

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CHILE*

.....
* Conferencia dictada por el autor en el Seminario "Negociación Colectiva en el Mercosur y Chile", realizado en San Pablo, el 13 y 14 de diciembre de 1999.

Sergio Gamonal Contreras*

1 Planteamiento general

En la presente exposición nos abocaremos al análisis de los rasgos fundamentales de la negociación colectiva en Chile.

Sin duda, un tema tan general y extenso puede ser abordado desde diversas perspectivas, lo que nos obliga a la adopción de un criterio de análisis que puede no ser el más completo, pero que define un método de aproximación al sistema jurídico chileno de negociación colectiva y sus particularidades.

Para ello dividiremos nuestro trabajo en dos grandes partes destinadas a caracterizar los rasgos principales del sistema de negociación en el sector privado y público de nuestro país. Más adelante exponemos un cuadro comparativo del panorama negocial entre ambos sectores, consignando las perspectivas futuras y algunas conclusiones sobre el análisis realizado.

En el desarrollo de esta exposición nos centramos en los principios y tendencias, sin entrar al análisis detallado del derecho positivo. Además, debemos hacer presente que la situación es muy distinta según se trate del sector privado o público. En el primero la legislación expresamente reconoce la posibilidad de negociar colectivamente. En el segundo está prohibido, sin embargo la negociación colectiva por área y más dinámica se da en dicho sector, sin perjuicio de su ilegalidad.

En líneas generales podemos decir que el sistema de negociación chileno es más bien reglamentarista, con un derecho estatal extremadamente regulador de las relaciones colectivas del trabajo, y una autonomía colectiva que se desarrolla sólo en un ámbito concedido u otorgado por la ley.

A nivel constitucional se consagran principios como el derecho de sindicación, la negociación colectiva y la autonomía colectiva (arts. 19 n^º 16 y 19). La libertad

.....
* Profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez.

sindical se encuentra especialmente contemplada por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por los Convenios 87 y 98 de la OIT, todos ratificados por Chile y con un valor normativo constitucional por expresa disposición del artículo 5º de la Constitución de 1980.¹

No obstante lo dicho, el panorama cambia a nivel legal y práctico. El Código del Trabajo consagra sus libros III y IV a las organizaciones sindicales y a la negociación colectiva, respectivamente. En líneas generales la legislación contempla la negociación colectiva en el sector privado en forma particularmente restrictiva de la libertad sindical, centrandó la negociación en la empresa, equiparando a las coaliciones de trabajadores con los sindicatos, limitando la huelga a ser una etapa del proceso negociador y facultando al empleador a contratar reemplazantes durante el desarrollo de la misma.

En la realidad práctica, negociación colectivamente sólo el 7,3% de los trabajadores activos,² generalmente representados por un sindicato,³ en procesos negociadores en las grandes empresas y en algunas medianas. El movimiento sindical es bastante débil, con una tasa aproximada de afiliación del 16,3% de la población activa.⁴ Si bien las normas legales pudieran ser estimadas inconstitucionales, los Tribunales, la Dirección del Trabajo y los operadores del derecho sindical no cuestionan su constitucionalidad.

Por ello podemos hablar de un derecho sindical a dos bandas en el sector privado, una de rango constitucional que consagra la libertad sindical, y otra de nivel legal muy limitativa de la misma.

Por el contrario, en el sector público es diferente, ya que el marco constitucional y legal no contempla la negociación colectiva y prohíbe la huelga. Sin embargo la realidad es muy distinta y cada año son más las negociaciones colectiva ilegales en dicho sector.

2 La negociación colectiva en el sector privado

2.1 Marco legal

La Constitución Política y el Código del Trabajo establecen el derecho de los trabajadores para negociar colectivamente en la empresa en que laboren.

Según el Código del Trabajo, la negociación colectiva puede ser formal o reglada e informal o no reglada.

La negociación formal o reglada se encuentra rigurosamente detallada y limitada en el Código del Trabajo. Podemos distinguir dos tipos de negociación formal:

¹ En esta materia, consultar Sergio Gamonal Contreras (1999b, p.75-90 e 1999c, p.81-91).

² Cf. Lagos, 1999, p. 70.

³ De los trabajadores cubiertos por negociación colectiva en el sector privado en 1996, el 76% negoció representado por sindicatos y el 24% representado por grupos negociadores o coaliciones transitorias de trabajadores. Cf. Feres N., 1997, p. 9.

