivas que subsisten en los contratos individuales tendrán carácter individual y no colectivo. Por lo mismo, el trabajador y el empleador podrán acordar su supresión o modificación, mediante la firma de un anexo de contrato individual¹¹⁸.

El efecto ultraactivo no será aplicable cuando extinguido el instrumento colectivo se hubiere celebrado uno nuevo. En este caso, los beneficios y derechos pactados en el instrumento extinto y que no fueron considerados en el nuevo, no subsisten como integrantes de los contratos individuales de los trabajadores¹¹⁹.

117 Dictamen de la DT N°5794 de 30.11.1983.

118 La DT en dictamen N°5786/378, de 24.11.1998, estableció que, si las partes celebraron un anexo incorporando a los contratos individuales los beneficios del instrumento colectivo, suprimiendo u omitiendo algunos de ellos, no les resultará aplicable la ultraactividad a tales beneficios.

119 Dictamen de la DT N°2793/136, de 05.05.1995.

Tampoco será aplicable el efecto ultraactivo, en el caso de trabajadores que eran parte del instrumento colectivo y socios del sindicato que lo suscribió, que se desafilian del mismo y se afilian a otro, en cuyo caso al extinguirse el instrumento al que estaban afectos pasarán a ser parte del instrumento colectivo suscrito por el sindicato al que se afilia [art.323-2]. Para que esta hipótesis se produzca, será necesario que el empleador le aplique las estipulaciones del instrumento colectivo firmado el sindicato al que se ha afiliado, o bien, que este sindicato haya pactado una cláusula que le permita al trabajador gozar de los beneficios colectivos por el mero hecho de la afiliación sindical¹²⁰.

El instrumento colectivo también se extingue para el trabajador que estaba afecto a un instrumento colectivo y vencido el mismo, no ejerce su derecho a negociar colectivamente ni el empleador le extiende los beneficios del nuevo instrumento que se celebre (dictamen N°2919/165, de 04.09.2002).

12.8.2 La eficacia personal

La eficacia personal se refiere al efecto de los instrumentos colectivos en las personas. Esto es, quienes resultan obligados por el instrumento colectivo (ámbito de validez personal).

En el derecho colectivo nacional, la eficacia personal es limitada porque el instrumento colectivo solo se aplica a los trabajadores que son representados por el sindicato o el grupo negociador.

Así se infiere de los siguientes preceptos del CT:

- El art. 321.1 obliga a indicar en todo instrumento colectivo: “la determinación precisa de las partes a quienes afecte”
- El art. 323-3 que señala que “una vez iniciada la negociación colectiva, los trabajadores involucrados permanecerán afectos a ella, así como al instrumento colectivo a que dicha negociación diere lugar”

120 En ambos casos, el efecto colectivo se produce en virtud de un previo acuerdo entre las partes: (a) el empleador ha sido autorizado por el sindicato a extender los beneficios pactados en el instrumento colectivo a trabajadores sin afiliación sindical y (b) el sindicato ha pactado con el empleador la regla del goce automático de beneficios colectivos en virtud de la afiliación sindical.

- El art. 328-1 *in fine* que obliga al sindicato a “presentar la nómina de los trabajadores que hasta ese momento se encuentren afiliados” cuando le hace llegar su proyecto de contrato colectivo al empleador¹²¹.

La eficacia personal general o *erga omnes*, en cambio, es aquella en que el instrumento colectivo extiende sus efectos sobre la totalidad de los empleadores y trabajadores que quedan comprendidos en su ámbito de aplicación. Para este efecto, será necesario reconocer a una organización sindical como la “más representativa” a fin que pueda negociar colectivamente por todos los trabajadores de un sector o industria determinada estén o no afiliados a ella¹²², dotar de facultades a los poderes públicos para extender los instrumentos colectivos en virtud de una ley, un decreto o una sentencia, o bien, que empleadores y sindicatos los apliquen espontáneamente¹²³. No hay eficacia *erga omnes* en los instrumentos colectivos regulados por el CT¹²⁴.

12.8.2.1 El efecto colectivo

Sin perjuicio de lo anterior, en virtud del “efecto colectivo”, se les aplica el instrumento colectivo a trabajadores que a la firma del mismo no eran parte de la empresa, o bien, que siéndolo, no participaron del proceso de negociación colectiva en forma deliberada. En ambos casos, el trabajador beneficiado deberá manifestar su voluntad a favor de que se le apliquen los efectos del instrumento colectivo por la aceptación de la extensión que le ofrece su empleador.

El art. 322-3 del CT regula la manera de producir el efecto colectivo: la extensión de beneficios por el empleador. Para ello, a diferencia del derogado

121 El art. 333 del CT permite que los trabajadores se afilien al sindicato y se incorporen de pleno derecho a la negociación colectiva en curso hasta el 5° día de presentado el proyecto de contrato colectivo. Estos trabajadores deberán ser incluidos en la nómina anexa al instrumento colectivo que suscriban las partes y también serán partes del mismo.

122 CLS (2006). 949.

123 Gamonal (2011), pp. 323-324.

124 En las negociaciones colectivas que se desarrollan en el sector portuario, los grandes proyectos subcontratados por la industria minera y las empresas contratistas de la actividad minera, al margen del CT, los acuerdos alcanzados que no son instrumentos colectivos tienen eficacia *erga omnes*.

art. 346 del CT, será necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- El empleador y la o las organizaciones sindicales firmantes de un instrumento colectivo deberán acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical (acuerdo de extensión), y
- Los trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo de extensión (anexo de contrato individual).

El acuerdo de extensión constituye una estipulación mínima y obligatoria que debe constar en el mismo instrumento colectivo que se aplicará a los trabajadores que no tengan afiliación sindical en la empresa. En caso que las partes no acuerden la extensión, igualmente deberán dejar constancia de aquello en el instrumento colectivo que suscriban, según lo exige el art. 321.4.

El acuerdo de extensión deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical (art. 322-4). La fijación de criterios objetivos y generales para la extensión de beneficios, podrá considerar, entre otros, cargos y funciones específicas, lugar de trabajo, antigüedad en la empresa y modalidad contractual, con un límite explícito: la no discriminación laboral. Lo anterior significa que ninguno de los criterios objetivos y generales podrá soslayar “la capacidad e idoneidad de los trabajadores”, tal como manda la CP en materia de no discriminación laboral¹²⁵.

Sin perjuicio, de lo anterior, el CT (art. 322-5) permite al empleador aplicar a todos los trabajadores de la empresa las cláusulas pactadas de reajuste de remuneraciones conforme a la variación del IPC, siempre que dicho reajuste se haya contemplado en su respuesta al proyecto de contrato colectivo, aunque no haya acuerdo de extensión con su sindicato. De igual modo, no

¹²⁵ La CP contempla un modelo antidiscriminatorio sospechoso abierto en materia de discriminación laboral que permite establecer diferencias legítimas solo en función de la “capacidad e idoneidad personal” de los trabajadores (art. 19.16 de la CP).

será considerado una extensión de beneficios el acuerdo individual adoptado entre el trabajador y el empleador sobre remuneraciones o sus incrementos que se funden en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad del trabajador (art. 289.h-2).

El trabajador sin afiliación sindical y que no sea parte de otro instrumento colectivo ni esté favorecido por una extensión y, que, en ambos casos, se encuentren vigentes, deberá aceptar la extensión de beneficios que le formula el empleador mediante la suscripción de un anexo de contrato individual. En este mismo acto, el trabajador beneficiado deberá obligarse a pagar a la organización sindical, por el período que dure la extensión, todo o parte de la cuota ordinaria de la misma. El porcentaje de la cuota ordinaria que el trabajador beneficiado debe pagar al sindicato deberá estar establecido en el acuerdo de extensión.

El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el art. 323-1 del proyecto de ley que establecía que la afiliación sindical otorgaba de pleno derecho a los nuevos socios los beneficios del instrumento colectivo suscrito por la organización sindical a la que se incorporaban, conforme a los requisitos establecidos en dicho instrumento, a partir de la comunicación de la afiliación al empleador (“efecto colectivo por afiliación sindical”)¹²⁶. En consecuencia, para que la afiliación sindical otorgue a los nuevos socios los beneficios del instrumento colectivo suscrito por tal organización sindical, será necesario que las partes lo hayan pactado así en el mismo instrumento.

Por lo señalado, tampoco se produce el “efecto colectivo” por cambio de afiliación sindical, si el trabajador era socio de otro sindicato y, en tal calidad, parte de un instrumento colectivo vigente [art.323-2]. En este caso, el trabajador se mantendrá afecto al instrumento colectivo negociado por el sindicato al que pertenecía y deberá pagar el total de la cuota mensual

¹²⁶ La STC N°3016(3026)-16-CPT declara inconstitucional la regla que establecía el efecto colectivo por afiliación sindical al vulnerar el derecho a la libre contratación del art. 19.16 (por permitir la modificación de las estipulaciones esenciales del contrato de trabajo por un acto posterior y unilateral del trabajador) y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica previsto en el art. 19.21 (por afectar gravemente la capacidad que tiene el empleador para dirigir su empresa). Al respecto, véanse, los considerandos 67° al 94° del fallo.

ordinaria de ese sindicato hasta el vencimiento del mismo instrumento. Al término de la vigencia del instrumento colectivo del sindicato al que estaba afiliado, no se producirá el "efecto colectivo" y el trabajador no pasará a estar afecto al instrumento colectivo del sindicato al que se hubiere afiliado.

Del mismo modo, tampoco podrá producir efectos la regla sobre beneficios y afiliación sindical establecida en el art. 310, que prescribe lo siguiente: "Los trabajadores se regirán por el instrumento colectivo suscrito entre su empleador y la organización sindical a la que se encuentren afiliados mientras este se encuentre vigente, accediendo a los beneficios en él contemplados"¹²⁷. Lo anterior es así, porque el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la regla que contemplaba el *efecto colectivo* por afiliación sindical.

13. Las prácticas desleales en la negociación colectiva

La ley N°20.940 reserva los términos "prácticas desleales" para aquellas conductas que atentan en contra de la libertad sindical en un contexto de negociación colectiva. En consecuencia, se trata de conductas lesivas de los derechos a negociar colectivamente y a la huelga.

Las prácticas desleales en la negociación colectiva podrán ser realizadas por el empleador [artículos 403 y 404], el trabajador y las organizaciones sindicales [art. 404] y la empresa principal [art. 405].

13.1 Prácticas desleales del empleador

El art. 403 establece, a vía ejemplar, que serán consideradas prácticas desleales del empleador las siguientes acciones que entorpecen la negociación colectiva y sus procedimientos¹²⁸:

127 La regla general en materia de libre afiliación sindical y goce de beneficios colectivos está contemplada en el art. 323-1: "El trabajador podrá afiliarse y desafiliarse libremente de cualquier sindicato".

128 La ley N°20.940 cambia el modo en que se tipifican las prácticas desleales, reemplazando el uso de la fórmula "el que" por un sustantivo ("la negativa", "el incumplimiento", "la ejecución"). Así, por ejemplo, el derogado art. 388.1 establecía como práctica desleal: "el que se niegue a recibir a los representantes de los trabajadores", y el art. 403.b que lo reemplaza: "la negativa a recibir a la comisión negociadora de el o los sindicatos negociantes".

- La ejecución durante el proceso de la negociación colectiva de acciones que impliquen una vulneración al principio de buena fe que afecte el normal desarrollo de la misma [art.403.a]. Se trata de la violación del principio de buena fe contractual contemplado en el art. 303.1 del CT.
- La negativa a recibir a la comisión negociadora de el o los sindicatos negociantes o a negociar con ellos en los plazos y condiciones que establece el Libro IV [art. 403.b]. Esta conducta se configura por el mero hecho que el empleador se niegue a recibir a la comisión negociadora sindical o a negociar conforme el procedimiento reglado y forzoso.
- El incumplimiento de la obligación de suministrar la información periódica para las grandes empresas [art. 315] y las micro, pequeñas y medianas empresas [art.318], específica para la negociación colectiva [art. 316] y por cargos o funciones de los trabajadores en las grandes y medianas empresas [art. 317], tanto en la oportunidad como en la autenticidad de la información entregada [art. 403.c].
- El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento reglado y forzoso de negociación colectiva [art. 403.d]. El cumplimiento de la prohibición de reemplazo de los trabajadores en huelga se garantiza con esta conducta que sanciona como práctica desleal grave, la sustitución de huelguistas por parte del empleador, al margen de las “adecuaciones necesarias”, que le autoriza realizar la misma letra d) que típica esta conducta.
- El cambio de establecimiento en que deben prestar servicios los trabajadores no involucrados en la huelga para reemplazar a los trabajadores que participan en ella [art. 403.e]. El empleador, en ejercicio de sus facultades legales, podrá convenir con los trabajadores que no están en huelga el cambio del sitio o recinto en que deben prestar sus servicios con un límite: el nuevo lugar de trabajo deberá estar ubicado dentro del mismo establecimiento. De otro modo, el empleador incurre en práctica desleal.
- Ofrecer, otorgar o convenir individualmente aumentos de remuneraciones o beneficios a los trabajadores sindicalizados, durante el período en que se desarrolla la negociación colectiva de su sindicato [art.403.f]. Los trabajadores involucrados en la negociación colectiva podrán acordar aumentos en sus remuneraciones y beneficios exclusivamente a través

de la organización sindical a la que se encuentran afiliados mientras se desarrolla este proceso. De otro modo, el empleador configura la práctica desleal por el mero hecho de “ofrecer”, “otorgar” o “convenir” tales mejoras en forma individual con los trabajadores indicados.

- El ejercicio de fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante la negociación colectiva [art. 403.g]. El empleador no puede utilizar la fuerza física (violencia) o moral (intimidación) durante la negociación colectiva.

13.2 Prácticas desleales del empleador, los trabajadores o las organizaciones sindicales

El art. 404 prevé que serán consideradas prácticas desleales del trabajador, de las organizaciones sindicales o de estos y del empleador, a vía ejemplar, las siguientes acciones que entorpezcan la negociación colectiva o sus procedimientos:

- La ejecución durante el proceso de la negociación colectiva de acciones que impliquen una vulneración al principio de buena fe que afecte el normal desarrollo de la misma [art. 404.a]. En este caso, la lesión del principio de buena fe podría provenir de los trabajadores o sus organizaciones sindicales. Para el empleador está tipificada en el art. 403.a.
- El acuerdo para la ejecución de prácticas atentatorias contra la negociación colectiva y sus procedimientos, y los que presionen física o moralmente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos [art. 404.b]. Se trata de la sanción a actos de injerencia del empleador, realizados en virtud de acuerdos ilegítimos o bajo presión física o moral, destinados a afectar el derecho a la negociación colectiva.
- La divulgación a terceros ajenos a la negociación de los documentos o la información recibida del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservada [art. 404.c]. La entrega de documentación e información por el empleador a los trabajadores le impone a estos últimos la prohibición de divulgación a terceros ajeno al proceso de negociación colectiva, siempre y cuando, se trate de documentación e información confidencial o reservada. Esto es: los representantes de los trabajadores deben observar “sigilo profesional” respecto de tal documentación e

- información, so pena de incurrir en práctica desleal.
- El incumplimiento del deber de proveer el o los equipos de emergencia que fueron concordados por las partes o dispuestos por la autoridad competente, según corresponda [art. 404.d]. Esta práctica desleal tiene por objeto asegurar que los trabajadores provean los equipos de emergencia al empleador, a fin de evitarle perjuicios o daños adicionales en sus bienes o instalaciones durante la huelga, o bien, la afectación de derechos de terceros.
 - El ejercicio de fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante la negociación colectiva [art. 404.e]. Esta conducta es exigible a los trabajadores y sus organizaciones. Para el empleador está contemplada en el art. 403.g.
 - Impedir durante la huelga, por medio de la fuerza, el ingreso a la empresa del personal directivo o de trabajadores no involucrados en ella [art. 404.f]. Esta práctica desleal prohíbe el “piquete de huelga” que impide, por medio de la violencia o la intimidación, que los trabajadores que no están en huelga puedan prestar sus servicios personales¹²⁹.

13.3 Práctica desleal de la empresa principal

El art. 405 establece que constituye práctica desleal de la empresa principal, la contratación directa o indirecta de los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista por parte de ella. Lo anterior, porque el art. 306-5 establece como regla que la huelga hecha efectiva por una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal: “la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga”.

En consecuencia, el límite que el legislador fija a las facultades de administración de la empresa principal, en caso de huelga de una empresa contratista o subcontratista, es que esta no podrá contratar directa (contrato

¹²⁹ Esta práctica desleal es compatible con las recomendaciones de los órganos de control de la OIT que, en esta materia, plantea que la imposición de restricciones a los piquetes de huelga se debe limitar a los casos en que sus acciones dejen de ser pacíficas CEACR (1994): 174.

de trabajo) o indirectamente (a través de otra empresa subcontratista) a los trabajadores en huelga de su contratista o subcontratista.

13.4 Las consecuencias jurídicas

Las prácticas desleales podrán acarrear consecuencias jurídicas laborales y penales. El art. 406-6 establece que las conductas sancionadas como prácticas desleales que configuren faltas, simples delitos o crímenes podrán, además, ser constitutivas de responsabilidad penal para el infractor.

La regla general será que la práctica desleal solo produzca efectos de carácter laboral. Tales efectos serán de dos tipos: reparatorios y sancionatorios. Los reparatorios tienen por objeto: el cese de la conducta constitutiva si esta se continúa realizando (tutela inhibitoria), la restitución al estado de cosas anterior a la ejecución de la práctica desleal (tutela restitutoria) y la reparación de los perjuicios provocados (tutela resarcitoria)¹³⁰. Los efectos sancionatorios tienen por objeto prevenir la comisión de las prácticas desleales, por medio de la aplicación de multas a los infractores y la publicidad de sus condenas para afectar su imagen y reputación.

13.4.1 Los efectos reparatorios

En términos generales, las medidas reparatorias podrán ser adoptadas por el juez laboral, conforme el procedimiento de tutela laboral, con el fin de suspender los efectos del acto impugnado [art. 492-1 y 495.2] y la reparación de las consecuencias derivadas de la lesión de la libertad sindical [art. 495.3].

En el caso del reemplazo de huelguistas, el art. 345-4 establece que la IT podrá requerir al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes. Si el empleador se niega a ello, la IT deberá denunciarlo al juez laboral por haber cometido una práctica antisindical grave. El juez, revisados los antecedentes de la denuncia, deberá ordenar el retiro inmediato de los reemplazantes en su primera resolución, bajo apercibimiento de multa [art. 345-5].

130 Gamonal (2011), p. 482.

Del mismo modo, el art. 400 establece una regla especial que permite al juez laboral disponer, como medida de reparación, una indemnización del daño causado a los afectados por la infracción a la prohibición de reemplazar trabajadores en huelga.

13.4.2 Los efectos sancionatorios

Al igual que en las prácticas antisindicales, el art. 406 establece un nuevo régimen de multas, según el tamaño de la empresa:

- En la micro empresa: de 5 a 25 UTM
- En la pequeña empresa: de 10 a 50 UTM
- En la mediana empresa: de 15 a 150 UTM
- En la gran empresa: de 20 a 300 UTM

Según el art. 406-2, la determinación de la cuantía de la multa, dentro del rango respectivo, será fijada teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y el número de trabajadores involucrados o afiliados a la organización sindical.

El art. 406-3 establece un régimen distinto de multas tratándose de las siguientes prácticas desleales¹³¹:

- El reemplazo de trabajadores en huelga por el empleador
- El incumplimiento del deber de proveer los equipos de emergencia por parte de los trabajadores o las organizaciones sindicales

Para ambas prácticas desleales, la multa se aplica por cada trabajador involucrado de acuerdo a las siguientes reglas¹³²:

- En la micro y pequeña empresa: con multa de 1 a 10 UTM.
- En la mediana empresa: con multa de 5 a 50 UTM.
- En la gran empresa: con multa de 10 a 100 UTM.

En caso de reincidencia en las medianas y grandes empresas, las multas

131 Este régimen de multas también se aplica en caso de que la IT, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 326-2 del CT, sancione a un empleador por el incumplimiento de las estipulaciones contenidas en un instrumento colectivo.

132 Los términos “por cada trabajador involucrado”, debe entenderse como “reemplazante” en el caso del art. 403.d e “integrante del equipo de emergencia” respecto del art. 404.d.

podrán ser duplicadas y triplicadas, conforme lo dispone el art. 506-5 del CT [art.406-4].

Las multas serán a beneficio del Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, administrado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social [art. 406-5] y no del SENCE.

En cuanto a las medidas de publicidad como sanción a los responsables de prácticas desleales, el art. 407-3 le impone a la Dirección del Trabajo la obligación de:

- Llevar un registro de las sentencias condenatorias por prácticas desleales en la negociación colectiva, y
- Publicar semestralmente la nómina de empresas y organizaciones sindicales infractoras que hayan sido condenadas.

Para estos efectos, el juez laboral deberá enviar a la Dirección del Trabajo copia de los fallos condenatorios por prácticas desleales.

CAPÍTULO 4

La huelga

1. El derecho a huelga

El CT [art. 345] señala que la huelga constituye un derecho de los trabajadores que debe ser ejercido colectivamente. Por su parte, la Constitución [art. 19.16-7] se limita a indicar los funcionarios (públicos y municipales) y los trabajadores (que laboren en corporaciones o empresas 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) a quienes se les prohíbe el ejercicio de este derecho.

La huelga puede ser definida como un derecho individual de ejercicio colectivo, que consiste en la paralización temporal, colectiva y concertada del trabajo, como una medida de presión al empleador, en un procedimiento reglado y forzoso de negociación colectiva¹³³.

Es un derecho individual ya que la paralización importa para los trabajadores involucrados en la huelga un incumplimiento de las obligaciones que les impone su respectivo contrato de trabajo. Sin perjuicio de ello, los trabajadores, en cuanto titulares del derecho, una vez que la huelga haya sido aprobada por

¹³³ La CS ha entendido en RUJ, rol N°3.514-2.014, que la huelga es “el rechazo de los trabajadores de una unidad productiva a prestar los servicios a que se encuentran obligados en circunstancias normales” (11°) y que la huelga legal consiste en “la suspensión colectiva de funciones” (29°).

la mayoría absoluta de los involucrados en votación personal, secreta y ante ministro de fe [art. 350] deberán sumarse a ella en la oportunidad que la ley exige que se haga efectiva. Para reforzar el carácter individual de este derecho, el CT [art. 357] les reconoce a los huelguistas la facultad para aceptar la última oferta del empleador, abandonar la huelga y reincorporarse individualmente a sus labores.

La paralización que efectúan los trabajadores en huelga tiene las siguientes características:

- a) Es temporal: Durante la huelga se suspende (y no se extingue) el contrato de trabajo. Los trabajadores se abstienen de prestar sus servicios en forma temporal como una medida de presión y el empleador queda liberado del pago de las remuneraciones por el período que se extienda la huelga [art.355-1]. La firma del contrato colectivo pone fin de pleno derecho a los efectos de la huelga (suspensión del contrato) y los trabajadores deberán reanudar la prestación de sus servicios personales [art. 358-3].
- b) Es colectiva y concertada: Aunque el derecho a huelga sea individual debe ser ejercido colectivamente. Por lo mismo, no se concibe una huelga declarada y hecha efectiva por un solo trabajador. Atendido su carácter colectivo: será necesario que el sindicato convoque a los trabajadores a una votación en la que la huelga deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de ellos [art. 350-1 y 2]. Si la huelga es votada favorablemente, por su rasgo concertado, los trabajadores involucrados en la negociación colectiva deberán hacerla efectiva al inicio del quinto día siguiente a su aprobación [art. 350-3] sin que sea posible que alguno de ellos se margine de la huelga¹³⁴.
- c) Es una medida de presión: Esta es una medida de presión de los trabajadores que deberá hacerse efectiva en un procedimiento reglado y forzoso de negociación colectiva, previo cumplimiento de las exigencias que formula el CT. La medida de presión que podrá adoptar el empleador, hecha efectiva la huelga, es el cierre temporal de la empresa o *lock-out*.

134 La ley N°20.940 derogó el art. 374-3 que establecía que la huelga no se había hecho efectiva, si más de la mitad de los trabajadores que debían ejecutarla continuaban laborando en la empresa. Por ello, se entendió que el trabajador tenía derecho a sumarse o no a la huelga, aunque una vez hecha efectiva por la mayoría de los trabajadores, estaba obligado a adherirse a ella.

Para la Corte Suprema (CS) el derecho a huelga es un derecho fundamental establecido implícitamente en el art. 19.16 de la CP a favor de todos aquellos trabajadores a quienes no se les prohíbe ejercerlo en tal disposición constitucional y que no faculta al legislador para regularlo ni limitarlo¹³⁵. Según la Corte Suprema, el contenido esencial del derecho a huelga como suspensión colectiva de funciones limita el derecho del empleador a reemplazar a los huelguistas¹³⁶.

Los órganos de control de la OIT han estimado que el derecho de huelga es un derecho fundamental de los trabajadores y sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos¹³⁷, aunque no figure expresamente en la Constitución de la OIT ni la Declaración de Filadelfia, y tampoco esté específicamente reconocido en los convenios 87 y 98¹³⁸.

2. La tipología de la huelga

2.1 La huelga legal

¹³⁵ La CS entiende que el derecho a huelga tiene consagración implícita en la CP. Al respecto, véase, RUJ, rol N°3.514-2.014. En la doctrina, la consagración implícita del derecho a huelga en la CP es consecuencia de la aplicación del argumento *a contrario*: para aquellos trabajadores no comprendidos en la prohibición del art. 19.16 la huelga es un derecho fundamental, Humeres Noguez (2005), pp. 279-280 y Tapia (2005), pp. 209-210. Hay una versión restrictiva que entiende que la huelga (no habla de derecho) se encuentra reconocida en forma clara, pero indirecta en la CP, donde se asienta el principio fundamental que no puede comprometer actividades o servicios que causen grave daño a la salud, la economía, el abastecimiento o la seguridad nacionales, Thayer y Novoa (2000), p. 232. Finalmente, Gamonal, sirviéndose de la argumentación de la CEACR para entender reconocido el derecho a huelga en los arts. 3, 8 y 10 del Convenio 87 (derecho de los sindicatos a organizar sus actividades y a formular su programa de acción con el objeto de fomentar y defender los intereses de sus socios), entiende que el derecho a huelga está asegurado explícitamente en el art. 19.19-3 de la CP, al establecer la autonomía colectiva o sindical, esto es, la facultad de los sindicatos para, entre otras, fijar su propio programa de acción y elegir los medios que estimen convenientes, entre otros, la huelga, para cumplirlos, Gamonal (2011), pp. 81-83.

¹³⁶ CS, RUJ, rol N°3.514-2.014; RUJ, rol N°15.293-14 y RUJ, rol N°10.444-2014.

¹³⁷ CLS (2006): 520.

¹³⁸ CEACR (1994): 142. El derecho de huelga figura de manera indirecta, en el art. 1 del convenio N°105 sobre abolición de trabajo forzoso y en los párrafos 4, 6 y 7 de la recomendación N°92 sobre la conciliación y arbitraje voluntarios.

La huelga regulada por la ley laboral solo se puede hacer efectiva por los trabajadores que negocian representados por un sindicato (empresa o interempresa) conforme al procedimiento reglado y forzoso establecido en el CT [Título IV. Libro IV]. En consecuencia, según la ley N°20.940 no es procedente que los trabajadores hagan efectiva la huelga si negocian colectivamente conforme los otros procedimientos establecidos en el CT:

- El procedimiento no reglado [art. 314]
- El procedimiento especial de negociación de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria [Capítulo II. Título V]
- El procedimiento no reglado de federaciones y confederaciones [Capítulo II. Título X]

Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en las causas rol N°3016(3026)-16-CPT y rol N°3112-16-CPR: el grupo negociador podrá hacer efectiva la huelga cuando utilice el procedimiento reglado y forzoso previsto en el CT¹³⁹.

Esta huelga, tal como se dijo, se debe expresar a través de una abstención colectiva de trabajar por parte de los involucrados en la negociación. Por lo mismo, el Código del Trabajo no admite que la medida de presión regulada se exprese a través de otras formas de huelga, a saber¹⁴⁰:

- Huelga de celo o reglamento ("tortuguismo"): aquella en que los

139 La STC N°3016(3026)-16-CPT, de 9 de mayo de 2016, estableció que la titularidad del derecho a negociar colectivamente es de todos y cada uno de los trabajadores, y no del sindicato [art. 19.16-5], que los grupos negociadores constituyen una expresión del derecho de asociación en pos de un fin legítimo: negociar colectivamente [art. 19.15], que el ejercicio del derecho de sindicación es siempre un acto libre y voluntario [art. 19. 19-2] y que el legislador no puede establecer diferencias arbitrarias de trato entre grupos negociadores y sindicatos [art. 19.2-2]. En consecuencia, conforme el TC: el legislador no puede privar del ejercicio del derecho a huelga al grupo negociador [considerandos 39°, 41° y 42°] sin incurrir en una grave lesión al derecho fundamental a la no discriminación arbitraria. La STC N°3112-2016-CPR, de 11 de agosto de 2016, su parte, reforzó la decisión anterior y declaró inconstitucionales las expresiones "el o" y la palabra "sindicatos" en el art. 402 sobre reclamación de la determinación de las empresas sin derecho a huelga. De este modo, el TC insiste en que el derecho a huelga puede ser ejercido por los trabajadores a través de una coalición transitoria como resulta ser el "grupo negociador" o el sindicato.

140 El CLS y el CEACR han establecido que *"las huelgas de carácter puramente político y las huelgas decididas sistemáticamente mucho tiempo antes de que las negociaciones colectivas se lleven a cabo no caen dentro del ámbito de los principios de la libertad sindical"*, CLS (2006): 528 y CEACR (1994): 165.

trabajadores efectúan un minucioso cumplimiento de la actividad, exhibiendo una extraordinaria atención por los detalles. Esta huelga tiene por finalidad producir un retraso en la actividad productiva como consecuencia del exceso de diligencia puesto en la calidad de la ejecución del trabajo.

- Huelga de bajo rendimiento o de trabajo lento (“perlada” o “ruedas cuadradas”): aquella en que se disminuye en forma concertada el ritmo de trabajo por debajo del estándar, aunque sin paralizar la actividad.
- Huelga de brazos caídos (“blanca”): aquella en que los trabajadores no prestan sus servicios personales, aunque se mantienen en sus puestos de trabajo.
- Huelga activa (“a la japonesa”): aquella en que los trabajadores no interrumpen el trabajo, sino que, al contrario, lo ejecutan más allá de lo debido: produciendo por sobre lo previsto por el empleador.
- Huelga de advertencia o simbólica (“relámpago”): aquella de escasísima duración y de carácter simbólico
- Huelga rotatoria (“turnante”): aquella que se produce sucesivamente en diversos establecimientos (rotación horizontal) o respecto de distintas categorías de trabajadores (rotación vertical), de modo que la ejecución de la huelga se divide en forma concatenada dentro de la empresa, lo que importa una presión continua para el empleador.
- Huelga estratégica (“tapón” o “trombosis”): es aquella realizada por trabajadores que se desempeñan en un área clave dentro de la organización productiva de la empresa, de manera que la paralización de esta unidad impide a los demás empleados prestar sus servicios personales.
- Huelga de solidaridad o apoyo: aquella huelga efectuada por trabajadores que no están directamente involucrados en el proceso de negociación colectiva y que se adhieren no para obtener un beneficio personal, sino que manifiestan su solidaridad con los promotores de la misma.

Los órganos de control de la OIT sostienen que la huelga debe ejercerse en forma pacífica¹⁴¹. Por ello, han resuelto que la prohibición de piquetes se

¹⁴¹ El CLS ha sostenido que “[e]n cuanto a las modalidades del derecho de huelga denegado a los trabajadores (paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelgas

justificaría si la huelga perdiera su carácter pacífico y considera legítima una disposición legal que prohíbe a los piquetes de huelga perturbar el orden público y amenazar a los trabajadores que continúan trabajando¹⁴².

El CT [art. 355-4] prohíbe la huelga con ocupación del lugar de trabajo al prescribir que “durante la huelga el recinto o local de la empresa no constituirá sede sindical”. De este modo, no habrá justificación legal para que los huelguistas permanezcan en el recinto o local de la empresa, los que deberán ejercer su derecho a reunión, necesario para el ejercicio de la huelga, en una sede sindical que se encuentre ubicada fuera de la empresa. Refuerza esta interpretación el propio CT que prescribe que las reuniones del sindicato se efectuarán “en cualquier sede sindical” [art. 255-1] sea o no propia agrega la doctrina [Tapia (2005) 360]. Finalmente, habrá que concluir que el empleador podría impedir el ingreso de los huelguistas al local de la empresa sin incurrir en un atentado a la libertad sindical [ver CT art. 291.b] porque no sería posible que dentro del mismo se pudieran efectuar asambleas durante la huelga y además porque el CT [art. 357-1] le prohíbe expresamente ofrecer o aceptar la reincorporación individual de los huelguistas, salvo en las condiciones previstas en la misma regla citada.

2.2 La huelga al margen del Código del Trabajo

Los tribunales superiores de justicia han establecido que la huelga constituye un derecho fundamental de los trabajadores que puede ser ejercido al margen del procedimiento de negociación colectiva regulado por el Código del Trabajo¹⁴³.

Según estos fallos: los trabajadores tienen derecho a ejercer la huelga en protección y defensa de sus derechos e intereses económicos, con la sola excepción de los funcionarios y los trabajadores a quienes la Constitución

de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de empresa o del centro del trabajo), el Comité consideró que tales limitaciones solo se justificarían en los casos en que la huelga dejase de ser pacífica”, CLS (2006): 496 y 497, CEACR (1994): 173.

142 CLS (2006): 649 y 650.

143 Al respecto, CA Rancagua, rol N°159-2011; CA San Miguel, rol N°183-2014; CA Santiago, rol N°1144-2015 y CA Antofagasta, rol N°91-2015.

expresamente les prohíbe ejercer este derecho.

Entonces, para que los trabajadores puedan ejercer su derecho fundamental a la huelga solo será necesario que prueben que su finalidad es económica y social, por ejemplo: la defensa de derechos que se estiman vulnerados por el sindicato (CA Santiago, rol 1144-2015), el reclamo de constantes infracciones laborales cometidas por el empleador (CA Antofagasta, rol 91-2015), o bien, la mejora de condiciones salariales (CA Rancagua, rol 159-2011).

Y no hay más límites. No importa si existe entre las partes un instrumento colectivo vigente o si hay una negociación colectiva en curso. Tampoco si el sindicato agotó todas las vías disponibles antes de efectuar la huelga, por ejemplo, se efectuó una mediación voluntaria ante la Inspección del Trabajo. Menos si la modalidad de huelga emprendida por los trabajadores (brazos caídos, ruedas cuadradas, solidaridad u ocupación de instalaciones) es proporcional al logro de sus objetivos. Ni siquiera es necesario que los trabajadores le adviertan previamente al empleador que ejercerán su derecho a huelga ni que acrediten que la misma ha sido aprobada mayoritariamente por los socios del sindicato en una votación efectuada ante ministro de fe.

Deberíamos suponer, aunque los fallos citados no lo indican, que esta huelga deberá ser pacífica, a fin de satisfacer los márgenes que los órganos de control de la OIT han establecido para ella.

Del modo que se entiende el derecho de huelga, a los trabajadores les bastará tener un motivo o ánimo colectivo para ejercerlo en el momento que les parezca oportuno (ya no habrá un período de paz social cubierto por un instrumento colectivo vigente durante el cual no es posible declararse en huelga), en contra de uno o más empleadores (no tendrá ninguna importancia si el sindicato es de empresa o interempresa y si hay o no obligación de negociar colectivamente), en la modalidad que defina el sindicato (trabajar en forma lenta o a desgano, bajar los brazos y no laborar, tomarse el establecimiento), sin restricción alguna (el empleador no podrá exigir servicios mínimos de seguridad y funcionamiento a los trabajadores involucrados en la huelga) y sin que haya autoridad facultada para definir si la huelga es ilegal o abusiva (la

OIT promueve que sea un órgano independiente de las partes).