⁴ Como dato ilustrativo, podemos consignar que la tasa de afiliación sindical en el sector privado alcanzó al 16,3 % del total de la población asalariada en 1998, cifra que se eleva 19,9% incluyendo a la población afiliada a las Asociaciones de Funcionarios Públicos. Consultar Temes Laborales, *Dirección del Trabajo*, año 5, n° 13, sep. 1999, p. 9-10.

a nivel de empresa o establecimiento y la que abarca a más de una empresa. Esta última ha sido casi inexistente en la práctica, debido a que la ley exige un acuerdo previo por escrito de los sindicatos respectivos con los eventuales empleadores para negociar a este nivel, sin que los trabajadores puedan recurrir a huelga u otros medios de presión para inducir a negociar a la parte patronal.

Por su parte, la negociación formal o reglada a nivel de empresa es la forma común de negociar en el sector privado. Los pactos o acuerdos que se generan en su virtud, son denominados Contratos Colectivos.

La negociación no reglada o informal no está sujeta a formalidad alguna y los acuerdos que se produzcan son denominados Convenios Colectivos. La particularidad de esta negociación es que, no obstante su informalidad, sus efectos son determinados por el Código (asimilándolos al Contrato Colectivo salvo algunas excepciones), y los sujetos colectivos se encuentran impedidos de recurrir a medios de autotutela (especialmente huelga y cierre patronal) ya sea para negociar o llegar a acuerdo. Se trata de una negociación que depende de la voluntad de ambas partes y que es minoritaria en Chile.⁵

La negociación informal o no reglada ha servido para que algunos empleadores actuando de mala fe impongan individualmente a cada trabajador un "texto de convenio colectivo", amparados en los textos legales que hablan de que

"sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, con acuerdo previo de las partes, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse, entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales o grupos de trabajadores, cualquiera sea el número de sus integrantes, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios, aplicables a una o más empresas, predios, obras o establecimientos por un tiempo determinado" (art. 314).

Estos convenios aparentes han sido denominados convenios colectivos impropios o de adhesión múltiple y son rechazados por la doctrina y la jurisprudencia administrativa. Lamentablemente, el criterio de los tribunales ha sido distinto (Guerrero, 1998, p.90 ss).

En los próximos acápite nos abocaremos al estudio de la negociación colectiva formal por empresa, por constituir la regla general en materia de negociación colectiva en Chile.

2.2 Definición

El Código define la negociación colectiva como el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de

⁵ Según estadísticas de 1995-1996, el 69,2% de los instrumentos firmados fueron contratos colectivos (negociación colectiva formal) y el 30,8% convenios colectivos (negociación colectiva informal). Ver Feres N., María Ester, 1997, p.10.

establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado (art. 303).

2.3 Ámbito objetivo

La negociación colectiva puede tener lugar en las empresas del sector privado⁶ y en aquellas en que el Estado tenga aportes, participación o representación.

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

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

El Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción determinará las empresas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritarios en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que dichas unidades tendrán el carácter de empresas para todos los efectos de este Código (art. 304).

Además, el Código establece que desde el inicio de actividades de la empresa deberá esperarse un año para poder negociar colectivamente (art. 308).

2.4 Ámbito subjetivo

El Código dispone que no podrán negociar colectivamente (art. 305):

- a. los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra y faena transitoria o de temporada;
- b. los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración;
- c. las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores;
- d. los trabajadores que de acuerdo con la organización interna de la empresa ejerzan dentro de ella un cargo superior de mando e inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización.

De la circunstancia de no poder negociar colectivamente por encontrarse el trabajador en alguno de los casos señalados en los números 2, 3 y 4 deberá dejarse constancia escrita en el contrato de trabajo y, a falta de esta estipulación, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente.

⁶ El Código define la empresa en términos amplios, como toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad determinada (art. 3º).

2.5 Procedimiento

El procedimiento de negociación se encuentra completamente reglamentado, desde la presentación del proyecto hasta las tratativas y la firma del contrato colectivo.

El Código impone, entre otras materias, el contenido mínimo del proyecto de contrato (art. 325) y de la respuesta del empleador (art. 329).

Es así como en materia de negociación colectiva el Código del Trabajo determina el como, o sea el procedimiento, a través del:

Quién: Los sujetos que representan a las partes (art. 315 y 326).

Los trabajadores pueden ser representados colectivamente por un sindicato o por una coalición o agrupación transitoria de trabajadores, que cuente con similar quórum para formar un sindicato de empresa.⁷

Dónde: Las instancias ante las cuales se presenta el proyecto (arts. 324 y 330).

Cuándo: La oportunidad para negociar (arts. 317 y ss. y 322).

Para Qué: Los fines de la negociación (art. 303).

Qué: El contenido, las materias (art. 306).