Sin perjuicio de lo señalado, al ser el derecho a la huelga un derecho fundamental reconocido implícitamente por la Constitución, es necesariamente un derecho que se puede ver limitado por otros derechos, entre otros, el derecho de propiedad y el derecho a la libertad económica del empleador, la libertad de trabajo de los trabajadores que no ejercen la huelga y los derechos fundamentales de terceros que podrían ser afectados por la huelga¹⁴⁴. Para ello, será posible utilizar la teoría de la ponderación de derechos fundamentales de Alexy, para quien los derechos necesariamente deben ser ponderados entre sí, en tanto es inconcebible una aplicación ilimitada de un derecho fundamental¹⁴⁵, o bien, recurrir al criterio de la *ultima ratio*, en virtud del cual la huelga solo puede acometerse tras agotarse todas las posibilidades de entendimiento. El carácter *ultima ratio* de la huelga se entiende como “último remedio”, esto es: para que la huelga devenga legal se debe haber llevado un proceso de negociación sustancial que incluya un proceso de conciliación y arbitraje¹⁴⁶, o bien, debe haber existido una negociación entre las partes y la decisión de comenzar la huelga está justificada en que todas las

144 La Corte de Santiago ha sostenido que: “[r]econociendo que la huelga es un derecho fundamental de la persona, el único límite que explícitamente la Constitución contempla cuando lo reconoce, es que no se trate de funcionarios del Estado ni de las Municipalidades, o de personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. De lo expuesto, se puede establecer que el límite a este derecho fundamental, está dado únicamente cuando se afecten servicios destinados a satisfacer derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos, tales como la vida, la salud y la satisfacción de necesidades básicas de la persona, lo que como toda limitación o restricción de derechos fundamentales, debe regularse por ley, sin afectar el derecho en su esencia, lo que no acontece en este caso, o por lo menos, no fue un hecho asentado en la causa que la empresa demandante tenga tales finalidades” (CA Santiago, rol N°1144-2015, 5°). Por su parte, la Corte de Rancagua ha sostenido como límite la huelga abusiva o inexistente, en los siguientes términos: “[e]sto significa que en el caso *sub-lite* la vía del desafuero puede ser utilizada, pero debe sustentarse en faltas referidas a obligaciones individuales vinculadas al escenario jurídico de la huelga, es decir deben imputarse faltas que se han originado en un abuso del derecho fundamental, tales como las originadas en una huelga abusiva o inexistente” (CA Rancagua, rol N°159-2011, 9°).

145 Alexy, Robert (2005), p.78.

146 Ales y Novitz (2010), p.265. A propósito de los casos Viking y Laval, la Corte Europea Internacional entendió la huelga como “último remedio”, en los términos explicados.

posibilidades de negociación han fallado¹⁴⁷.

Dentro de ese entendido, estimamos que las siguientes actuaciones deben ser repudiadas por nuestros tribunales en tanto vulneran el carácter *ultima ratio* del derecho a la huelga:

- El ejercicio de la huelga cuando existe una negociación colectiva en curso.
- El ejercicio de la huelga cuando no se haya efectuado la mediación voluntaria ante la Inspección del Trabajo.
- El ejercicio de la huelga sin aviso previo dado al empleador.

3. Los límites del derecho a huelga

El derecho a huelga deberá ser conciliado con el resto de los derechos y bienes tutelados por el ordenamiento jurídico, en particular con aquellos que tienen rango constitucional. Por ello, se prohíbe a algunos trabajadores ejercer el derecho a huelga, aunque estén facultados a negociar colectivamente en su empresa; se obliga al sindicato a proveer equipos de emergencia durante la huelga para atender servicios mínimos de seguridad y funcionamiento, y es posible que el juez del trabajo ordene la reanudación de faenas en caso de una huelga o *lock-out* cuando por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

3.1 Las empresas en que la huelga está prohibida

El CT (art. 362) en concordancia con la CP (art. 19.16-7) determina que no podrán declarar la huelga, los trabajadores que laboren en empresas que se encuentren en alguno de estos dos supuestos: (a) que atiendan servicios de utilidad pública, o (b) se trate de aquellas cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

¹⁴⁷ Waas, Bernd (2015), p.240. El carácter *ultima ratio* de la huelga también ha sido reconocido en Alemania, aunque en forma diferente a la admitida por la Corte Europea Internacional. En efecto, la jurisprudencia alemana ha entendido que para que la huelga sea legal no es necesario un proceso de conciliación o arbitraje previo, sino que solamente exige que antes de la huelga se haya llevado un proceso de negociación entre ambas partes.

Se ha entendido que son empresas que atienden servicios de utilidad pública aquellas que entregan prestaciones cuya finalidad es procurar un beneficio a toda la comunidad¹⁴⁸.

En cuanto a las empresas cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, habrá que decir que el art. 384 derogado definía en qué caso existía un daño grave a alguno de los bienes jurídicos señalados: debía tratarse de una empresa que comprendiera parte significativa de la actividad respectiva del país, o bien, que su paralización acarrearé la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población. Lo anterior, permitió al Gobierno concluir que la calificación debía efectuarse caso a caso.

Los supuestos contemplados por el CT han sido interpretados restrictivamente por el Gobierno, al dictar la resolución conjunta que califica las empresas en que se encuentra prohibida la huelga, en términos de entender que la prohibición solo podría ser aplicada en los servicios esenciales en sentido estricto, esto es, "aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas, en todo o parte de la población". Esta interpretación no ha sido compartida por la Contraloría General de la República (CGR) y los ministros han sido obligados a incluir en la resolución a las empresas concesionarias de servicios sanitarios y servicios eléctricos¹⁴⁹.

148 La CGR, al ejercer su control de legalidad respecto de la resolución conjunta ("toma de razón"), ha obligado al Gobierno desde el año 2006 en adelante, a incluir en ella a las empresas concesionarias de servicios sanitarios y servicios eléctricos, porque las entiende comprendidas en este supuesto, ya que "la actividad o giro de estas empresas concierne a la entrega de las prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población" (dictámenes N°37.849, de 2007; N°53.479, de 2008; N°11.512, de 2009 y N°5.612 de 2011). El Gobierno, por su parte, considera que tales empresas deben ser excluidas, atendido que los órganos de control de la OIT mantienen una interpretación restrictiva sobre las limitaciones que pueden darse respecto del derecho a huelga. Por ello, solo podría prohibirse la huelga en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (considerando 4° de la Resolución N°134, de Economía, Fomento y Turismo, de 2016).

149 La decisión del Gobierno es contradictoria con el CLS de la OIT que ha establecido que constituyen "servicios esenciales", entre otros, el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos, la policía y las fuerzas armadas, los servicios de bomberos, los servicios penitenciarios públicos o privados, el suministro de alimentos a alumnos en edad escolar y limpieza de los establecimientos escolares y el control de tráfico aéreo. CLS (2006): 585.

Los órganos de control de la OIT han establecido que para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga: “el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población”¹⁵⁰. No obstante, tanto el CLS como la CEACR, estiman necesario tomar en cuenta las circunstancias especiales que pueden darse en los diferentes estados miembros (por ejemplo: una huelga en los servicios portuarios en una isla puede ser más grave que en un país continental) y admiten que un servicio no esencial en el sentido estricto del término puede convertirse en esencial si la huelga dura más de un cierto período de tiempo o adquiere tal dimensión que puede correr peligro la salud, seguridad o vida de la población (por ejemplo, en los servicios de recolección de basura)¹⁵¹.

La calificación de prohibición de huelga en una empresa deberá efectuarse mediante una resolución conjunta de los Ministros de Trabajo y Previsión Social; Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, que deberá dictarse cada dos años, dentro del mes de julio, previa solicitud fundada de los trabajadores (para su exclusión) y de la empresa (para su inclusión), la que deberá presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo¹⁵². La ley obliga a

150 CLS (2006): 581.

151 CEACR (1994): 159 y 160. CLS (2006): 581 y 582.

152 Conforme el derogado art. 384, la resolución conjunta se debe emitir anualmente en el mes de julio de cada año. La resolución N°134, de Economía, Fomento y Turismo, de 2016, establece que las siguientes empresas o establecimientos se encuentran en alguna de las situaciones previstas por el artículo 384 del Código del Trabajo: Banco Central, Ferrocarril Arica - La Paz, Terminal Puerto Arica S.A, Empresa Iquique Terminal Internacional S.A., Antofagasta Terminal Internacional S.A., Gasco S.A., Metrogas S.A., Gas Valpo S.A., Gas Sur S.A., GNL Mejillones S.A., GNL Quintero S.A., Sociedad Nacional de Oleoductos (SONACOL S.A.), Sociedad de Inversiones de Aviación Limitada (SIAV), Empresa Eléctrica de Arica S.A., Empresa Eléctrica de Iquique S.A., Empresa Eléctrica de Antofagasta S.A., Empresa Eléctrica de Atacama S.A., Chilectra S.A., CGE Distribución S.A., Chilquinta Energía S.A., Compañía Eléctrica del Litoral S.A., Energía Casablanca S.A., Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica S.A., Luz Linares S.A., Luz Parral S.A., Sociedad Austral de Electricidad S.A., Empresa Eléctrica de la Frontera S.A., Empresa Eléctrica de Aysén S.A., Empresa Eléctrica de Magallanes S.A., Cooperativa de Abastecimiento de Energía Eléctrica Curicó Ltda., Cooperativa de Consumo de Energía Eléctrica de Chillán Ltda., Cooperativa Eléctrica Charrúa Ltda., Cooperativa Rural Eléctrica Río Bueno Ltda., Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central CDEC-SIC Limitada, Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado del Norte Grande CDEC-SING Limitada, Aguas del Altiplano S.A., Aquabio S.A., Aguas de Antofagasta S.A., Tratacal S.A., Empresa Concesionaria de Servicios

dar traslado de esta solicitud a la contraparte empleadora o trabajadora para que formule sus observaciones dentro del plazo de 15 días. Una vez efectuada la calificación de una empresa e incorporada en la resolución conjunta, solo se podrá revisar su permanencia en la nómina, en virtud de causa sobreviniente y a solicitud de parte. La resolución deberá publicarse en el Diario Oficial y podrá ser reclamada ante la Corte de Apelaciones (CA) conforme al procedimiento establecido en el art. 402 del CT.

En caso que las partes no logren un acuerdo directo en una empresa que se encuentre incorporada en la resolución conjunta deberán someter la negociación a un arbitraje obligatorio (art. 386-2). Esta regla es consistente con las decisiones adoptadas por los órganos de control de la OIT que aceptan el recurso al arbitraje obligatorio cuando la huelga se encuentra prohibida¹⁵³.

Sanitarios S.A. (ECONSSA), Aguas Chañar S.A., Aguas del Valle S.A., Aguas La Serena S.A., Empresa de Servicios Totoralillo (ESSETO S.A.), Empresa de Servicios Sanitarios San Isidro (ESSSI S.A.), ESVAl S.A., Cooperativa de AP Santo Domingo Coopagua Ltda., Asociación de Vecinos Población Mirasol de Algarrobo, Comunidad Balneario Brisas de Mirasol, Corporación Balneario Algarrobo Norte, E.A.P. Los Molles S.A., Sociedad Agrícola y Servicios Isla de Pascua S.A., Inmobiliaria Norte Mar S.A., Lago Peñuelas S.A., ESSBIO S.A., Nuevosur S.A., Cooperativa Comuna de Sagrada Familia Ltda., Aguas del Centro S.A., Cooperativa de la Comunidad Maule Ltda., Cooperativa de la Comunidad de Sarmiento Ltda., Aguas San Pedro S.A., Aguas Araucanía S.A., Aguas Quepe S.A., Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos ESSAL S.A., Sanitaria Sur S.A., Aguas Patagonia de Aysén S.A., Aguas Magallanes S.A., Aguas Décima S.A., Aguas Andinas S.A., Aguas Cordillera S.A., Aguas Manquehue S.A., Sembcorp Aguas Chacabuco S.A., Sembcorp Aguas Lampa S.A., Servicio Municipal de AP y Ale. de Maipú (SMAPA), Sembcorp Aguas Santiago S.A., Aguas Santiago Poniente (ASP S.A.), Comunidad de Servicios Remodelación San Borja (COSSBO), Empresa de AP Lo Aguirre (EMAPAL S.A.), Empresa Particular de AP y Ale. La Leonera S.A., Melipilla Norte S.A., Alberto Planella Ortiz Servicio de AP Santa Rosa del Peral S.A., Servicios Sanitarios Larapinta Selar S.A., Empresa de Servicios Sanitarios Lo Prado (SEPRAS S.A.), Novaguas S.A., Huertos Familiares S.A., Aguas de Colina S.A., BCC S.A., Servicios Sanitarios de La Estación S.A., Empresa de Agua Potable Izarra de Lo Aguirre S.A., Servicios Sanitarios Llanos del Solar S.A., Sanitaria Aguas Lampa S.A., Aguas Las Lilas S.A., Aguas Santiago Norte S.A., Servicios Sanitarios Santa Filomena S.A., Servicios Sanitarios El Molino Uno y Cía. Ltda., Empresa Eléctrica de Casablanca S.A., Empresa Eléctrica de Colina S.A., Empresa Eléctrica Municipal de Til Til, Empresa Eléctrica Puente Alto Ltda., Luz Andes S.A., Cooperativa Eléctrica Los Ángeles Ltda., Sociedad Austral de Electricidad S.A., Compañía Distribuidora de Energía Eléctrica S.A., Cooperativa Eléctrica Paillaco Ltda., Compañía Eléctrica Osorno S.A., Cooperativa Rural Eléctrica Llanquihue Ltda., Transelec S.A., Transelec Norte S.A., Transnel S.A., Transnet S.A., Sistema de Transmisión del Sur S.A., Cooperativa de Servicios de Abastecimiento y Distribución de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento Ambiental Yungay, Gultro, Los Lirios Ltda., Aguas Pirque S.A., Sembcorp Utilities, Sembcorp Aguas del Norte.

153 CLS (2006): 564 y CEACR (1994): 153.

3.2 La atención de servicios mínimos

3.2.1 Los servicios mínimos

Durante la huelga, el CT (art. 359-1) le impone al sindicato la obligación de proveer personal al empleador para atender servicios mínimos de seguridad (protección de bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevención de accidentes a las personas), de funcionamiento (garantizar la prestación de servicios de utilidad pública y la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas) y para prevenir daños ambientales o sanitarios. El personal destinado a atender los servicios mínimos estará integrado por trabajadores involucrados en la negociación colectiva y se les denominará equipo de emergencia¹⁵⁴.

Los servicios mínimos deberán proveerse durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron determinados (art. 359-3).

Para la Dirección del Trabajo, los servicios mínimos son “aquellas funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de una empresa que, sin menoscabar en su esencia el derecho a huelga, conforme el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena, deben ser atendidos durante el desarrollo de la huelga” por razones de seguridad, funcionamiento o prevención de daños ambientales o sanitarios¹⁵⁵.

Los servicios mínimos no tienen por objeto permitir un normal funcionamiento de la empresa durante la huelga, sino que evitar perjuicios o daños adicionales

154 Para el CLS: los servicios mínimos de seguridad tienen como objetivo procurar la seguridad de las personas e instalaciones y evitar accidentes, y los servicios mínimos de funcionamiento, tienen como fin mantener en funcionamiento, de alguna manera, la empresa o faena donde tiene lugar la huelga, procediendo solo en los servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, seguridad o la salud de toda o parte de la población, o en los servicios no esenciales en sentido estricto, cuando la duración de la huelga puede provocar una situación de crisis nacional aguda, poniendo en riesgo las condiciones normales de la población, y en los servicios públicos de importancia trascendentales. CLS (2006): 605.

155 El dictamen N°5.346/92, de 28 de octubre de 2016 define y divide los servicios mínimos en 3 categorías: (a) de seguridad, (b) de funcionamiento, y (c) para prevenir daños ambientales o sanitarios.

que pueda sufrir el empleador, los trabajadores que no son parte de la huelga o terceros completamente ajenos al conflicto colectivo, como por ejemplo: los usuarios que exigen atención de urgencia a un establecimiento de salud en huelga o los vecinos de una empresa química que podrían ser víctimas de un daño ambiental derivado de la falta de mantenimiento de la planta que opera durante la huelga.

Los servicios mínimos deberán ser atendidos en los siguientes supuestos normativos contemplados en el Código del Trabajo:

- La protección de los bienes corporales e instalaciones de la empresa: se trata de evitar daños que puedan afectar a la infraestructura física de la empresa por falta de vigilancia o cuidado durante la huelga (por ejemplo: ante la ausencia de guardias de seguridad) o a bienes corporales del empleador por la imposibilidad de mantenerlos funcionando (por ejemplo: ante la falta de personal que pueda ejecutar operaciones programadas de mantención para que los equipos y maquinarias continúen funcionando adecuadamente una vez concluida la huelga).
- La prevención de accidentes: se refiere a accidentes que pudieren afectar la salud e integridad física o psíquica de los trabajadores que en ejercicio de su libertad de trabajo sigan laborando en la empresa por no ser parte de los huelguistas, o bien, a terceros que concurran a las instalaciones del empleador durante la huelga (por ejemplo: ante la falta de trabajadores a cargo de efectuar reparaciones impostergables en maquinarias o equipos).
- La prevención de daños ambientales o sanitarios: se trata de impedir daños ambientales o sanitarios que afecten al empleador, los trabajadores que no están en huelga o a terceros (por ejemplo: ante la falta de personal no se recolecta la basura por semanas y se acumula en las calles, produciendo un daño sanitario, o bien, como consecuencia de una huelga los salmones de una empresa no son alimentados y se mueren, provocando un daño ambiental)¹⁵⁶.
- La prestación de servicios de utilidad pública: se refiere a aquellos

¹⁵⁶ Para la DT, el daño ambiental se encuentra definido en el art. 2.e de la ley N°19.300 como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes” y el daño sanitario es “un detrimento o menoscabo a la salud pública o al bienestar higiénico del país”.

servicios cuya finalidad es procurar un beneficio a toda la comunidad y cuya falta afecta a todo o parte de la población (por ejemplo: ante la falta de trabajadores no se suministra agua potable, electricidad, gas o telefonía a los usuarios de la empresa que presta el servicio 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: este es el supuesto más amplio, trata de necesidades básicas de todo o parte de la población que se podrían ver afectadas por la huelga y que podrían afectar la vida (por ejemplo: ante la falta de personal una persona gravemente accidentada y en riesgo vital no es atendida en la urgencia de una clínica), la seguridad (por ejemplo: por la falta de personal los clientes de un banco son víctimas de *hackers* y sus cuentas corrientes resultan afectadas con cargos indebidos o sus datos personales son filtrados) y la salud (por ejemplo: como consecuencia de la huelga los pacientes internados en una clínica no pueden acceder a los servicios de la “unidad de cuidados intensivos”).

Según la DT, tratándose de servicios mínimos de funcionamiento, la ley busca “mantener un cierto nivel de operación de la empresa o institución en que se produce la huelga”, en términos de otorgar cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el servicio satisface, aunque sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal.