2.6 Autotutela

Los mecanismos de autotutela se encuentran absolutamente restringidos en Chile.

La huelga sólo es considerada legal en el sector privado, dentro del proceso de negociación colectiva reglada o formal del Código, una vez transcurridos los plazos establecidos y siempre que se cumplan los requisitos estatuidos en la ley (arts. 370 y ss.).

La huelga debe ser votada en forma secreta, ante ministro de fe, dentro de cierto plazo. Si la huelga no es votada en el plazo legal, o ejecutada una vez aprobada, o su aprobación es rechazada, la ley presume que los trabajadores aceptan la última oferta del empleador. Por ello el Código dispone que los votos deben ser impresos y contener sólo dos opciones: "última oferta del empleador o huelga" (arts. 370 y 372, 373 y 374).

Ejecutada la huelga, empleador puede contratar trabajadores reemplazantes desde el 15º día. Excepcionalmente, lo puede hacer desde el primer día, siempre que su última oferta contenga los siguientes requisitos (art. 381):

- a. Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento, y

⁷ El quórum es similar pero no idéntico ya que se calcula sobre el total de trabajadores involucrados en la negociación, a diferencia del quórum para formar un sindicato de empresa que se calcula sobre el total de los trabajadores de la misma.

- b. Una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses.

Además la ley reglamenta detalladamente las posibilidades de reincorporación o reintegro a sus labores por parte de los trabajadores en huelga (arts. 381 a 383).

Ejecutada la huelga el contrato de trabajo se entiende suspendido (por tanto los trabajadores no deben prestar sus servicios y el empleador no debe pagar las remuneraciones, beneficios y regalías derivadas del contrato) y los trabajadores pueden efectuar trabajos temporales fuera de la empresa sin que ello signifique el término de su contrato con el empleador (art. 377).

El Código en el caso de huelga en servicios esenciales dispone de tres mecanismos:

- a. Equipos de emergencia, a solicitud escrita del empleador, cuando la huelga provoca un daño actual o irreparable en los bienes materiales de la empresa o establecimiento o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales (art. 380).
- b. Reanudación de faenas, decretada por el Presidente de la República, cuando la huelga cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes y servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (art. 385).

En estos casos el Código establece un arbitraje obligatorio a fin de solucionar el conflicto.

- c. Prohibición preventiva de huelga: Esta última situación grafica adecuadamente los límites establecidos respecto de la huelga. En efecto, el Código estatuye que no podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que (art. 384):
 - a. Atiendan servicios de utilidad pública, o
 - b. Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

En los casos a que se refiere este artículo, si no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio en los términos establecidos en esta ley.

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo, será efectuada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción.”

En cuanto al cierre patronal o lock-out, el empleador puede declararlo cuando la huelga afecte a más del 50% del total de trabajadores de la empresa o

establecimiento, o signifique una paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento (art. 376).

El cierre patronal puede ser total o parcial. El primero es cuando se impide temporalmente el acceso a todos los trabajadores de la empresa, y el segundo cuando afecta a todos los trabajadores de uno o más establecimientos de la empresa. El lock-out no podrá extenderse más allá del día de término de la huelga o del trigésimo día desde que la huelga se hizo efectiva (art. 375).

2.7 Contenido

El contenido de la negociación está directamente determinado por el Código que dispone que son materias de negociación todas aquellas que se refieren a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo (art. 306 inciso 1º).

Luego, dispone que no serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma (art. 306 inciso 2º).⁸

2.8 Instrumentos

Firmado el acuerdo entre las partes queda perfeccionado el contrato colectivo (art. 344). La denominación convenio colectivo se reserva para los acuerdos de la negociación informal (arts. 31.4 y 351).⁹

2.9 Obligación de negociar y contratar

Llegado el vigésimo día de presentado el proyecto, si el empleador no le ha dado respuesta, rige el proyecto de los trabajadores. Además, la ley multa al empleador con el 20% de la remuneración del último mes de los trabajadores involucrados en la negociación (art. 332).

⁸ El contenido de la contratación colectiva en Chile, es fundamentalmente remuneracional. La Dirección del Trabajo ha informado que de un total de 2.504 instrumentos colectivos durante 1996 encontramos, en porcentajes decrecientes, las siguientes cláusulas: aguinaldo de navidad (76%), de fiestas patrias (75%), asignación de movilización (72%), asignación escolar (65%), de colación (60%), de natalidad (54%), indemnización por años de servicio convencional (39%), pago de licencias médicas (35%), gratificación convencional garantizada (31%), incentivos y bonos (26%), paseo anual (20%), capacitación (20%), pago de permisos sindicales (15%) y asignación de antigüedad mensual (12%). Ver Feres N., 1997, p.13.

Además, estudios recientes dan cuenta de que el 25% de los instrumentos colectivos vigentes han incorporado cláusulas de productividad dentro de las formas de remuneración. Consultar Del Ríos, 1998, p.2.

Según la Encuesta Nacional de Coyuntura Laboral, ENCLA, realizada en 316 empresas con negociación colectiva, los beneficios adicionales a los remuneratorios de los instrumentos colectivos son los siguientes: medidas de bienestar 29,1%; capacitación 27,8%; higiene y seguridad 28,2%; mejoras en el entorno de trabajo 21,2%; cláusulas de productividad 23,1%; mejoras en implementos de trabajo 22,4%; participación e información 18,9%; aspectos relativos a jornada de trabajo 15,8%; sistemas de incentivos 21,5%; otros beneficios de importancia 13,2%. Ver Lagos, 1999, p.71.

Finalmente, debemos citar un interesante trabajo del profesor Francisco Tapia Guerrero (s/d, p.229-340), donde analiza tres casos reales de relaciones colectivas y negociaciones particularmente exitosas entre las organizaciones sindicales y los empleadores. Se trata de la Industria Azucarera Nacional (IANSA), de CODELCO CHILE (Corporación del Cobre) y de la Compañía de Teléfonos de Chile. En todas estas situaciones los actores han asumido el desafío de la modernización pactando alianzas estratégicas que involucran a los sindicatos y sus trabajadores y que se proyectan más allá del restrictivo marco legal existente para la negociación colectiva reglada del sector privado.

⁹ En esta materia, consultar Errázuriz, 1998, p.76 ss.

Dado los límites al derecho de huelga, este mecanismo es esencial para que haya negociaciones. Por ello, en la negociación formal o reglada que abarca a más de una empresa, la inexistencia de la obligación de negociar y contratar ha implicado su muy escasa aplicación en los hechos.

2.10 Efectos

El Código reglamenta en forma detallada los efectos del contrato colectivo.¹⁰ Para este análisis ocuparemos la clásica distinción entre cláusulas obligatorias y normativas.

Respecto de las obligatorias, las encontramos en la contratación colectiva cada vez que el contrato contiene estipulaciones que obligan directamente a las partes contratantes, como por ejemplo si se pacta la designación de un árbitro encargado de interpretar el contrato, o si se acuerda una cláusula de pago de los permisos sindicales.

Por su parte, la eficacia subjetiva o personal es limitada en el contrato colectivo, el cual sólo es aplicable a aquellos trabajadores expresamente representados en el proceso negociador, salvo cuando el empleador extiende los beneficios estipulados en el contrato colectivo a los trabajadores que ocupen los mismos cargos o desempeñen similares funciones (art. 325 n° 1, 338 n° 1 y 346).¹¹

En cuanto a la eficacia normativa, la imperatividad del contrato colectivo se encuentra establecida expresamente en el Código del Trabajo (art. 348 inciso primero), al estatuir que las disposiciones del contrato colectivo reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales que se encuentren comprendidos en su ámbito de aplicación.

Por su parte, la ley contempla la inderogabilidad in pejus del contrato colectivo al disponer que las estipulaciones de un contrato individual no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del contrato colectivo por el que esté regido. O sea, nuestro legislador hace primar la autonomía colectiva por sobre la autonomía privada individual (art. 311).

Por otro lado, el Código establece que una vez extinguido el contrato colectivo sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales respectivos con excepción de las referidas a la reajustabilidad de las remuneraciones y demás beneficios pactados en dinero, ya los derechos y obligaciones que sólo pueden ejercerse colectivamente (art. 348 inciso segundo).

¹⁰ Sobre esta materia, ver Contreras, 1998b, p.64-72.

¹¹ Sobre el efecto extensivo del contrato colectivo ver Contreras, 1998c, p.77 ss.

3 La negociación colectiva en el sector público

3.1 Marco Legal

El sector público, en un sentido amplio de la palabra, desde el punto de vista laboral, comprende a todos aquellos que trabajan para el Estado, cualquiera sea su estatuto jurídico particular.¹²

Dentro del sector público hay que distinguir dos ámbitos distintos: el de la administración pública propiamente tal, que está regida, por un Estatuto Administrativo, y un sector de empresas del Estado, cuyos trabajadores se encuentran regidos por el Código del Trabajo y leyes complementarias. Cabe precisar que los trabajadores de las empresas del Estado se rigen por las normas de los sindicatos del sector privado.