Para mitigar la limitación al ejercicio del derecho a huelga de los trabajadores, el CT establece dos condiciones, una sustancial, la calificación de los servicios mínimos se debe efectuar sin afectar el contenido esencial del derecho a huelga, y otra formal, la misma debe ser negociada entre el empleador y los sindicatos, con una eventual intervención resolutoria de la Dirección del Trabajo en caso que no haya acuerdo entre las partes.

3.2.2 La calificación de los servicios mínimos

3.2.2.1 Acuerdo entre el empleador y las organizaciones sindicales

Según el CT (art. 360) la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberá efectuarse antes del inicio de la negociación colectiva. Para este efecto, el empleador, en uso de sus facultades de administración, deberá proponer al o los sindicatos existentes en la empresa, la identificación de los servicios mínimos que deberían ser atendidos durante la huelga y las competencias profesionales o técnicas de los trabajadores que conformarían los equipos de emergencia a cargo de tal atención. El empleador deberá remitir una copia de su propuesta a la Inspección del Trabajo.

El empleador deberá efectuar su propuesta con una anticipación de, a lo menos, 180 días al vencimiento del instrumento colectivo vigente. Si hubiere más de un instrumento vigente en la empresa, el plazo se contará respecto de aquel que se encuentre más próximo a vencer (art. 360-3). Si en la empresa no hay sindicato, el empleador deberá formular su propuesta dentro de los 15 días siguientes a la comunicación de la constitución del sindicato (que debe efectuarse dentro de los 3 días hábiles siguientes a la celebración de la asamblea constitutiva). Conforme al CT (art. 360-4) el sindicato no podrá iniciar una negociación colectiva mientras se encuentre pendiente el plazo indicado y, efectuada la propuesta por el empleador, en tanto no se encuentren calificados los servicios mínimos y determinados los equipos de emergencia.

El sindicato tendrá un plazo de 15 días para responder la propuesta formulada por el empleador. Podrá hacerlo en forma separada o en conjunto con los demás sindicatos emplazados (art. 360-5). Las partes tendrán un plazo de 30 días contado desde la proposición del empleador para alcanzar un acuerdo de calificación de los servicios mínimos que será único y general para toda la empresa (art. 360-6).

Entonces, se establece que la calificación de los servicios mínimos debe ser negociada entre el empleador y el o los sindicatos existentes en la empresa. En caso de acuerdo, el empleador y el o los sindicatos deberán firmar un acta en la que se establecerán los servicios mínimos y los equipos de emergencia acordados en caso de huelga¹⁵⁷, y una copia de la misma deberá ser registrada

157 Conforme el dictamen N°5.346/92, de 28 de octubre de 2016: "la manifestación de voluntad por parte de el o los sindicatos, [...] [se registrá por las disposiciones] de los estatutos de cada

en la Inspección del Trabajo dentro de los 5 días siguientes a su suscripción.

Según la DT, el acta debe contener lo siguiente:

- Indicar las funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de la empresa que son calificados como servicios mínimos, y los supuestos definidos por el legislador que pretenden garantizar o proteger.
- Respecto a los equipos de emergencia, señalar las competencias técnicas y profesionales de los trabajadores que deberán integrar tales equipos, así como el número necesario para el cumplimiento de las tareas calificadas como servicios mínimos.

3.2.2.2 Calificación por la Dirección del Trabajo

Si no hay acuerdo entre el empleador y el sindicato, o este no involucra a todos los sindicatos, cualquiera de las partes podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo (DRT), dentro del plazo de 5 días contados desde que hayan expirado el período de 30 días en el cual se deben negociar los servicios mínimos sin que se haya producido acuerdo alguno, o bien, el acuerdo alcanzado no afecta a todos los sindicatos existentes en la empresa (art. 360-8).

Si la empresa tiene establecimientos o faenas en 2 o más regiones, el requerimiento se deberá formular ante la Dirección Regional del Trabajo del domicilio del que lo efectúa. Si respecto de una misma empresa se han presentado requerimientos en 2 o más Direcciones Regionales, será el Director del Trabajo quien determine la que deberá resolverlos en definitiva (art. 360-9).

Para calificar los servicios mínimos y los equipos de emergencia la Dirección Regional del Trabajo deberá dictar una resolución fundada dentro del plazo de 45 días contado desde que se efectúa el requerimiento, o bien, desde que el Director del Trabajo resuelve el conflicto de competencia entre 2 o

organización, y en subsidio, procederá aplicar el principio general de la legislación de que las decisiones de órganos pluripersonales se adoptan por la mayoría absoluta de sus integrantes, en este caso, la mayoría absoluta del directorio de cada organización sindical que suscribe el acuerdo”.

más Direcciones Regionales (art. 360-11). En el plazo indicado, la autoridad administrativa deberá oír a las partes y pedir informes técnicos al organismo regulador o fiscalizador que sea del caso. Así, por ejemplo, si se trata de un banco debería solicitarse un informe a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y en el caso de una empresa minera al Servicio Nacional de Geología y Minería. El empleador y el sindicato podrán acompañar informes técnicos de organismos públicos y privados para fundamentar su posición ante la Dirección Regional del Trabajo (art. 360-10).

Para efectos de una mejor resolución, el CT (art. 360-10) faculta a la Dirección Regional del Trabajo para efectuar visitas de inspección a la empresa, ya sea a requerimiento de parte o de oficio.

La resolución fundada del Director Regional del Trabajo que califica los servicios mínimos y los equipos de emergencia de la empresa deberá ser notificada a las partes dentro de los 5 días siguientes a su emisión (art. 360-11)¹⁵⁸. El dictamen N°5.346/ 92, de 28 de octubre de 2016 establece que “la DT al momento de resolver sobre la calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, tomará en consideración como un antecedente fundado, los acuerdos a que el empleador hubiere llegado con algún o algunos de los sindicatos existentes en la empresa, así como su grado de representatividad en la empresa”.

Según el art. 359-1 *in fine*, la calificación de servicios mínimos efectuada por la Dirección del Trabajo deberá considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena. Para este efecto, la resolución deberá señalar los estándares técnicos que justifican la imposición de los servicios mínimos, según el tamaño y las características de la empresa, establecimiento o faena, indicando expresamente el supuesto normativo que concurre en el caso concreto, para luego fijar la composición y estructura de los equipos de emergencia necesarios durante la huelga: el número de trabajadores, sus cargos y funciones específicas, las competencias

158 En virtud del principio de plenitud jurisdiccional no cabe duda que la resolución de Director del Trabajo podrá ser reclamada ante los tribunales de justicia, ya sea a través de la acción de protección si se han afectado alguna de las garantías constitucionales previstas en el artículo 21 de la CP o ante el juez laboral conforme el artículo 504 del CT.

profesionales y técnicas que deben satisfacer, y la jornada en que deben laborar.

Sin perjuicio que la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia debe efectuarse respecto de cada empresa, ya sea por acuerdo de las partes o por resolución fundada emitida por la autoridad administrativa, el CT (art. 360-12) obliga al Director del Trabajo, en el mes de abril de cada año, a publicar los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para efectuar tal calificación.

Los estándares técnicos generales serán pautas y modelos aplicables a un sector de la actividad económica en caso de huelga, según el tamaño y las características propias de las empresas en abstracto que lo conforman, que fijan el nivel de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia, y se concretarán en la resolución que el Director del Trabajo emite para una empresa en particular. Así, por ejemplo, constituirá estándar técnico de carácter general en el sector de la salud la imposición de un servicio mínimo de funcionamiento en la UCI (unidad de cuidados intensivos), el banco de sangre y la urgencia de una clínica, la que requerirá de un equipo de emergencia compuesto por un “cupo” o número determinado de trabajadores que deben satisfacer competencias profesionales y técnicas específicas y cuyos servicios deberán ser prestados en una jornada determinada.

La resolución del Director Regional del Trabajo será reclamable ante el Director del Trabajo, dentro del plazo de 5 días siguientes a su emisión. Según el dictamen N°5.346/92, de 28 de octubre de 2016, esta solicitud se asimila al recurso jerárquico contemplado en el art. 59 de la ley N°19.880, por lo que dicha reclamación deberá ser resuelta en el plazo de 30 días hábiles. El Director del Trabajo podrá confirmar, modificar, reemplazar o dejar sin efecto la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia efectuada por el Director Regional.

Finalmente, el CT (art. 360-13) contempla la revisión de la calificación por circunstancias sobrevinientes, esto es, en caso que hayan cambiado las condiciones que motivaron su determinación. La revisión deberá efectuarse

conforme al procedimiento general, o sea, negociación y acuerdo entre las partes, y a falta de arreglo directo, requerimiento fundado a la Dirección Regional del Trabajo.

A partir de la publicación la ley, las empresas y organizaciones sindicales podrán calificar de común acuerdo los servicios mínimos y equipos de emergencia. Sin perjuicio de ello, conforme el art. 3 transitorio, en las negociaciones colectivas que deban iniciarse dentro de los 6 meses posteriores a la entrada en vigencia de la ley y respecto de las cuales no exista acuerdo en la calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, el empleador deberá recurrir a la Dirección Regional del Trabajo correspondiente, para que resuelva en las siguientes fechas:

- Si la negociación colectiva debe iniciarse entre los meses de abril o mayo de 2017, el empleador deberá presentar su requerimiento entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2017.
- Si la negociación colectiva debe iniciarse entre los meses de junio o julio de 2017, el empleador deberá presentar su requerimiento entre el 1 de febrero y el 1 de mayo de 2017.
- Si la negociación colectiva debe iniciarse entre los meses de agosto o septiembre de 2017, el empleador deberá presentar su requerimiento entre el 1 de marzo y el 29 de mayo de 2017¹⁵⁹.

La ley establece una regla perentoria: no se podrá iniciar el proceso de negociación colectiva, en tanto no esté resuelto el requerimiento de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia formulado oportunamente por el empleador.

3.2.3 *El equipo de emergencia*

Según el CT (art. 359-2) el personal destinado por el sindicato a atender los servicios mínimos se conformará con trabajadores involucrados en el proceso de negociación y recibirá el nombre de equipo de emergencia. Sus integrantes deberán percibir remuneraciones por el tiempo trabajado.

159 Al respecto, véase, dictamen de la DT N°5.346/92, de 28 de octubre de 2016.

El CT (art. 361) regula la conformación de los equipos de emergencia durante el proceso de negociación colectiva en cuanto al número e identidad de los trabajadores del sindicato que deberán integrarlo durante la huelga. Para este efecto, el empleador en su respuesta al proyecto de contrato colectivo deberá proponer a la comisión negociadora sindical, en forma específica, la identificación del personal afiliado al sindicato que deberá ser parte del equipo de emergencia, siempre que un acta firmada entre las partes o una resolución de la Dirección del Trabajo así lo haya establecido.

La comisión negociadora sindical deberá responder a la propuesta del empleador dentro del plazo de 48 horas. La falta de respuesta dentro del plazo se entiende como aceptación, esto es, como expresión de voluntad presunta del sindicato (art. 361-2).

Si la comisión negociadora sindical se niega expresamente a la conformación del equipo de emergencia del modo solicitado por el empleador, o bien, hubiere discrepancia respecto del número o identidad de los trabajadores del sindicato que deben ser parte del referido equipo, el empleador deberá solicitar un pronunciamiento a la Inspección del Trabajo dentro del plazo de 5 días contados desde la respuesta del sindicato (art. 361-3).

La Inspección del Trabajo tendrá un plazo de 10 días para resolver el requerimiento del empleador. La resolución será notificada al correo electrónico designado por las partes y en contra de ella solo procederá el recurso de reposición ante la misma Inspección que resolvió el requerimiento (art. 360 1-3 *in fine*).

Si el sindicato incumple los servicios mínimos acordados o resueltos por la Dirección de Trabajo y no provee el equipo de emergencia durante la huelga, el CT (art. 359-4) permite al empleador adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios. De este modo, el empleador podría otorgar la atención con trabajadores contratados directamente o a través de una empresa con la que se celebra un contrato civil o comercial, efectuando una suerte de reemplazo de los huelguistas, con un límite legal: estas medidas "no podrán involucrar a un

número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato, salvo que la Inspección del Trabajo autorice fundadamente un número distinto”.

El empleador deberá comunicar inmediatamente a la Inspección del Trabajo el incumplimiento en que ha incurrido el sindicato, para que esta constate la falta. El CT tipifica como una práctica desleal durante la negociación colectiva el incumplimiento del deber de proveer el o los equipos de emergencia que fueron concordados por las partes o dispuestos por la autoridad competente, según corresponda [art. 404.d].

3.3 La reanudación de faenas

La reanudación de faena es un procedimiento mediante el cual el Juez del Trabajo ordena restablecer la actividad en una empresa afectada por una huelga o *lock-out* cuando por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (art. 363).

El juez podrá decretar la reanudación de faenas previa solicitud efectuada por el empleador, el sindicato o la Dirección del Trabajo (art. 363). La solicitud de reanudación de faenas se tramitará conforme el procedimiento monitorio, sin que sea necesario efectuar previamente un reclamo ante la Inspección del Trabajo (art. 363-2).

Esta restricción legal establece supuestos más amplios que los previstos en el art. 362 que señala las empresas en las que se prohíbe ejercer el derecho a huelga a sus trabajadores. En efecto, se incluye como nueva hipótesis “el grave daño al medio ambiente” y se especifica que el abastecimiento de la población se refiere a “bienes o servicios”.

Para que el juez ordene reanudar el trabajo debe tratarse de una huelga que atendida sus características (magnitud y tamaño de las empresas, número de trabajadores involucrados, sector de la actividad económica afectado),

oportunidad (ocasión en que se produce la paralización) o duración (el período de tiempo dependerá de circunstancias objetivas: si la huelga es capaz de producir las consecuencias previstas en el Código del Trabajo) cause grave daño a los bienes jurídicos indicados.

El efecto de la sentencia ejecutoriada que decreta la reanudación de faenas es el término inmediato de la huelga o el *lock-out*, según sea el caso. El empleador deberá reabrir la empresa si había declarado el *lock-out*, los huelguistas deberán volver a sus labores en las mismas condiciones vigentes al momento de presentar el proyecto de contrato colectivo (art. 363-3) y la negociación colectiva deberá someterse a un arbitraje obligatorio, debiendo la Inspección del Trabajo citar a las partes a una audiencia para designar el tribunal arbitral (art. 363-4).

3.4 Otros límites al derecho a huelga

El ejercicio del derecho a huelga produce limitaciones al derecho de propiedad y la libertad para desarrollar cualquier actividad económica del empleador (art. 19.21 y 19.24 de la CP), en la libertad de trabajo de los trabajadores que no están en huelga (art. 19.16 de la CP y art. 345-3 del CT), y puede incidir en terceros que sean usuarios de los bienes y servicios que ofrece la empresa y al público en general, a quienes no se les debería imponer más cargas y molestias que aquellas que sean necesarias. Por lo mismo, será indispensable efectuar una ponderación de los derechos fundamentales en juego para evitar el ejercicio abusivo del derecho a huelga a través del principio de proporcionalidad.

Finalmente, habrá que decir que el derecho a huelga deberá ser compatible con el orden público y la seguridad del Estado¹⁶⁰.

¹⁶⁰ El artículo 11 de la ley N°12.927, sobre seguridad del Estado establece que "toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos, o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio". Por su parte, el artículo 12 de la misma ley prescribe que "los empresarios o patrones que declaren el lock-out o que estuvieren comprometidos en los delitos contemplados en el

4. El ejercicio del derecho a huelga en el procedimiento reglado y forzoso

El ejercicio del derecho a huelga, al igual que los demás derechos fundamentales, está sujeto a un determinado procedimiento fijado por la ley.

Este procedimiento exige que la huelga, en cuanto derecho individual de ejercicio colectivo, sea aprobada por los trabajadores involucrados por mayoría absoluta de ellos, en una votación efectuada en la oportunidad, con las formalidades y previa convocatoria efectuada por la comisión negociadora sindical¹⁶¹.

4.1 Convocatoria a la votación

Según el CT (art. 347-1) la comisión negociadora sindical deberá convocar a la votación de la huelga con, a lo menos, 5 días de anticipación a la oportunidad en que esta se debe realizar.

4.2 Oportunidad en que se debe efectuar la votación

Según el CT (art. 348) la huelga debe ser votada en una oportunidad que dependerá si hay o no instrumento colectivo vigente en la empresa:

- a) Con instrumento colectivo vigente: dentro de los últimos 5 días de vigencia del instrumento (art.348-1), y
- b) Sin instrumento colectivo vigente: dentro de los últimos 5 días de un total de 45 contados desde la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo. Este plazo, se cuenta, según la Dirección del Trabajo, "a partir del día siguiente al de la presentación del proyecto y no del mismo día" (dictamen N°3363/165, de 05.09.2001)¹⁶².

artículo precedente, serán castigados con la pena de presidio o relegación menores en sus grados mínimos a medios y multas de cinco sueldos vitales mensuales a diez sueldos vitales anuales".

161 Conforme la STC N°3016(3026)-16-CPT, de 9 de mayo de 2016, el grupo negociador también podrá ejercer el derecho de huelga. En consecuencia, lo que se diga respecto del "sindicato" o de la "comisión negociadora sindical" debe entenderse referida al "grupo negociadora" o a la "comisión negociadora del grupo negociador".

162 Ejemplo: si el sindicato presenta un proyecto el día 1 de enero, los 45 días se contarán desde el 2 de enero y no del 1 de enero.

Al plazo para efectuar la votación de la huelga también le resultará aplicable el art. 312-2 del CT, en consecuencia, si el último día para efectuarla vence en sábado, domingo o festivo se prorrogará hasta el día hábil siguiente (dictamen de la DT N° 4.284/108, de 04.10.2005).

Según el CT (art. 348-3) es posible que las partes de común acuerdo, amplíen el período de negociación y posterguen la oportunidad para la votación de la huelga. Este acuerdo deberá suscribirse por escrito, por ambas comisiones negociadoras y enviarse una copia del mismo a la Inspección del Trabajo. El efecto de este acuerdo es la prórroga de la vigencia del instrumento colectivo vigente por el tiempo que las partes determinen¹⁶³. En consecuencia, las partes podrán ejercer este derecho hasta el último día en que los trabajadores deben votar la huelga.

4.3 La votación de la huelga

Según el CT (art. 350-2) tienen derecho a votar todos los trabajadores representados por el sindicato en la negociación colectiva. De acuerdo con la ley N°20.940, solo podrán ser representados por el sindicato los trabajadores que son socios del mismo y tienen derecho a negociar colectivamente, ya que se elimina la figura del "adherente", esto es: el trabajador no afiliado al que se le permite adherir al proyecto de contrato colectivo presentado por el sindicato en virtud de un acuerdo adoptado por el directorio sindical.