Desde una perspectiva de derecho positivo en Chile no existe libertad de negociación colectiva en el sector público.

Tanto la Constitución Política (art. 19 n° 16) como el Código del Trabajo radican la negociación colectiva en las empresas del sector privado y en las empresas estatales cuando el Estado tenga aportes, participación y representación, con excepción de aquellas que dependen del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de dicho Ministerio, y aquellas en que las leyes especiales lo prohíban (art. 304).

La ley n° 19.296 establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado. Estas agrupaciones no pueden negociar colectivamente y menos recurrir a la huelga. En efecto, respecto de la autotutela colectiva, la Carta Fundamental y el Código del Trabajo sólo consideran legal la huelga y el cierre patronal que se dan dentro de un procedimiento reglado de negociación colectiva del sector privado. Fuera del mismo la huelga y el lock-out son ilegales (art. 370 y siguientes).

La Constitución prohíbe expresamente la huelga de los funcionarios del Estado y de las municipalidades. Consecuente con la anterior, la ley n° 19.296, sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado, no reconoce el derecho de huelga para estos funcionarios (art. 19 n° 16 inciso final).

Por su parte, la ley n° 12.927, sobre Seguridad del Estado, contempla penas corporales y multas a los responsables de "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, producido 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..." (art. 11).

¹² Acerca de la extensión del concepto de sector público, ver el Informe Nacional de Chile sobre Negociación Colectiva en este sector, elaborado por Walker Errázuriz Gamonal Contreras, para el XVI Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social a realizarse en septiembre del año 2000.

Por la tanto, en Chile, desde una perspectiva meramente legal, cualquier negociación entre el Estado y sus funcionarios es extra legal o atípica. No obstante lo dicho, en los hechos se producen numerosas negociaciones informales en el sector público chileno, que generan acuerdos y protocolos que a veces son verdaderos contratos colectivos, con huelgas y paralizaciones ilegales a fin de presionar a la autoridad respecto de una determinada pretensión.

La legislación siempre ha prohibido que se negocie colectivamente en el sector público, sin embargo, la gran cantidad de huelgas y negociaciones ilegales e informales ya era una preocupación de la doctrina laboral hace treinta años.¹³

3.2 Principales rasgos

En cuanto a las causas de la negociación en este sector, se trata de una suerte de “vuelta a los orígenes del derecho colectivo o sindical”, situación que se produce cuando el ordenamiento estatal prohíbe o restringe más allá de la razonable la negociación colectiva a determinados grupos de trabajadores. En Chile, la negociación al margen de la ley en el sector público es consecuencia de la existencia de un marco legal especialmente restrictivo de la autonomía colectiva.

Además, la negociación en el sector público es expresión de la “expansión del derecho sindical”, producida en el derecho comparado y también en nuestro país. Caracterizaremos las negociaciones colectivas informales del sector público de la siguiente forma:¹⁴

- a. Se trata de negociaciones entre el Gobierno y agrupaciones representativas de los trabajadores.
- b. Son negociaciones informales, extra legales e ilegales desde una perspectiva de derecho positivo y donde el procedimiento negociador es acordado por las partes.
- c. Se basan en el gran poder de convocatoria de los trabajadores, expresado en huelgas o paralizaciones ilegales que logran presionar a las autoridades a fin de negociar colectivamente.

Los acuerdos alcanzados en las negociaciones del sector público son pactos, de rango colectivo, que establecen y reglamentan las condiciones de trabajo de un determinado colectivo de trabajadores. Se trata de verdaderos “contratos colectivos atípicos”, por no estar contemplados en el Código del Trabajo y responder a la definición ya la función de contrato colectivo generalmente aceptada en la doctrina, como “todo acuerdo escrito concluido entre representantes de los trabajadores y de

¹³ Sobre el particular ver Linares, 1965, p.49.

¹⁴ En esta materia consultar Contreras, 1998a, p.79-85 y 1999a, p.82-91.

los empleadores, que tenga por objeto reglamentar o regular las condiciones de empleo o de trabajo” (De La Villa Gil, Becedas & Escartin, 1991, p.177).

En cuanto a sus funciones, la principal y más importante es la función normativa, en compañía de las funciones de paz, obligatoria y de gestión.

Respecto de su contenido, es interesante la amplitud de materias de los contratos colectivos atípicos del sector público, en comparación con la negociación colectiva reglada del sector privado, sobre todo en lo relativo a la prohibición que el Código establece en el sector privado de restringir o limitar la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa.

Desde una perspectiva legal, los acuerdos o pactos colectivos atípicos del sector público son “extralegales”. Por su parte, las huelgas o paralizaciones que se desarrollan como presión para concretar su acuerdo son todas ilegales, lo que podría implicar la ilegalidad de los instrumentos colectivos atípicos pactados.

Asimismo, en las huelgas o paralizaciones ilegales podría sancionarse a los responsables según lo dispuesto en el artículo 11 de ley nº 12.927. Sin embargo, las autoridades no han solicitado que se aplique esta norma ante las paralizaciones que se han realizado y han preferido negociar con los trabajadores.

Lo anterior por razones de orden político, sociológico (gran fuerza de los grupos negociadores – del sector salud y educación, entre otros) y jurídico, ante la inconveniencia de una legislación anticuada y excesivamente limitativa de un fenómeno social cada vez más aceptado y legitimado.

El ordenamiento jurídico no les otorga validez a los pactos colectivos del sector público, lo que no obsta a que generalmente las partes ejecuten escrupulosamente las obligaciones contenidas en los mismos, básicamente por las mismas razones que las llevaron allegar aun acuerdo. Siempre existe la posibilidad de que los trabajadores recurran nuevamente a las paralizaciones en el caso de incumplimiento del acuerdo, lo cual refuerza su fuerza obligatoria.

Los efectos de estos contratos atípicos del sector público serán los que las partes determinen, teniendo en algunos casos un amplio efecto normativo y, además, un efecto obligatorio para los sujetos colectivos contratantes. Por otra parte, algunos acuerdos son posteriormente sancionados como materias de ley, encontrándonos ante la denominada “legislación contratada”.

4 Cuadro comparativo de ambos sectores

A continuación realizaremos un esquema comparativo entre la negociación colectiva reglada del Código del Trabajo y la negociación colectiva atípica del sector público:

	SECTOR PRIVADO negociación colectiva reglada o formal	SECTOR PÚBLICO
Sujetos	La ley determina en forma precisa qué sujetos colectivos pueden negociar, incluso cuando se trata de trabajadores agrupados exclusivamente para tal fin.	En la negociación atípica del sector público existe gran flexibilidad en los sujetos colectivos negociadores, por su falta de regulación legal.
Obligación de negociar	Existe obligación de negociar, por parte del empleador, cuando se trate de negociación a nivel de empresa y se cumplan los requisitos legales.	En el sector público la negociación es voluntaria para ambas partes.
Obligación de contratar	En la negociación típica el empleador está obligado a contratar, cuando se trate de negociación a nivel de empresa y se cumplan los requisitos legales.	En la negociación atípica del sector público no existe obligación de contratar
Procedimiento	Se encuentra expresamente detallado por el Código del Trabajo	Las partes acuerdan expresa o tácitamente el cómo, cuándo y dónde negociar.
Materias	En cuanto al objeto, en la negociación típica la ley determina su contenido y establece expresa prohibición de negociar respecto de "aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma." ¹⁵	La negociación atípica es más libre en cuanto al contenido de la negociación, que es establecido por común acuerdo de las partes.
Fuero	Existe fuero para los involucrados en el proceso negociador.	No existe fuero para los trabajadores que negocian en el sector público. ¹⁶
Huelga	Al negociar un instrumento colectivo típico, la normativa establece la posibilidad de que se recurra a medidas de autotutela colectiva, como la huelga y el cierre patronal, siempre que se den las condiciones legales.	En la negociación atípica las medidas de autotutela están prohibidas y, por ende, son ilegales. Sin embargo, en la práctica son comunes las huelgas en este sector.

¹⁵ Artículo 306, inciso segundo, del Código del Trabajo.

¹⁶ Debemos hacer presente que los dirigentes de las Asociaciones de Funcionarios sí tienen fuero por su calidad de tales.

(continuação)

	SECTOR PRIVADO: negociación colectiva reglada o formal	SECTOR PUBLICO
Efectos	Determinados por el Código, consistentes básicamente en la eficacia normativa y una eficacia subjetiva limitada salvo en los casos de extensión a voluntad del empleador.	Las partes determinan libremente sus efectos, muchas veces erga omnes, por ejemplo, cuando se negocian los reajustes generales para la administración pública. Además, en algunas situaciones nos encontramos ante el fenómeno de la legislación contratada.

5 A modo de conclusión: el futuro de la negociación colectiva en Chile, hacia la convergencia de los sectores público y privado

En Chile a lo menos podemos hablar de tres tipos de negociación: la colectiva formal reglada y la informal o no reglada, ambas del sector privado; y la negociación colectiva del sector público, no contemplada legalmente y, por ende, de carácter extra-legal, generalmente sustentada en movilizaciones o paralizaciones colectivas ilegales, toda vez que se encuentran expresamente prohibidas por ley para dicho sector.