Para garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho a voto, el empleador deberá facilitar que la votación de la huelga se realice con normalidad, otorgando los permisos necesarios para que los trabajadores puedan concurrir a ella (art. 349-1). Si el sindicato tiene una sede sindical dentro de la empresa (recinto en que habitualmente se reúne la organización) podrá efectuar el acto de votación en tal lugar (art. 349-1 *in fine*).

¹⁶³ La DT en su dictamen N°4.814/229, de 02.08.1995, al interpretar el derogado art. 369-1 ha sostenido que: "el legislador, [...] no estableció límites en cuanto al tiempo de duración de la misma, circunstancia ésta que autoriza para sostener que queda entregada al acuerdo de las partes contratantes la fijación del lapso correspondiente, debiendo estas, al convenir la señalada prórroga, establecer, asimismo, la fecha hasta la cual se mantendrá la vigencia del contrato colectivo anterior con la finalidad antes indicada".

La votación de la huelga debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) La votación debe ser organizada por la comisión negociadora sindical (art. 349-1). En cumplimiento de este deber, la comisión deberá evitar alteraciones en el normal funcionamiento de la empresa (art. 349-2), aunque el sindicato podrá efectuar asambleas en el día que se efectúa la votación (art. 349-3).
- b) La votación debe efectuarse ante un ministro de fe (art. 350-1). Según el art. 313 son ministros de fe: los inspectores del trabajo, los notarios públicos, los oficiales del Registro Civil, los funcionarios de la Administración del Estado que sean designados en esa calidad por la Dirección del Trabajo y los secretarios municipales en localidades en las que no existan otros ministros de fe disponibles.
- c) La votación debe ser realizada en forma personal y secreta (art. 350-1).
- d) Los votos serán impresos y deberán emitirse con las expresiones "última oferta del empleador" o "huelga" (art. 350-1). Sin perjuicio de lo anterior, el dictamen N°728/9, de 12.02.2015 de la Dirección del Trabajo permite que esta votación se efectúe en forma electrónica, si los sufragios forman parte de un *software* que cumple con las medidas de seguridad establecidas en el dictamen N°3362/53, de 01.09.2014.
La "última oferta del empleador" es la propuesta formal de contrato colectivo presentada por el empleador a la comisión negociadora sindical con, a lo menos, 2 días de anticipación al inicio del período en que se puede votar la huelga (art. 346-1). A falta de última oferta, aquella será la propuesta formal más próxima al vencimiento del plazo señalado. De no existir propuestas formales, se tendrá por última oferta la respuesta del empleador (art. 346-2). El empleador está facultado para informar por escrito su última oferta a los trabajadores involucrados en la negociación a través de "mecanismos generales de comunicación" (intranet, mensaje de correo electrónico, diario mural, carta certificada, ejemplar impreso).
- e) La votación debe efectuarse en un día. Así se infiere del art. 349-3 que permite realizar asambleas "el día que se lleve a efecto la votación de la huelga". No obstante, la Dirección del Trabajo ha resuelto que se encuentra facultada para autorizar a los trabajadores involucrados en una negociación colectiva para que puedan efectuar la votación de huelga en más de un día, si hay razones que así lo justifican (ubicación del lugar de

la faena, distribución de la jornada de trabajo, sistema de turnos). Para estos efectos, el último día de las votaciones parciales será considerado como "el día de la votación de la huelga" (dictamen N°3593/267, de 28.08.2000).

Finalmente, el CT (art. 347-2) establece que, si la votación de la huelga no se hubiere llevado a efecto por causas ajenas al sindicato, este tendrá un plazo de 5 días adicionales para proceder a ella.

4.4 La aprobación de la huelga o la última oferta del empleador

Según el art. 350-2 del CT, la última oferta del empleador o la huelga deberán ser acordadas por la mayoría absoluta de los trabajadores representados por el sindicato, esto es, con un *quorum* de aprobación de más del 50% de los mismos, en ambos casos¹⁶⁴.

Para efectos de computar el *quorum* de votación se deben descontar los siguientes trabajadores (art. 350-2 *in fine*):

- a) Aquellos que no se encuentren actualmente prestando servicios en la empresa por licencia médica o feriado legal. Son trabajadores que tienen suspendido su respectivo contrato individual por circunstancias establecidas en la ley: incapacidad temporal, maternidad y puerperio, enfermedad grave de hijo menor a un año, servicio militar obligatorio, nacimiento y muerte de hijo, fallecimiento de cónyuge. También deberían quedar comprendidos en este supuesto aquellos trabajadores que tienen suspendido su contrato por un acuerdo de las partes, por ejemplo: permiso con o sin goce de remuneraciones.
- b) Aquellos que por requerimientos de la empresa se encuentren fuera del lugar donde habitualmente prestan servicios. En este caso se trata de trabajadores que se encuentran en una comisión de servicio fuera del

¹⁶⁴ Se debe tener en cuenta que la regla vigente antes de la reforma es distinta: los trabajadores aprueban la huelga si la votan favorablemente más del 50% del total de trabajadores involucrados en la negociación colectiva y la última oferta del empleador si no reúnen el *quorum* de la mayoría absoluta para aprobar la huelga. Así, por ejemplo, si 1.000 trabajadores están involucrados en la negociación colectiva y votan favorablemente la huelga 490 y 350 la última oferta del empleador, se habrá acordado esta última. Para aprobar la huelga se requerían 501 votos favorables a ella.

lugar de trabajo o que su labor la realizan dentro y fuera del territorio nacional (por ejemplo, los trabajadores de una aerolínea o de una empresa de transporte)¹⁶⁵.

Se entenderá acordada la huelga cuando la vota favorablemente la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva (descontados aquellos indicados en el art. 350-2 *in fine*).

Aunque los trabajadores aprueben “la última oferta” por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados, el sindicato tendrá un plazo de 3 días contados desde la votación para exigir al empleador “la suscripción de un contrato colectivo con las estipulaciones establecidas en el piso de la negociación” (art. 352-1). Se trata de un “contrato colectivo forzado” porque el empleador no podrá negarse a esta exigencia hecha por su contraparte, salvo que pueda acreditar que las circunstancias económicas de la empresa justifican una rebaja del piso de negociación. El contenido del “contrato colectivo forzado” será el piso de la negociación descrito en el art. 338 del CT, su duración será de 18 meses y se entenderá firmado desde que la comisión negociadora comunique su decisión al empleador (art. 342).

4.5 Ejecución de la huelga

Acordada que sea la huelga, deberá hacerse efectiva a partir del inicio de la respectiva jornada del 5º día siguiente a su aprobación (art. 350-3), a menos que alguna de las partes hubiere solicitado la mediación obligatoria del Inspector del Trabajo, en cuyo caso deberá ejecutarse al inicio del día siguiente hábil al término de la misma (art. 351).

4.5.1 La mediación obligatoria de la Inspección del Trabajo

El CT (art. 351) establece un procedimiento de solución del conflicto laboral

¹⁶⁵ La DT mediante dictamen N°4.606/265, de 02.09.1999 estableció que “para los efectos de determinar el *quorum* necesario para aprobar la huelga o aceptar la última oferta del empleador en el proceso de negociación colectiva que se lleva a efecto en la Empresa de Transportes Luis Corvalán Durán debe considerarse exclusivamente el personal de choferes que a la fecha de dicha votación se encuentra laborando dentro del territorio nacional”.

que podrá ser solicitado una vez acordada la huelga y que consiste en una mediación obligatoria ante el Inspector del Trabajo cuyo objeto es facilitar el acuerdo entre el empleador y el sindicato¹⁶⁶. Este procedimiento existía antes de la ley N°20.940, aunque se le denominaba "actuación de buenos oficios".

La mediación obligatoria podrá ser solicitada dentro de los 4 días siguientes contados desde la aprobación de la huelga. En este caso, no será aplicable el art. 312 del CT y se podrá efectuar la solicitud al Inspector del Trabajo en día sábado, domingo o festivo¹⁶⁷.

La petición de mediación puede ser efectuada por cualquiera de las partes. En el caso del sindicato, la deberá efectuar la comisión negociadora sindical por la mayoría absoluta de sus integrantes. Por el empleador, la deberá solicitar cualquiera de sus representantes establecidos en el art. 4-1 del CT, o bien, los integrantes de la comisión negociadora de la empresa.

El principal efecto de la solicitud de mediación es la suspensión de la ejecución de la huelga por un período de 5 días hábiles, esto es, no deben considerarse los días feriados (art. 50 del Código Civil). Para la Dirección del Trabajo a este plazo le es aplicable el art. 312 y, por lo mismo, si el último día de la mediación vence en día sábado, domingo o festivo se prorrogará hasta el día hábil siguiente¹⁶⁸. La mediación suspende la huelga por el plazo legal, aunque las partes decidan dar por terminado el procedimiento por falta de acuerdo antes de que transcurran los 5 días hábiles.

Según el CT, en el desempeño de su cometido, el Inspector del Trabajo podrá citar a las partes, en forma conjunta o separada, cuantas veces estime necesario, con el objeto de acercar posiciones y facilitar el establecimiento de

166 Los procedimientos de solución de los conflictos colectivos son: (a) el arbitraje, un tercero ajeno a las partes (árbitro) resuelve la controversia mediante una resolución denominada laudo, (b) la mediación, el mediador ofrece soluciones opcionales a las partes en conflicto, eligiendo estas, en su caso, la más conveniente para ambas, y (c) la conciliación, el conciliador se limita a intentar el acuerdo entre las partes y facilitarles la búsqueda de soluciones por sí mismos. Conforme a esta tipología, la mediación obligatoria es una "conciliación".

167 En la práctica, las solicitudes se ingresan en días inhábiles, en el domicilio del Inspector o se envían a través del correo electrónico.

168 Dictamen de la DT N°91/1, de 11.01.2002.

bases de acuerdo para la suscripción del contrato colectivo (art. 351-2). De las audiencias que se realicen ante el Inspector del Trabajo deberá levantarse acta firmada por los comparecientes y el funcionario referido (art. 351-4).

En caso que las partes no alcancen un acuerdo durante el plazo de 5 días hábiles, el Inspector del Trabajo deberá dar por terminada su labor y los trabajadores deberán hacer efectiva la huelga al inicio del día siguiente hábil (art. 351-3).

Lo anterior, a menos que ambas partes le soliciten al Inspector una prórroga de la mediación por un lapso de hasta 5 días. El período de prórroga de la mediación, a diferencia del original, es de días corridos y no hábiles, se podrán solicitar entre 1 a 5 días, y en más de una oportunidad mientras no se exceda de 5 días. El efecto de la prórroga es el aplazamiento de la fecha en que la huelga se debe hacer efectiva (art. 351-3 *in fine*).

4.5.2 Inicio de la huelga

Los trabajadores deberán hacer efectiva la huelga mediante una abstención colectiva de sus labores. Para este efecto, deberán cesar de prestar sus servicios personales a contar de la oportunidad que indica la ley. La ley N°20.940 no permite que las partes acuerden prorrogar el inicio de la huelga.

Si el inicio de la huelga coincide con un día sábado, domingo y festivo, se ha entendido que se debe aplicar el art. 312 y, por ende, prorrogarse el comienzo de la misma hasta el día siguiente hábil¹⁶⁹.

La huelga debe hacerse efectiva "al inicio de la respectiva jornada". Lo anterior significa que, dependiendo del tipo de jornada que tenga pactada el trabajador, la huelga se iniciará "al comienzo de cada uno de los turnos" (trabajador sujeto a sistema de turnos) o "al comienzo de cada uno de los turnos, del respectivo ciclo" (trabajador sujeto a sistema excepcional), en ambos casos, que se inicien dentro del 5° día siguiente al de la aprobación de la huelga¹⁷⁰.

169 Dictámenes de la DT N°4.506/260, de 27.08.1999 y N°2320/185, de 06.06.2000.

170 Dictamen de la DT N°2098/34, de 17.05.2006.

Según la Dirección del Trabajo, los trabajadores que a la fecha en que se debe hacer efectiva la huelga se encuentran laborando en el extranjero o en un lugar del territorio nacional distinto de aquel determinado previamente como de destino final del recorrido, deben hacerla efectiva al inicio de la respectiva jornada de dicho 5º día en el lugar en que se encuentren¹⁷¹.

La Dirección del Trabajo ha establecido que no se puede hacer efectiva la huelga durante el feriado legal establecido en el artículo 41 del Estatuto Docente¹⁷², el feriado colectivo¹⁷³ y los períodos en que cesan las actividades académicas con ocasión de vacaciones de verano, invierno y fiestas patrias en un establecimiento universitario¹⁷⁴. Por lo anterior, en el evento que coincida con tales períodos el día en que deba hacerse efectiva la huelga, el procedimiento de negociación colectiva debe entenderse suspendido respecto de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva, los que deberán hacer efectiva la huelga el primer día hábil en que les corresponda prestar servicios una vez reiniciadas sus labores.

4.5.3 Votaciones durante la huelga

Según el CT (art. 356), hecha efectiva la huelga por los trabajadores, la comisión negociadora de la empresa podrá presentar una "nueva oferta", que deberá cumplir las mismas formalidades y requisitos de publicidad de la "última oferta del empleador" del art. 346.

Esta "nueva oferta" deberá ser votada por los trabajadores involucrados en la negociación, en votación secreta y ante un ministro de fe dentro de los 5 días siguientes a su presentación (art. 356-1). En el caso de la micro y pequeña empresa¹⁷⁵, la votación se realizará dentro de los 2 días siguientes de presentada la nueva oferta (art. 356-2).

171 Dictámenes de la DT N°1476/76, de 24.03.1997 y N°2487/173, de 01.06.1998.

172 Dictámenes de la DT N°2631/201, de 28.06.2000 y N°5408/250, de 16.12.2003.

173 Dictamen de la DT N°801/69, de 01.03.2000 y N°1587/27, de 02.04.2015.

174 Dictamen de la DT N°316/21, de 19.01.1998.

175 Según el art. 505 bis, microempresa es aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores y pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores.

En la votación, los trabajadores deberán pronunciarse sobre la mantención de la huelga o la aceptación de la "nueva oferta" del empleador. La aceptación de la "nueva oferta" deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación (art. 356-1).

Si la "nueva oferta" es rechazada por los trabajadores, el empleador podrá presentar otra, transcurridos 5 días desde su votación. Esta segunda "nueva oferta" deberá ser sometida a votación en los mismos términos y plazos indicados, en la medida que cumpla con las formalidades y publicidad previstas para la "última oferta de empleador" en el art. 346 (art. 356-3).

El empleador podrá ejercer este derecho a presentar "nuevas ofertas" a los trabajadores en huelga para que sean sometidas a votación en forma sucesiva hasta la aprobación de una "nueva oferta" (art. 356-3 *in fine*).

Finalmente, la comisión negociadora sindical podrá convocar a una votación para decidir si el procedimiento de negociación colectiva se somete a un tribunal arbitral con acuerdo del empleador (art. 385-1 y 386-1).

4.5.4 Reanudación de negociación en huelga

El CT (art. 358-1) establece que durante la huelga las partes podrán reanudar las negociaciones las veces que estimen conveniente, sin sujeción a ninguna restricción o regla especial.

4.5.5 Suspensión de la huelga

Según el CT (art. 358-2) las partes podrán acordar la suspensión temporal de la huelga por el plazo que estimen pertinente. El acuerdo deberá ser suscrito por las comisiones negociadoras y depositado en la Inspección del Trabajo. En este caso, también se entenderá suspendido el *lock-out*.

4.5.6 Término de la huelga

Ejecutada la huelga por los trabajadores se podrá prolongar indefinidamente

en el tiempo si las partes no resuelven el conflicto colectivo.

La huelga puede terminar por voluntad colectiva o decisión de la autoridad. No es posible que la huelga termine por voluntad individual porque el art. 357-6 establece que el ejercicio del derecho a reincorporación individual no afectará la huelga de los demás trabajadores. En consecuencia, aunque el porcentaje de trabajadores reincorporados sea mayor que los huelguistas, la huelga continuará hasta que termine por voluntad colectiva o de la autoridad judicial.

4.5.6.1 Por voluntad colectiva

La huelga puede terminar con la suscripción voluntaria (art. 358-3) o forzosa (art. 342-1) de un contrato colectivo entre el sindicato y el empleador, o bien, por la aceptación de una nueva oferta del empleador por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados en la negociación (art. 356-1 *in fine*).

El CT (art. 358-3) prescribe que la firma del contrato colectivo pone fin a la huelga y hará cesar de pleno derecho sus efectos. En este caso, la huelga termina porque las partes en forma libre y espontánea suscriben un contrato colectivo.

El art. 342-1 faculta a la comisión negociadora sindical para poner término al proceso de negociación comunicándole al empleador, por escrito, su decisión de suscribir un contrato colectivo cuyo contenido sea el piso de la negociación. Atendido que empleador no puede negarse a esta exigencia sindical, la doctrina y la jurisprudencia entienden que se celebra un "contrato colectivo forzado"¹⁷⁶ que tendrá una duración de 18 meses y se entenderá firmado desde la fecha en que la comisión negociadora sindical comunique su decisión al empleador.

Según la Dirección del Trabajo, en caso que un proceso de negociación involucre a trabajadores afectos a un contrato colectivo como a dependientes sujetos solo a sus contratos individuales, el "contrato colectivo forzado" será

176 Gamonal (2011), p. 342.

distinto para unos y otros. Para los primeros, será el piso de la negociación colectiva definido en el art. 336-1 y para los segundos, al previsto en el art. 336-2¹⁷⁷.

La comisión negociadora sindical podrá ejercer esta facultad, durante todo el período de negociación, e incluso después de votada y hecha efectiva la huelga. No obstante, en caso que el sindicato no apruebe la huelga, podrá exigir al empleador el contrato colectivo forzado, dentro del plazo fatal de 3 días contado desde la votación (art. 352-1). Si el sindicato no ejerce este derecho dentro del plazo legal, se entiende que los trabajadores han aceptado la última oferta del empleador (art. 352-2)¹⁷⁸.

La huelga termina cuando la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados acepta una nueva oferta del empleador en votación secreta y ante ministro de fe (art. 356-1).

4.5.6.2 Por decisión de la autoridad

Se trata del decreto judicial de reanudación de faenas que está tratado en este capítulo en *infra*. 3.3.