Son sistemas paralelos, que no se topan y que, en opinión de este expositor, debieran tender a converger.

La negociación del sector privado se encuentra altamente reglamentada, con un derecho a huelga muy restringido y un procedimiento extremadamente limitativo, lo que produce una negociación centrada en la gran y a veces mediana empresa, que excluye a más del 90% de los asalariados y que se centra fundamentalmente en beneficios de orden salarial. La negociación colectiva es vista como un proceso periódico, más bien esporádico, que se agota una vez firmado el acuerdo.¹⁷

De mantenerse estas tendencias, las relaciones laborales en el sector privado no podrán superar muchos de los desafíos del nuevo milenio, como la modernización, la tecnificación y el manejo de las crisis, que en los países más desarrollados han sido enfrentadas eficientemente con la colaboración de los actores sociales. La represión del actor sindical sólo logra que los trabajadores se sientan en desventaja y tengan posturas reivindicativas intransigentes.

Algunos opinan que la represión sindical es una ventaja comparativa para los países en desarrollo. No obstante, creemos que para ser competitivos la libertad sindical no es un obstáculo o molestia, sino una ventaja. De hecho, de los diez países

¹⁷ Sobre negociación estática y dinámica, consultar Kahn-Freund, 1987, p.118, y el comentario de Paul & Freedland a la opinión de Kahn-Freund, *Ibidem*, p. 122.

más competitivos sólo dos (USA y Singapur) no han ratificado el Convenio nº 87 de la OIT,¹⁸ lo que demuestra que las relaciones laborales en el sector privado pueden ser más competitivas y productivas con la colaboración de los trabajadores y sus organizaciones, en un esquema de respeto de la libertad sindical; a diferencia de cuando los trabajadores se sienten excluidos del sistema legal, discriminados, restringidos y muy limitados en su poder colectivo.

Además, la debilidad sindical en el sector privado es funcional a un esquema de relaciones laborales más autoritario que participativo, permitiendo que muchas de las infracciones a las normas del orden público laboral queden impunes por la falta de fiscalización de la Dirección del Trabajo y la lentitud de los procesos judiciales. No hay mejor control del cumplimiento de la legislación social que el realizado por un movimiento sindical fuerte y organizado.

Por el contrario, el sector público es mucho más dinámico, con pleno desarrollo de la autonomía colectiva incluso contra *legem* al ocupar mecanismos de autotutela ilegales para presionar al Gobierno y obtener sus pretensiones.

La política legislativa para este sector se ha desarrollado a espaldas de los fenómenos sociales. La legislación es prohibitiva y sancionadora, pero en los hechos no se aplica y el sector público negocia fluidamente sus aumentos remuneracionales e, inclusive, hay acuerdos de productividad, comisiones mixtas de estudio y evaluación de los acuerdos, y otros pactos que confieren gran dinamismo a la negociación colectiva. En este contexto, la desregulación (producto de la legislación penal que no se aplica) permite el pleno desarrollo de la autonomía colectiva, lo que, junto al poder de convocatoria ya la organización y cohesión de los trabajadores públicos facilita estas negociaciones.

El problema de ignorar este fenómeno es que determinadas movilizaciones pueden afectar intereses de terceros ajenos al conflicto. Por ejemplo, en una movilización de los servicios de urgencia de salud falleció un paciente aparentemente por falta de atención médica, y la arcaica legislación represiva que prohíbe todo tipo de huelga mal puede regular las huelgas en servicios esenciales y tutelar los intereses de terceros.

En este sector, de continuar el marco absolutamente prohibitivo, podremos encontrar con más situaciones delicadas de huelgas o paralizaciones sin control. Por ello creemos necesario que Chile ratifique el Convenio 151 de la OIT, de 1978, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, pendiente de aprobación en el Congreso Nacional, y se legisle a lo menos en materia de huelga en servicios esenciales en el sector público.

¹⁸ Han ratificado el Convenio nº 87: Canadá, Suiza, Luxemburgo, Reino Unido, Holanda, Irlanda, Finlandia y Australia. Esta información es citada por Mejía, Sergio en su artículo Convenios Internacionales del Trabajo: El Compromiso del País, *Temas Laborales*, Dirección del Trabajo, año 5, n. 13, sep. 1999, p. 3, en base a la lista de países más competitivos contenida en el The Global Competitiveness Report 1999, World Economic Forum, omitiéndose Hong Kong y Taiwán ya que no pertenecen a la OIT. Por su parte, el listado de ratificaciones consultado corresponde a marzo de 1999.