Producido el término de la huelga los trabajadores involucrados en ella deberán reincorporarse a sus labores, al día siguiente de concluida, según la jornada ordinaria convenida en sus contratos. En consecuencia, si este día coincide con uno en que el trabajador debe laborar, estará obligado a prestar sus servicios. De otro modo, se reintegrará al trabajo una vez que haya gozado de su descanso semanal.

Los trabajadores sujetos a un sistema excepcional de distribución de la jornada de trabajo y descansos seguirán la suerte de su turno de origen al término de la huelga: si aquel está cumpliendo su ciclo de trabajo, deberán reintegrarse a

177 Dictamen de la DT N° 4.606/265, de 02.09.1999. El dictamen hace referencia al derogado art. 369-2 del CT, aunque sus conclusiones son plenamente aplicables al nuevo art. 344.

178 Al respecto, véase, dictamen de la DT N°7172/360, de 24.11.1997.

trabajar; y si está en su ciclo de descanso, deberán descansar¹⁷⁹.

4.5.7 La prohibición de reemplazo y el respeto a la libertad de trabajo de los no huelguistas

El CT (art. 345-2) prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga. De esta manera, el empleador no podrá contratar “esquiroles”, esto es, trabajadores que reemplacen a sus propios trabajadores en huelga ni efectuar las actividades que ejecutan los huelguistas mediante el cambio de funciones de los que no están en huelga¹⁸⁰, pero esto no impide que el empleador efectúe las “adecuaciones necesarias” para mitigar las consecuencias de la huelga. Solo cuando el sindicato no provea el equipo de emergencia durante la huelga (art. 359-4) el empleador podría reemplazar a los huelguistas. Tampoco podrá utilizar los servicios de un trabajador transitorio (art. 183-P.b) ni celebrar un acuerdo contractual con una empresa contratista o subcontratista para que sus dependientes realicen las funciones de los huelguistas¹⁸¹.

La prohibición de reemplazo tiene por objeto impedir que el empleador se libere de la presión ejercida por la huelga y mantener una situación productiva

179 Dictamen de la DT N° 2316/39, de 06.06.2011 y N°715/43, de 06.03.2002. De consiguiente, la DT concluye que “el trabajador cuyo contrato de trabajo se suspenda debido a una huelga, mientras se encontraba pendiente total o parcialmente el goce del descanso pertinente al correspondiente ciclo, no puede exigir el otorgamiento proporcional de los días de descanso que garantiza el sistema o su compensación en dinero, toda vez que la declaración de huelga por parte de los involucrados impide generar el derecho al respectivo período de descanso atendida la suspensión de los efectos de la relación laboral en el período en que este debía hacerse efectivo”.

180 Los órganos de control de la OIT han sostenido que el reemplazo de huelguistas por medio de la contratación de trabajadores externos con el objeto de romper una huelga constituye una grave vulneración de la libertad sindical. CLS (200): 632-633 y CEACR (1994): 175. Sin embargo, no existe una prohibición expresa respecto de la sustitución interna de huelguistas, es decir, mediante la reubicación de personal propio al interior de la empresa.

181 La CS ha resuelto que “si existe la posibilidad de designar a otros trabajadores para que realicen las labores cuyo cometido corresponde a los huelguistas, la paralización por parte de estos deja de constituir la instancia necesaria para forzar un acuerdo con el empleador, (...)” (RUJ, rol N°10.444-2014) y que “de aceptarse que el precepto indagado tolera el reemplazo con propios dependientes, aunque aportados por otras sedes, se lesiona en su esencia la suspensión colectiva de funciones en que consiste la huelga legal” (RUJ, rol N°3514-2014). La DT, por su parte, ha resuelto que: “(...) constituye reemplazo de los trabajadores en huelga cualquier modalidad que signifique que trabajadores dependientes de la empresa o ajenas a la misma desarrollen las funciones del personal en huelga” (dictamen de la DT N°1197/61, de 11.04.2002).

igual o cercana a la ordinaria mediante la referida sustitución. Así, pues, lo que se persigue en última instancia es garantizar la efectiva repercusión de la huelga sobre el proceso productivo de la empresa.

El CT establece que no obstante la prohibición de reemplazo, el empleador en uso 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” (art. 403.d-2).

Del mismo modo, en el ejercicio de sus facultades de administración, la empresa principal podrá ejecutar directamente o a través de un tercero, la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga en la empresa contratista o subcontratista (art. 306-5). La prohibición de reemplazo no rige tratándose de terceros que son ajenos a la relación laboral como es la empresa principal respecto de los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas¹⁸². Sin embargo, para garantizar la libertad sindical de los trabajadores en huelga, el CT (art. 405) prohíbe que la empresa principal contrate directa (contrato de trabajo) o indirectamente (contrato civil con otra contratista o subcontratista) a los huelguistas de una empresa contratista o subcontratista y sanciona esta conducta como una práctica desleal de la empresa principal.

En cuanto a los trabajadores que no se encuentran en huelga, el CT (art. 345-3) les garantiza que no verá afectada su libertad de trabajo y la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo. Para este efecto, se configura como práctica desleal que el sindicato y/o los huelguistas impidan, por medio de la fuerza, el ingreso a la empresa de los trabajadores que no están en huelga (art. 404.f).

182 La DT sostuvo un criterio distinto bajo la vigencia de la ley anterior a la reforma, en los siguientes términos: “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” (dictamen N°3403/59, de 28.07.2006).

Los trabajadores no involucrados en la huelga podrán efectuar las funciones convenidas. En el caso de trabajadores que tuvieren pactado una cláusula de polifuncionalidad en su contrato individual (art. 10.3), será necesario advertir que las dos o más funciones alternativas (aquellas que pueden realizarse unas y luego otras, repitiéndose sucesivamente) o complementarias (aquellas que estando expresamente convenidas sirven para completar o perfeccionar las funciones específicas encomendadas) deben ser específicas, esto es, no se admiten cláusulas genéricas o amplias que dejan al arbitrio del empleador las labores a desarrollar o señalan funciones indeterminadas que no dan certeza al trabajador sobre lo que debe hacer. Además, en caso de discordancia entre las funciones que el trabajador ejecuta en la práctica y lo pactado en su contrato, será aplicable el principio de primacía de la realidad que establece que "debe darse preferencia a lo primero, es decir lo que sucede en el terreno de los hechos".

El empleador podría modificar los turnos u horarios laborales de los trabajadores que no están en huelga, unilateralmente, en uso de las facultades establecidas en el art. 12-1 (modificación de la distribución de la jornada convenida hasta en 60 minutos), o convencionalmente (pacto de horas extraordinarias o modificación mediante anexo de la duración y distribución de la jornada laboral). Estará prohibido que el empleador cambie la función del trabajador no involucrado en la huelga para que efectúe el trabajo del huelguista.

En uso de las denominadas "ajustes necesarios", el empleador podría cambiar el sitio o recinto en que labora el trabajador que no está en huelga siempre que quede ubicado dentro del mismo establecimiento en que trabaja. Ello, porque el CT (art. 403.d) sanciona como práctica desleal "el cambio de establecimiento en que deben prestar servicios los trabajadores no involucrados en la huelga para reemplazar a los trabajadores que participan en ella". Asimismo, el trabajador podría ejecutar las tareas que normalmente le corresponden a un trabajador de una categoría inferior a la suya (reemplazo vertical).

Asimismo, en uso de sus facultades de administración, el empleador podrá utilizar los medios tecnológicos a su disposición y que operan

automáticamente, con la finalidad de atenuar los efectos de la huelga. En el caso de la industria de la televisión se podrán emitir programas envasados o grabados, sin intervención humana directa. En la industria minera es posible efectuar labores de extracción con vehículos automatizados que no requieren de un conductor humano. En la industria en general será posible la programación automática de una línea de producción.

La infracción a esta prohibición constituye una violación de la libertad sindical que se tipifica como una práctica desleal grave en el art. 403.d, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. Según el CT (art. 345-5) si el empleador se niega al retiro de los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciarlo al juez laboral. La denuncia se tramitará conforme al procedimiento de tutela laboral, aunque no deberá efectuarse una mediación previa a la misma. El sindicato es facultado para esta acción o hacerse parte de la denuncia presentada por la Inspección del Trabajo. El juez laboral, revisados los antecedentes de la denuncia, ordenará al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento de multa de 50 a 100 UTM, la que podrá repetirse hasta que se cumpla la medida ordenada por el tribunal. Además, según el art. 400 del CT, el juez competente podrá disponer, como medida de reparación, una indemnización del daño causado a los afectados por la infracción a la prohibición de reemplazar trabajadores en huelga.

4.5.8 La reincorporación individual del trabajador

El derecho a huelga del trabajador es individual. Por ello, el CT (art. 357) faculta al trabajador a descolgarse de la huelga y, consecuentemente, dejar de ser parte de la negociación colectiva y no quedar afecto al contrato colectivo o laudo arbitral que ponga término al procedimiento en el que se encuentra involucrado¹⁸³. En caso que el trabajador acepte la reincorporación individual

¹⁸³ La regla anterior a la reforma también permitía el reintegro individual del trabajador, aunque el trabajador descolgado de la huelga continuaba vinculado a la negociación colectiva y era parte del contrato colectivo que se firmara con el sindicato si aquello ocurría. De otro modo, si se reintegraba individualmente a sus labores más de la mitad de los trabajadores involucrados, la huelga terminaba. En este caso, los trabajadores descolgados quedaban afectos a la oferta de reintegro individual que habían aceptado y los demás huelguistas no reintegrados a las condiciones establecidas en la última oferta del empleador. Al respecto, véase, el dictamen de

lo hará en las condiciones contenidas en la "última oferta" del empleador. Si el trabajador se reincorpora individualmente deberá comenzar a prestar sus servicios personales para el empleador en el acto de la aceptación de la oferta de reintegro individual, que no es otra, que la "última oferta" del empleador. Por lo anterior, la ley N°20.940 no permite que el empleador pueda efectuar una oferta distinta de reintegro individual que no sea su "última oferta"¹⁸⁴ ni podrá oponerse a la reincorporación individual de los trabajadores, a menos que haya declarado el *lock-out*¹⁸⁵.

Según el CT (art. 357-6) el ejercicio del derecho a reincorporación individual no afectará la huelga de los demás trabajadores, los que deberán continuar con su medida de presión. Ello, porque se derogó el art. 383-2 que establecía que, si se reintegraba más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación, la huelga terminaba al final del mismo día que se producía este hecho.

El empleador, por su parte, no podrá ofrecer o aceptar la reincorporación individual de los huelguistas (art. 357-1 y 3) sino a partir del día décimo sexto (empresas medianas y grandes) o sexto (micro y pequeñas empresas), en ambos casos, contados desde el inicio de la huelga, y siempre que su "última oferta" contemple a lo menos lo siguiente (art. 357-2):

- a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del IPC determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último

la DT N°2392/103, de 08.06.2004 que en su parte pertinente concluye que: "en un proceso de negociación colectiva reglado es posible celebrar un contrato colectivo que contenga distintas condiciones de trabajo y de remuneraciones respecto de los involucrados, ya sea, que existan o no trabajadores reintegrados individualmente a sus labores, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos 381, 382 y 383 del Código del Trabajo, y la época o condiciones en que se hubieren reincorporado".

184 El derogado art. 381-8 establecía que los trabajadores que optaban por reintegrarse individualmente a sus labores, lo hacían, al menos, en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador. Por lo mismo, era posible que el empleador hiciera una oferta de reintegro individual mejor que su última oferta.

185 El derogado art. 383 permitía al empleador oponerse al reintegro individual de los huelguistas. El único límite era que el empleador no podía discriminar entre ellos al oponerse al descuelgue de la huelga.

reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento. Si hay instrumento colectivo vigente, las "idénticas estipulaciones" corresponderán al piso de la negociación colectiva definido en el art. 336-1. Lo anterior, porque según la ley N°20.940 las "idénticas estipulaciones" deben ser expresadas "con los valores que corresponda pagar a la fecha de término del contrato". O sea, se deben reajustar según la variación del IPC habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del contrato.

Si no hay instrumento vigente, las "idénticas estipulaciones" corresponderán al piso de negociación previsto en el art. 336-2, esto, es la respuesta del empleador, la que no podrá contener beneficios inferiores a los que de manera regular y periódica haya otorgado a los trabajadores que represente el sindicato, sin considerar el reajuste por IPC.

- b) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del IPC para el período del contrato, a partir de la suscripción del mismo. Esta condición obliga al empleador a ofrecer el primer reajuste de las remuneraciones y beneficios estipulados cuando se cumple un año contado desde la firma del nuevo contrato y, así sucesivamente, por cada período anual hasta el término del mismo.

La "última oferta" del empleador no solo debe cumplir el contenido mínimo contemplado en el art. 357-2 sino que deberá haber sido formulada con las formalidades y en la oportunidad establecida en el CT (art. 346).

En caso que el empleador no hubiere formulado una "última oferta" con las formalidades, condiciones y la oportunidad prevista en párrafos precedentes, podrá ofrecer o aceptar la reincorporación individual de los huelguistas (art. 357-4) a partir del trigésimo día (empresas medianas y grandes) o décimo sexto (micro y pequeñas empresas), en ambos casos, contados desde el inicio de la huelga.

5. Efectos del derecho a huelga

5.1 Respecto del contrato de trabajo

El CT (art. 355-1) establece que durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo, respecto de los trabajadores y del empleador que se encuentren involucrados en la huelga. En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de sus remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de tal contrato. El contrato no se extingue, sino que las obligaciones recíprocas de los huelguistas y del empleador afectado por la huelga quedan en suspenso.

Los trabajadores en huelga dejan de concurrir al trabajo sin que el empleador los pueda despedir (la ausencia se encuentra justificada por el ejercicio del derecho a huelga) ni imponerle una sanción (la ley excusa al trabajador de prestar sus servicios personales). La huelga no suspende el deber de buena fe de los huelguistas. Por lo mismo, podrían ser sancionados o despedidos, previo desafuero judicial, en caso de incumplimiento a este deber durante la huelga.

El empleador, por su parte, queda liberado de su obligación de remunerar al trabajador en huelga. La doctrina vigente de la Dirección del Trabajo ha resuelto que la suspensión de la obligación de remunerar a los huelguistas se refiere exclusivamente a aquellas remuneraciones y beneficios que, por la no prestación de trabajo efectivo durante la huelga, no se devengan ni son exigibles en relación a los días de huelga. En consecuencia, no resultan afectados por la suspensión temporal del contrato de trabajo aquellas remuneraciones o beneficios, periódicos o esporádicos, que se devengan en función de un evento (las asignaciones por nacimiento, matrimonio o fallecimiento de un familiar y el reembolso de gastos médicos), una fecha (los aguinaldos de fiestas patrias y navidad) o un tiempo (gratificación y bono de vacaciones), aunque el evento acaezca, la fecha ocurra o el tiempo se cumpla durante la huelga¹⁸⁶. De este modo, la suspensión contractual solo afectará

¹⁸⁶ La doctrina está desarrollada en los siguientes dictámenes de la DT: N°6751/222 de 14.10.1991; N°1759/89, de 25.03.1994; N°3709/188, de 14.06.1995; N°3747/194 de 16.06.1995; N°1360/73 de 30.03.1998; N°2571/29, de 28.06.2013 y N°395, de 20.01.2015.

la oportunidad en que el trabajador en huelga podrá exigir el pago de estas remuneraciones y beneficios al empleador: una vez que haya terminado la huelga.

Respecto del pago de anticipos, la Dirección del Trabajo ha resuelto que si un trabajador laboró la quincena anterior al inicio de la huelga se devengó el pago de la remuneración por dicho período, razón por la cual los efectos propios de la huelga no podían afectarle si estos comenzaron con posterioridad, por lo que no existe impedimento alguno para el pago de remuneración y su anticipo como se encuentra acordado entre las partes, pago que procede efectuar en proporción a los días laborados¹⁸⁷.

El Código del Trabajo permite a los huelguistas pagar voluntariamente las cotizaciones previsionales o de seguridad social en los organismos respectivos (art. 355-3). En consecuencia, durante la huelga, serán de cargo del trabajador aquellas cotizaciones previsionales que son financiadas por el empleador: 2,4% por seguro de cesantía, 1,1% por SIS y 0,95% por seguro social de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales más la cotización adicional diferenciada que sea del caso.

Si un huelguista se acoge a licencia médica después de iniciada la huelga, el empleador no la debe recibir ni tramitar, salvo que se trate de licencias médicas que sean la continuación de otras extendidas con anterioridad (sin solución de continuidad y por el mismo diagnóstico). En este último caso, el trabajador, previa certificación de la Inspección del Trabajo de la dificultad de tramitar la licencia, deberá llevarla directamente al organismo que deba pronunciarse respecto de ella. Asimismo, en el caso de licencias médicas extensas que se hayan iniciado durante la huelga, tales como las del descanso pre y post natal, procede la tramitación y autorización de aquella parte de la licencia que exceda el período de huelga.

187 Dictamen de la DT N°625/42, de 05.02.1997.

5.2 Respeto de los huelguistas

El CT autoriza a los dependientes en huelga a efectuar trabajos temporales, fuera de la empresa, sin que ello signifique el término del contrato con el empleador (art. 355-2). Por lo mismo, el contrato de trabajo que un huelguista celebre con otro empleador durante la huelga será válido y producirá todos sus efectos.

5.3 Respeto de los trabajadores que no están en huelga

El CT (art. 345-3) establece que 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. Por ende, los no huelguistas estarán obligados a prestar sus servicios durante la huelga y su empleador a pagarles la remuneración convenida.

Si los no huelguistas se ven impedidos de trabajar debido a una huelga en su empresa, como consecuencia de la actuación de piquetes de huelguistas que les obstaculizan el acceso a las instalaciones, el empleador no estará obligado a pagar las remuneraciones de estos trabajadores por no ser imputable a él la falta de prestación de servicios.

5.4 Respeto del empleador

El empleador continuará administrando la empresa durante la huelga y, ejerciendo sus potestades de variación y dirección, podrá modificar los turnos u horarios de trabajo (unilateral o bilateralmente), 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.

Uno de los principales conflictos entre el derecho a la huelga con otros derechos es el de la huelga frente al derecho de la libertad económica. En efecto, han sido muchísimos los casos que se han visto enfrentados nuestros tribunales de una colisión entre ambos derechos.

Si bien las colisiones de derechos deben ser vistas caso a caso, dado lo errático del análisis de nuestros tribunales frente a estos temas, es necesario efectuar un análisis pormenorizado de la cuestión tratándose de una huelga realizada en una empresa que se encuentra en un delicado momento financiero teniendo en cuenta su acceso al crédito, sus fuentes de financiamiento disponibles, su disponibilidad de activos exógenos y endógenos para ser entregados en garantía, y sus obligaciones para con acreedores financieros.

Sobre este caso en particular, estimamos que claramente se vulneraría la libertad económica consagrada en el art. 19.21 de la CP de hacerse efectiva la huelga. Para llegar a dicha respuesta es necesario tener presente el método de ponderación de Alexy, según el cual, para determinar si existe una vulneración de derechos fundamentales es necesario seguir 3 etapas. En la primera, se establecen los grados de insatisfacción o detrimento del primer principio. En la segunda, se establece la importancia de satisfacer el principio contrario. Finalmente, en la tercera etapa, se establece si la importancia de satisfacer el último principio justifica el detrimento o la insatisfacción del principio opuesto¹⁸⁸.

En el caso en concreto tenemos que la insatisfacción del derecho a la huelga implica que se puede seguir ejerciendo dicho derecho pero que no se podrá aplicar en el caso de un momento financiero delicado. Por otro lado, la importancia de la insatisfacción recae en que, de producirse la huelga en el caso en cuestión, las personas naturales no podrían llevar a cabo sus proyectos económicos en tanto existe un gran obstáculo, esto es, la paralización de actividades en periodos de próxima insolvencia económica de la empresa¹⁸⁹.

188 Alexy (2005), p. 78.

189 Refuerza este argumento lo dicho por los profesores Carlos Carmona y Enrique Navarro respecto al art. 19.21 de la Constitución: "El derecho a desarrollar cualquier actividad económica significa que toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todos tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma, ilícita, y lo son solo las que la propia CPR menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen". Navarro y Carmona (2015).

De esta manera, claramente la paralización de actividades económicas implica un obstáculo importante a la facultad de iniciar una actividad lucrativa por parte de una empresa. De lo dicho, resulta a todas luces sensato justificar una insatisfacción del derecho a la huelga respecto a este caso especialísimo.

Ahora bien, esta sería la regla general, la cual obviamente podría verse exceptuada por otras consideraciones. En ese sentido, si la huelga es producto de prácticas antisindicales de los empleadores estimamos que aun cuando la huelga se haya producido en situaciones próximas a la insolvencia, dicha huelga es justificada y no se vería afectada por la libertad económica. Pero si la huelga es llamada por razones meramente económicas dicha huelga deviene en ilegal y debería primar la libertad de emprendimiento. Lo anterior es de toda lógica, pues claramente al empleador que ha actuado contra la libertad sindical debe ser tratado de una forma más rigurosa que aquel empleador que no ha actuado de la forma señalada¹⁹⁰.

6. El cierre temporal o *lock-out*

6.1 Concepto

Según el CT (art. 353-2), "se entiende por cierre temporal de la empresa o *lock-out* el derecho del empleador, una vez iniciada la huelga, a impedir temporalmente el acceso de todos los trabajadores a la empresa, predio o establecimiento".

El cierre temporal de la empresa constituye una medida de presión de empleador que se puede declarar solo cuando los trabajadores han hecho efectiva la huelga. Por lo mismo, el *lock-out* admitido por el CT tiene un carácter defensivo: su objeto es presionar a los huelguistas para que depongan su paralización¹⁹¹. Para este efecto, el empleador le impide el acceso a la empresa o establecimiento a todos los trabajadores, estén o no en huelga.

190 Lizama Castro (2016), p. 5.

191 El *lock-out* agresivo u ofensivo tiene por objeto vaciar o dejar sin contenido el derecho a la huelga. Esto es, constituye una medida de represalia o retorsión del empleador en contra de los trabajadores. El CT no lo admite como un medio legítimo del empleador.

El *lock-out* podrá ser total o parcial (art. 353-3).

Es total cuando afecta a todos los trabajadores de la empresa o establecimiento.

Es parcial cuando afecta a todos los trabajadores de uno o más establecimientos de una empresa. Los establecimientos que no sean afectados por el cierre temporal podrán seguir funcionando con normalidad (art.353-5). En todo caso, según el CT (art. 353-4), para declarar el *lock-out* parcial será necesario que en el establecimiento respectivo haya trabajadores involucrados en el proceso de negociación que lo origine.

6.2 Procedimiento

Según el art. 354-1 del CT para que el empleador pueda declarar el *lock-out* es necesario que la huelga: (a) afecte a más del 50% del total de trabajadores de la empresa, predio o establecimiento, según si es total o parcial, o bien, (b) signifique la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, sin considerar el porcentaje de trabajadores en huelga. Se ha entendido que son "actividades imprescindibles" aquellas que no son sustituibles o reemplazables y resultan necesarias de tal modo que no es posible sin ellas la función en conjunto de la empresa o establecimiento¹⁹².

Si concurren alguna de las circunstancias de hecho indicadas precedentemente, el empleador podrá ejercer su derecho al *lock-out*. Los trabajadores afectados por el cierre temporal, estén o no en huelga, podrán reclamar de la declaración efectuada por el empleador ante la Inspección del Trabajo. Esta deberá resolver la reclamación en un plazo de 3 días contados desde que le fuere formulada. La resolución de la Inspección del Trabajo será reclamable por la parte afectada ante el juez laboral conforme el procedimiento monitorio (art. 354-2).

A diferencia de la huelga, el cierre temporal, sea total o parcial, tiene una duración determinada. El CT (art. 353-6) dispone que el *lock-out* no podrá extenderse más allá de los 30 días contados de la fecha en que se hizo efectiva la huelga o del día de su término, cualquiera sea el hecho que ocurra primero.

192 Thayer (1993), p. 189.

El cierre temporal es accesorio a la huelga, por lo mismo: el plazo máximo de 30 días solo será posible cuando se el empleador lo haya declarado el mismo día en que se hace efectiva la huelga, y terminada la misma, concluirá necesariamente el *lock-out*.

Sin perjuicio de las reglas contempladas en el CT sobre duración del *lock-out*, el empleador tendrá derecho a terminarlo cuando lo estime pertinente.

Si el *lock-out* termina por el hecho de concluir la huelga que lo originó, los trabajadores no involucrados en la negociación colectiva se reincorporarán a sus labores en las mismas condiciones existentes al tiempo en que el empleador declaró el cierre temporal y los huelguistas deberán hacerlo en las condiciones acordadas entre el empleador y el sindicato para poner término a la negociación colectiva.

Si el *lock-out* termina y la huelga continúa, los trabajadores afectados por el cierre temporal y que no estaban en huelga deberán reintegrarse en las mismas condiciones que tenían al declararse el cierre temporal y los huelguistas deberán continuar con su paralización.

6.3 Efectos

El cierre temporal produce los mismos efectos que la huelga: los contratos individuales de trabajo se entienden suspendidos para el empleador y los trabajadores. En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios, ni el empleador al pago de las remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato (art- 355-1).

Sin perjuicio de lo anterior, el CT (art. 355-3 *in fine*) establece una excepción: el empleador deberá pagar las cotizaciones previsionales o de seguridad social de aquellos trabajadores afectados por el *lock-out* y que no se encuentren en huelga. Esto significa que durante el *lock-out*, el empleador deberá pagar tanto aquellas cotizaciones previsionales que son de cargo de los trabajadores (10% para la AFP, 7% para FONASA o Isapre y 0,6% para la AFC) como las que debe soportar a su propio costo (0,95% para el ISL o las mutualidades más la

cotización adicional diferenciada, 1,1% para el SIS, 2,4% para la AFC).

Según el CT (art 355-5), el *lock-out* no afectará a los trabajadores impedidos de negociar colectivamente. Por lo mismo, los trabajadores definidos en el art. 305-1 estarán obligados a prestar sus servicios personales para el empleador mientras dure el cierre temporal.

Los establecimientos no afectados por el cierre temporal parcial continuarán funcionando normalmente (art. 355-4).

CAPÍTULO 5

Los procedimientos judiciales en la negociación colectiva

El Código del Trabajo regula en el Título VIII del Libro IV los procedimientos judiciales en la negociación colectiva. Según la materia, el procedimiento podrá ser ordinario, monitorio, tutela laboral o especial ante la Corte de Apelaciones.

1. El tribunal competente

Según el CT (art. 399) es competente para conocer de las cuestiones a que dé origen la aplicación del Libro IV sobre negociación colectiva: el Juzgado de Letras del Trabajo del domicilio del demandado o el del lugar donde se presten o se hayan prestado los servicios, a elección del demandante.

Con la excepción de la reclamación de la determinación de las empresas sin derecho a huelga, en cuyo caso, deberá efectuarse ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre domiciliado el reclamante, a elección de este último (art. 402-1).

2. Las materias específicas

Respecto de procedimiento judicial en la negociación colectiva, el CT establece las siguientes materias que son susceptibles de reclamaciones, impugnaciones o requerimientos a la jurisdicción¹⁹³:

¹⁹³ Es del caso señalar que el art. 303-2 del CT establece que para determinar si dos o más empresas

2.1 Prohibición de negociar colectivamente

El trabajador o el sindicato al que se encuentre afiliado podrán reclamar a la Inspección del Trabajo por la inclusión de esta cláusula prohibitiva en el contrato individual. La resolución de la Inspección del Trabajo podrá reclamarse a través del procedimiento monitorio ante el juez laboral, dentro del plazo de 15 días contados desde su notificación (art. 305-3).

2.2 Requerimiento de información por vía administrativa y judicial

Si el empleador no entrega la información en la forma y plazos establecidos en el CT, el sindicato afectado podrá solicitar a la Inspección del Trabajo que requiera al empleador para que la proporcione. En caso que la gestión administrativa no prospere, el sindicato podrá recurrir al juez laboral en procedimiento monitorio (art. 319-1 y 2). El juez, previa revisión de los antecedentes, ordenará en la primera resolución que el empleador haga entrega de la información, bajo el apercibimiento legal contemplado en el art. 492-1, esto es: aplicación de multa de 50 a 100 UTM, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada.

2.3 Impugnaciones y reclamaciones

El art. 340.f del CT establece que la resolución administrativa que decide el recurso de reposición contra la resolución dictada por el Inspector o el Director del Trabajo, según sea el caso, que se pronuncia respecto de las impugnaciones y demás reclamaciones sobre el proyecto de contrato colectivo o de su respuesta, podrá ser reclamada judicialmente dentro del plazo de 5 días, conforme al procedimiento monitorio.

2.4 Reemplazo de huelguistas

El art. 345-4 del CT tipifica el reemplazo de huelguistas por parte del

deben ser consideradas como un solo empleador para efectos de la negociación colectiva se deberá iniciar un juicio ordinario conforme lo dispone el art. 3 del CT. El art. 507-2 del CT establece que esta acción no puede interponerse durante el período del proceso de negociación colectiva reglado.

empleador como una práctica desleal grave. La Inspección del Trabajo queda habilitada para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. Si el empleador se niega al retiro, la Inspección del Trabajo deberá denunciarlo al juez laboral conforme el procedimiento de tutela laboral (art. 345-5). El sindicato también podrá efectuar esta denuncia, o bien, hacerse parte en la denuncia de la Inspección.

2.5 Declaración de lock out

Conforme el art. 354-2 del CT, el sindicato puede reclamar ante la Inspección del Trabajo de la calificación de las circunstancias de hecho que ha efectuado el empleador para declarar el *lock out*. Esta resolución administrativa será reclamable ante el juez laboral conforme el procedimiento monitorio. El CT no establece plazo para la reclamación judicial.

2.6 Declaración de empresas sin derecho a huelga

El art. 362-5 del CT permite a la empresa o a los afectados, reclamar judicialmente de la resolución conjunta que califica las empresas en las que sus trabajadores no pueden declarar la huelga mediante un procedimiento especial regulado el art. 404 del CT¹⁹⁴.

Esta reclamación se debe efectuar por el afectado ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre domiciliado el reclamante, a su elección dentro de los 15 días siguientes a la publicación de la resolución conjunta en el Diario Oficial, cumpliendo las siguientes reglas (art. 402-1):

- El reclamante deberá indicar en su escrito, con precisión, la resolución objeto del reclamo, la o las normas legales que se suponen infringidas, la forma como se ha producido la infracción y, finalmente, cuando procediere, las razones por las cuales el acto le perjudica. Si el escrito no cumple con estas exigencias, la Corte podrá declarar inadmisibles la reclamación.

¹⁹⁴ La STC N°3112-16-CPR declaró inconstitucional la expresión "el o" y la palabra "sindicatos" del art. 402, atendido que la disposición reducía a los sindicatos el derecho a reclamar judicialmente de la determinación de las empresas que no tienen derecho a huelga. Esta sentencia reitera la decisión del TC de declarar incompatible con la CP la idea de titularidad sindical en la negociación colectiva.

- Los afectados con el reclamo judicial podrán hacerse parte en el mismo conforme las normas generales.
- La Corte podrá decretar orden de no innovar cuando la ejecución del acto impugnado le produzca un daño irreparable al recurrente.
- Recibida la reclamación, la Corte requerirá de informe conjunto a los ministros de Economía, Trabajo y Defensa que suscribieron la resolución conjunta, concediéndole un plazo de 10 días al efecto.
- Evacuado el traslado o teniéndosele por evacuado en rebeldía, la Corte podrá abrir un término de prueba, si así lo estima necesario, el que se registrará por las reglas de los incidentes que contempla el CPC.
- Vencido el término de prueba, se ordenará traer los autos en relación. La vista de esta causa gozará de preferencia para su inclusión en la tabla.
- La Corte, en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la rectificación del acto impugnado y la dictación de la respectiva resolución, incluyendo o excluyendo a la empresa, según corresponda.
- En todo aquello que no estuviere regulado por el presente artículo, regirán las normas establecidas en el COT y en el Código de Procedimiento Civil (CPC), según corresponda.

2.7 Reanudación de faenas

El o los sindicatos, la empresa o la Dirección del Trabajo podrán solicitar al juez laboral que decrete la reanudación de faenas, conforme al procedimiento monitorio (art. 363). En ese caso, para iniciar el procedimiento monitorio no será necesario que el solicitante haya deducido un reclamo ante la Inspección del Trabajo (art. 363-2).

Una vez ejecutoriada la sentencia definitiva que ordene la reanudación de faenas deberá notificarse a la Dirección del Trabajo para que esta cite a las partes a una audiencia para los efectos de designar al tribunal arbitral que deberá resolver la negociación colectiva (art. 363-4).

2.8 Servicios mínimos y equipos de emergencia

La resolución que emita la Dirección Regional del Trabajo o el Director del Trabajo, según sea el caso, sobre calificación de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia (art. 360- 11) y aquella que dicte el Inspector del Trabajo respecto de la conformación de los equipos de emergencia (art. 361-3) no tienen previsto un procedimiento a través del cual se pueda reclamar ante el juez laboral. Es más, respecto de la resolución del Director Regional del Trabajo sobre servicios mínimos y equipos de emergencia se prevé reclamo ante el Director del Trabajo mediante el recurso jerárquico (art. 360-11 *in fine*) y en cuanto a la conformación de las cuadrillas de emergencia se contempla la posibilidad de recurrir de reposición ante el propio Inspector que dictó la resolución (art. 361-3 *in fine*). Esto es: solo son reclamables mediante recursos administrativos.

Sin perjuicio de lo establecido en el CT, en el caso que las resoluciones administrativas vulneren algunos de los derechos fundamentales contemplados en el art. 20 de la CP será posible interponer la acción de protección ante la Corte de Apelaciones que corresponda. Aunque, también conforme el art. 504 del CT.

3. El procedimiento aplicable

El procedimiento judicial dependerá de la materia específica de que se trate:

3.1 El procedimiento monitorio será aplicable a:

- La prohibición de negociar colectivamente (art. 305-3)
- El requerimiento de información (art. 319-1 y 2)
- Las impugnaciones y reclamaciones (art.340.f)
- La calificación del *lock out* (art. 354-2)
- La reanudación de faenas (art. 363)

3.2 El procedimiento de tutela laboral es aplicable a:

- El reemplazo de huelguistas (art. 345-4 y 5).
- Las prácticas desleales del empleador en la negociación colectiva (art. 403).

- Las prácticas desleales de los trabajadores, de las organizaciones sindicales y del empleador en la negociación colectiva (art. 404).
- La práctica desleal de la empresa principal en la negociación colectiva (art. 405).

En el caso del reemplazo de huelguistas, el art. 400 establece una regla especial que permite al juez laboral disponer, como medida de reparación, una indemnización del daño causado a los afectados por la infracción a la prohibición de reemplazar trabajadores en huelga.

En cuanto a las prácticas desleales, el art. 407 dispone que los titulares de esta acción son el empleador y la o las organizaciones sindicales. En cuanto a la Inspección del Trabajo, el CT le impone el deber de denunciar al juez laboral *“los hechos que estime constitutivos de prácticas desleales en la negociación colectiva, de los cuales tome conocimiento”* [art. 407-2 *in fine*].

El art. 407-3 le impone una doble obligación a la Dirección del Trabajo:

- Llevar un registro de las sentencias condenatorias por prácticas desleales en la negociación colectiva, y
- Publicar semestralmente la nómina de empresas y organizaciones sindicales infractoras que hayan sido condenadas¹⁹⁵.

Para estos efectos, el juez laboral deberá enviar a la Dirección del Trabajo copia de los fallos condenatorios por prácticas desleales.

3.3 El procedimiento especial ante la Corte de Apelaciones del art. 402 es aplicable a la declaración de empresas sin derecho a huelga.

4. Los efectos de la interposición de acciones judiciales

Conforme el art. 401 del CT, en los procedimientos judiciales a que dé lugar el ejercicio de las acciones previstas en el Libro IV del CT, el Tribunal podrá

¹⁹⁵ Las mismas obligaciones se encuentran previstas en el art. 294 bis del CT respecto de las prácticas antisindicales.

mediante resolución fundada, disponer la suspensión de la negociación colectiva en curso.

La resolución que suspende el procedimiento de negociación colectiva podrá ser apelada (art. 401-2).

CAPÍTULO 6

Otros temas

La ley N°20.940 también introdujo modificaciones a otras materias no directamente relacionadas con el ejercicio del derecho de negociación colectiva, con el objeto de complementar o reforzar los cambios estructurales al sistema de relaciones laborales.

1. Ampliación del catálogo de conductas discriminatorias del Código del Trabajo

La ley N°19.759 tuvo por objeto adaptar las normas laborales internas a los tratados internacionales ratificados por nuestro país, en particular, al Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, (núm. 111) de la OIT.