Por lo anterior postulamos que la tendencia debe ser hacia la convergencia de ambos sectores: deben abrirse espacios a la autonomía colectiva en el sector privado, por medio de una legislación promocional o de fomento ya que el movimiento sindical es bastante débil en dicho ámbito; y debe legislarse en el sector público regulando a lo menos la huelga en servicios esenciales. Esta normativa debe ser respetuosa de la libertad sindical y, por ende, debería considerar los Convenios nº 87 y 151 de la OIT. De lo contrario se favorecerá la mantención de un esquema autoritario en las relaciones del trabajo del sector privado y el amplio desarrollo extra legal de la autonomía colectiva del sector público podrá llegar a situaciones de descontrol no deseadas por los actores sociales.

Por último, una reflexión final: Uno de los desafíos de Chile en materia de negociación colectiva en el sector privado dice relación con la interpretación de los principios que consagra nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, como ya explicáramos, a nivel constitucional se contempla la libertad sindical y la autonomía colectiva, junto con diversos tratados ratificados por nuestro país que tienen rango de constitución material por expresa disposición de la Carta Fundamental (art. 5º) y que estatuyen como un derecho humano esencial a la libertad sindical. No obstante, dicha libertad se encuentra muy limitada y sobrerreglamentada lo que puede solucionarse con una enmienda legislativa o con la actuación de los jueces, por medio del principio de supremacía constitucional.

Por el momento este último escenario se ve lejano, y sería conveniente que el legislador enmiende el rígido sistema del Código y lo haga compatible con la libertad sindical. De lo contrario, salvo que la jurisprudencia cambie su postura en esta materia, habrá que esperar nuevos tiempos para un avance en tan importantes asuntos.

Referências Bibliográficas

- CONTRERAS, Sergio Gamonal. Derecho colectivo del trabajo en el sector público. *Revista Laboral Chilena*, 7, p. 79-85. julio 1998a.
- _____. Efectos del contrato colectivo de trabajo. *Revista Laboral Chilena*, 11, p.64-72, nov. 1998b.
- _____. El efecto extensivo del contrato colectivo. In: *Estudios en Homenaje al profesor William Thayer Arteaga*. Santiago: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p.77 ss, nov. 1998c.
- _____. La negociación y contratación colectiva atípica. *Revista Laboral Chilena*, 1, p. 82-91, ene. 1999a.
- _____. El derecho chileno de negociación colectiva y los Convenios 87 y 98 de la OIT. *Revista Laboral Chilena*, p.75-90, abr. 1999b.
- _____. Efectos de la ratificación de los Convenios 87 y 98 de la OIT, en el Derecho Colectivo chileno. *Revista Laboral Chilena*, p.81-91, nov. 1999c.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, BECEDAS, Gabriel Garcia, ESCARTIN, Ignacia Garcia-Perrote. *Instituciones de derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

SERGIO GAMONAL CONTRERAS

- DEL RÍOS, Mónica Vergara. Productividad, salarios y negociación colectiva. *Temas Laborales* (Santiago), Dirección del Trabajo, año 4, n.10, p.2, 1998.
- ERRÁZURIZ, Francisco Walker. Breve análisis de algunas características y efectos de los instrumentos colectivos en Chile. *In: IV CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL*, p. 76 ss, Santiago, 1998.
- ERRÁZURIZ, Francisco Walker, CONTRERAS, Sergio Gamonal. Informe Nacional de Chile sobre Negociación Colectiva en este sector. *In: XVI CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL*, septiembre 2000.
- FERES N., María Ester. *Sindicalismo y negociación colectiva: instrumentos de modernización*. Santiago: Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Oct.1997.
- KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo y derecho*. (Tercera edición inglesa a cargo de DAVIES, Paul, FREEDLAND, Mark.) Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1987. p.118.
- LAGOS, Rafael Pereira. Bases para un sistema de relaciones laborales a la altura de los nuevos desafíos. *Revista laboral Chilena*, p.70, nov. 1999.
- LINARES, Francisco Walker. *Esquema de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965. p.49.
- MEJÍA, Sergio. Convenios internacionales del trabajo: el compromiso del País. *Temas Laborales*, año 5, n.13, p.3, sep.1999.
- TAPIA GUERRERO, Francisco. Los convenios colectivos impropios y el derecho a negociar colectivamente. *In: IV CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL*, p.90 ss, Santiago, 1998.
- _____. El modelo contractual de relaciones colectivas del trabajo en la experiencia chilena: análisis de casos. *In: TAPIA, Francisco (Ed.). Temas de relaciones del trabajo*. Santiago: LOM, s/d. p.229-340.