A partir de la entrada en vigencia de la referida ley, el art. 2, y en específico, lo dispuesto en sus incisos tercero, cuarto y quinto, definió como criterios sospechosos de discriminación "aquellas distinciones, exclusiones o preferencias que se basaren en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social". Este catálogo, a partir de la entrada en vigencia de la ley N°20.940, en análisis, pasará a incorporar los siguientes nuevos criterios sospechosos de discriminación:

- Situación socioeconómica
- Idioma
- Creencias
- Participación en organizaciones gremiales
- Orientación sexual
- Identidad de género
- Filiación
- Enfermedad o discapacidad.

Así, y a contar de la entrada en vigencia de la ley, el art. 2-4 del CT pasará a componerse de ocho nuevos criterios que podrán considerarse como discriminatorios en los términos ya regulados por el texto legal, ampliando así el catálogo existente.

2. Sistemas excepcionales de distribución de la jornada de trabajo y descansos

Respecto a este punto, el proyecto original planteado por el Gobierno suprimía en este proceso la intervención de la Dirección del Trabajo como ente encargado de revisar y autorizar estos regímenes, reenviando su regulación y aplicación a la autonomía de la voluntad de trabajadores y empleadores mediante los denominados “pactos de condiciones especiales de trabajo”.

Estos pactos, como modelo acotado de flexibilidad laboral, pretendían mediante el proyecto original conferir a las partes autonomía en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, de modo que de forma libre y soberanamente y sin más límite que los derechos mínimos e irrenunciables garantizados por la ley, pudieran definir de consuno, además de la regulación de estos sistemas excepcionales, las siguientes materias: (a) regulación de jornada pasiva y actos preparatorios, (b) generación de bancos de horas extraordinarias, (c) régimen de trabajo para dependientes que tuvieren responsabilidades familiares y (d) distribución de jornada ordinaria semanal, pudiéndose distribuir ésta en 4 días de trabajo por 3 de descanso, en las condiciones y términos previstos por la ley. De esos pactos solo los dos últimos se mantuvieron en tramitación, una vez presentado el veto supresivo por el Ejecutivo.

Luego, y para el caso que nos ocupa, al aprobarse por el Congreso Nacional los términos contenidos en el veto supresivo, se mantuvo la intervención de la Dirección del Trabajo y solo se modificó el inciso final del art. 38 del CT, en relación a la vigencia de las resoluciones que autorizan los sistemas excepcionales, reduciendo su duración de un máximo de 4 a 3 años.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de aquellas autorizaciones que hubieren sido otorgadas por la Dirección del Trabajo antes de la entrada en vigencia de la ley, prevista para el 1 de abril de 2017, se dispuso que aquellas mantendrán sin modificación su vigencia y duración en caso que se hubieren concedido por el máximo de 4 [art. 4º.-2].

Con todo, resulta necesario considerar para la debida inteligencia de la regla contenida en el artículo transitorio antes referido, que el legislador ha utilizado el verbo "dictar" en referencia a las resoluciones que autoricen tal sistema de distribución de jornadas antes de la entrada en vigencia de la ley N°20.940, de modo que será únicamente la resolución que emane de la DT, autorizando la jornada solicitada, el supuesto de hecho que fijará el régimen jurídico aplicable y el máximo de tiempo en que podrán extenderse estos sistemas, sin incidir o tener relevancia alguna la fecha u oportunidad en que estos fueren solicitados ante la propia autoridad administrativa.

3. Vigencia de la ley

De acuerdo al art. 1t. de la ley N°20.940, esta entrará en vigencia a contar del primer día del séptimo mes contado desde la fecha de publicación en el Diario Oficial, esto es: el 1 de abril de 2017, sin perjuicio de las excepciones establecidas en la propia ley.

En consecuencia, la nueva ley define efectos específicos a considerar dentro del periodo de vacancia legal, en los siguientes términos:

3.1 Negociación colectiva reglada y vigencia de instrumentos colectivos suscritos antes del 1 de abril de 2017

El art. 2t. dispone que la ley aplicable a los procesos de negociación colectiva quedará fijada de acuerdo a la normativa vigente a la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo.

Por tanto, aquellos que se inicien durante el periodo de vacancia legal (entre el 8 de septiembre de 2016 y el 31 de marzo de 2017), se regirán por el Libro IV del CT en los términos regulados antes de la ley N°20.940.

Respecto de los instrumentos colectivos suscritos por sindicatos y grupos negociadores antes de la entrada en vigencia de la ley N°20.940, el art. 2t. dispone que estos o aquellos se mantendrán vigentes hasta la fecha que se hubiere convenido en su texto.

3.2 Los servicios mínimos y los equipos de emergencia

De manera excepcional, el art. 3t. dispone que empleadores y organizaciones sindicales quedarán habilitadas a contar de la publicación de la ley para definir las labores que corresponda calificar como servicios mínimos dentro de la empresa, detallando tanto las operaciones que quepan dentro de esa denominación como el número de trabajadores y las competencias profesionales o técnicas con las que estos deban contar, conformándose así el denominado "equipo de emergencia" [art. 360-1 y -2]. De ese acuerdo deberá levantarse un acta detallando sus términos, la cual será suscrita por el empleador y la(s) organización(es) sindical(es) respectivas, copia de la cual deberá remitirse a la IT dentro del plazo de 5 días [art. 360-7].

Sin perjuicio de lo anterior, ante el caso que se iniciaren procesos de negociación colectiva reglada dentro del plazo de 6 meses contados desde la entrada en vigencia de la ley en empresas donde no se hubiere alcanzado el acuerdo antes referido, los empleadores podrán requerir la calificación de esos servicios mínimos y la conformación de los equipos de emergencia ante la Dirección Regional del Trabajo respectiva [art. 360-8 al 11], conforme lo señalado en *supra*. 3.2.2.2 del capítulo 4.

3.3 Delegado del personal

No obstante ser suprimida la figura del delegado sindical a contar de la entrada en vigencia de la ley N°20.940, aquellos que hubieren sido electos en dicha condición antes de la fecha de su publicación mantendrán tal calidad y contarán con todas las prerrogativas que le reconocía el derogado art. 302 del CT hasta la expiración de su mandato [art. 5t.].

3.4 Adecuación de estatutos sindicales

Los sindicatos que de conformidad a las modificaciones impuestas por ley N°20.940 deban adecuar sus estatutos (por ejemplo: cuotas de género), tendrán el plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de la ley para tales efectos [art. 6t.].

3.5 Dictación de Reglamentos

Dentro del plazo de 6 meses contados desde la publicación de la ley, los Ministerios del Trabajo y Previsión Social y de Hacienda deberán dictar los Reglamentos señalados tanto en el art. 385 del CT sobre arbitraje en los procesos de negociación colectiva, como aquellos contenidos en los arts. 2 y 11 de la ley N°20.940 en lo concerniente a la administración y organización del nuevo Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, y respecto a la designación de los miembros y normas generales de funcionamiento del Consejo Superior Laboral, respectivamente [art. 7t.].

3.6 Constitución del Consejo Superior Laboral

Este Consejo se constituirá dentro del plazo de 60 días contados desde la publicación de su Reglamento [art. 11 de la N°20.940] en el Diario Oficial.

3.7 Informe de seguimiento del Consejo Superior Laboral

Este Consejo deberá, dentro de los 3 años siguientes contados desde la entrada en vigencia de la ley N°20.940, deberá emitir un informe anual emitido tanto

a la Presidencia de la República como al Congreso Nacional dando cuenta del seguimiento y evaluación sobre la implementación y aplicación de sus disposiciones, requiriendo antecedentes, opiniones técnicas y formulando recomendaciones [art. 9t.].

4. Modificaciones a las leyes N°19.886 de “Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios” y N°19.518 que fija el “Estatuto de Capacitación y Empleo”

La Ley dispone modificaciones a las leyes antes señaladas en los siguientes temas:

4.1 Preferencias y condiciones ventajosas para la postulación a la licitaciones o procesos de contratación con el Estado [art. 13 de la ley N°20.940]

Dentro del marco de preferencias y ventajas establecidas en el art. 6 de la ley N°19.886 para aquellos oferentes que cumplan con mejores condiciones en materia de empleo y remuneración de sus dependientes, el art. 13 de la ley N°20.940, agrega a dicho articulado un nuevo inciso tercero, reconociendo como parte de esas preferencias y ventajas para la adjudicación en procesos de licitación o contratación de servicios, la suscripción o extensión de instrumentos colectivos al interior de la empresa o que suscriban o hicieren extensivos instrumentos suscritos con organizaciones suprasindicales, en los siguientes términos: “[t]ambién se dará prioridad, en los términos del inciso primero, a las empresas que mantengan vigentes convenios colectivos con las organizaciones sindicales representativas de sus trabajadores o que le hagan aplicables a estos convenios colectivos acordados por otros empleadores u organizaciones gremiales de empleadores, suscritos de conformidad a las reglas del Título X del Libro IV del Código del Trabajo”.

4.2 Creación de nuevos programas de capacitación e instrucción con cargo al Fondo Nacional de Capacitación y Empleo [art. 14 de la ley N°20.940]

En términos similares a lo dispuesto en la letra a precedente, se ampliará la cobertura de programas regulados en el Estatuto de Capacitación y Empleo [art. 46], agregando como destinatarios de ejecución de acciones de capacitación a los trabajadores de empresas de menor tamaño que mantengan vigentes o apliquen convenios colectivos suscritos con Federaciones o Confederaciones Sindicales, de conformidad a lo dispuesto en el Título X del Libro IV del CT.

5. El Consejo Superior Laboral

Dentro de las innovaciones presentes en la ley N°20.940, se crea el denominado "Consejo Superior Laboral", el cual estará compuesto por 9 consejeros que representarán, en números iguales: al Estado, empleadores y organizaciones sindicales, constituyéndose en una entidad tripartita cuya principal misión será "[c]olaborar en la formulación de propuestas y recomendaciones de políticas públicas destinadas a fortalecer y promover el diálogo social y una cultura de relaciones laborales justas, modernas y colaborativas en el país" [art. 4].

Este Consejo contará además con una Secretaría Técnica que estará radicada en la Subsecretaría del Trabajo y será la encargada de proveer la infraestructura y los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento [art. 10].

Conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la ley N°20.940, serán funciones de este Consejo, las siguientes:

- Elaborar, analizar y discutir propuestas y recomendaciones de política pública en materia de relaciones laborales y mercado del trabajo.
- Proponer iniciativas destinadas a incentivar la creación de empleos, aumentar la productividad y elevar la participación laboral de mujeres, jóvenes, personas con discapacidad y trabajadores vulnerables, mejorando su empleabilidad.
- Efectuar, por sí o a través de terceros, estudios o investigaciones de diagnóstico sobre el estado de las relaciones laborales y funcionamiento del mercado de trabajo en el país.
- Formular propuestas sobre los criterios generales para la asignación de los recursos del Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales

Colaborativas.

- Informar las materias que se le encomienden expresamente a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.
- Rendir en el mes de abril de cada año un informe anual de sus actividades, propuestas y el resultado de las mismas al Presidente de la República y al Congreso Nacional. Este informe deberá publicarse a través de la página web del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Luego, en términos de orgánica y funcionamiento, el Consejo Superior Laboral presentará las siguientes características:

5.1 Miembros del Consejo

Como se indicó, estará compuesto por un total de 9 consejeros, los cuales, cumpliendo con el requisito de contar con una reconocida trayectoria en el ámbito de las relaciones laborales y mercado del trabajo, serán designados de la siguiente manera:

- Representantes del Estado de Chile: los Ministerios del Trabajo y Previsión Social, Hacienda y Economía, escogerán un consejero cada uno.
- Representantes de los empleadores: se designarán 3 consejeros por las organizaciones de empleadores más representativas del país, asegurándose que uno de ellos represente a las organizaciones de empresas de menor tamaño.
- Representantes de los trabajadores: por su parte, los 3 consejeros restantes serán designados por las centrales sindicales más representativas a nivel nacional.

Los consejeros durarán por un periodo de 4 años, renovable por un periodo adicional. Sin perjuicio de lo que determinará el Reglamento que se dicte para efectos de su funcionamiento [art. 11 de la ley N°20.940], los cargos de Consejeros se renovarán parcialmente al cabo de 2 años.

Al menos un tercio del total de Consejeros deberán ser mujeres.

Los consejeros no serán remunerados mientras ejerzan sus funciones al

interior del Consejo Superior Laboral.

5.2 Autoridades dentro del Consejo

Los consejeros deberán escoger entre ellos quienes ocupen el cargo de Presidente y Vicepresidente, cargos que se ejercerán por un periodo de 2 años, no renovables.

5.3 Sesiones

El Consejo sesionará de forma ordinaria y extraordinaria, debiendo concurrir al menos cinco de los consejeros para la validez de la sesión. Sesionará ordinariamente al menos una vez al mes, mientras que de forma extraordinaria cada vez que el Presidente del Consejo o al menos cinco de los consejeros en ejercicio así lo requieran.

Los acuerdos a los que arribe el Consejo deberán ser aprobados por la mayoría absoluta de los presentes en sesión, dirimiendo el Presidente del Consejo en caso de empate.

Además, y en caso que sea necesario, el Consejo podrá invitar a las sesiones a expertos nacionales o internacionales en la materia cuando así lo estime pertinente, o bien, requerir la presencia en ellas de funcionarios de la Administración del Estado.

5.4 Cesación en el cargo

Los consejeros cesarán en el cargo en caso de verificarse algunas de las siguientes causales:

- Expiración del plazo por el que fueron nombrados.
- Por renuncia presentada ante el Presidente del Consejo.
- Por falta grave al cumplimiento de sus funciones, en los términos previstos por el Reglamento.
- Por remoción de las organizaciones o autoridades que los hubieren designado.

ABREVIATURAS

art.	Artículo
c.	considerando
CA	Corte de Apelaciones
CC	Código Civil
CEACR	Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT
CGR	Contraloría General de la República
CLS	Comité de Libertad Sindical de la OIT
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Constitución Política de la República de Chile
CPC	Código de Procedimiento Civil
CS	Corte Suprema
CT	Código del Trabajo
DL	Decreto Ley
DT	Dirección del Trabajo o Director del Trabajo
IPC	Índice de Precios al Consumidor
IT	Inspección de Trabajo o Inspector del Trabajo
JLT	Juez de Letras del Trabajo
MIPE	micro y pequeña empresa
MTPS	Ministerio del Trabajo y Previsión Social
OS	Orden de Servicio
OIT	Organización Internacional del Trabajo
p.	página
pp.	páginas

RUJ	recurso de unificación de jurisprudencia
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros
t.	transitorio
TC	Tribunal Constitucional
UTM	Unidad Tributaria Mensual

La cita de los artículos, entre corchetes, indica el texto legal (CT), el artículo seguido de una coma (, art. X), el inciso seguido de un guion (-X) y si se trata de un numeral seguido de un punto seguido (.X). Ejemplos:

El artículo 344 del Código del Trabajo es: [CT, art. 344]

El inciso segundo del artículo 344 del Código del Trabajo es: [CT, art.344-2]

El numeral 16 del artículo 19 de la Constitución es: [CP, art. 19.16]

El inciso quinto del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución es: [CP, art. 19.16-5]

BIBLIOGRAFÍA

- Ales y Novitz (2010).** Ales, Edoardo y Novitz, Tonia (eds). *Collective action and fundamental freedoms in Europe. Striking the balance*. Social Europe Series 23, Intersentia, Oxford (2010).
- Alexy (2005).** Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos fundamentales*, Distribuciones Fontamara, México (2005).
- Buendía (2016).** Buendía, Ricardo. *Reemplazo de trabajadores en huelga: análisis normativo nacional y comparado*, tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile (2016).
- Caamaño (2008).** Caamaño, Eduardo. "El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXX, Valparaíso (2008), pp. 265-291.
- CLS (2006).** *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta edición, Ginebra (2006)
- CEACR (1994).** *Libertad sindical y negociación colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones de la OIT*, Ginebra (1994)
- Ermida (2011).** Ermida, Oscar. *Apuntes de huelga*, tercera edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo (2011).
- Fariña (2009).** Fariña, Lautaro. *Regulación del sueldo en el Código del Trabajo. Implicancias prácticas de la ley N°20.281*, Thomson Reuters, Santiago (2009).

- Fernández (2014).** Fernández, Raúl. "La constitución de sindicatos con fines ilícitos y sus efectos jurídicos en el derecho del trabajo chileno", en *Ius et Praxis*, vol. 20, N°2, Talca (2014), pp. 157-208.
- Gamonal (2011).** Gamonal, Sergio. *Derecho colectivo del trabajo*, segunda edición, Legal Publishing, Santiago (2011)
- Gernigon, Otero y Guido (2000).** Gernigon, Bernard; Otero, Alberto y Guido, Horacio. "Principios de la OIT sobre la negociación colectiva", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, N° 1, Ginebra (2000), pp. 37-59.
- Humeres (2005).** Humeres Noguera, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo II, 17ª edición, Editorial Jurídica de Chile (2005).
- Lanata (2012).** Lanata, Gabriela. *Sindicatos y Negociación Colectiva*, Thomson Reuters, Santiago (2012).
- Lizama Castro (2016).** Lizama Castro, Diego. *Límites al derecho a la huelga* (inédito).
- Navarro y Carmona (2015).** Navarro, Enrique y Carmona, Carlos (editores), "Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)", en Cuadernos del Tribunal Constitucional N°59, Santiago (2015).
- Riquelme y Abarca (2015).** Riquelme, Verónica y Abarca, Manuela. *Más mujeres en los sindicatos. Sectores con alta sindicalización femenina*, Aportes al debate Laboral N°33, Dirección del Trabajo, Santiago (2015).
- Rojas (2007).** Rojas, Irene. "Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral", en *Ius et Praxis*, año 13, N°2, Talca (2007), pp. 195-221.
- Tapia (2005).** Tapia, Francisco. *Sindicatos en el derecho chileno del trabajo*, Editorial Lexis Nexis, Santiago (2005)
- Thayer (1993).** Thayer, William. *Sindicatos y negociación colectiva. Análisis de la nueva legislación Ley N°19.069*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (1993).
- Thayer y Novoa (2000).** Thayer, William y Novoa, Patricio. *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2000).
- Toledo (2013).** Toledo, César. *Tutela de la libertad sindical*, Thomson Reuters, Santiago (2013).
- Wass (2014).** Wass, Bernd (ed). *The Right to Strike. A Comparative View*, Wolters Kluwer, The Netherlands (2014).

