



Explorando acuerdos normativos para una ampliación de la cobertura de la negociación colectiva en Chile

Explorando acuerdos normativos para una ampliación de la cobertura de la negociación colectiva en Chile¹

Raúl Campusano P.

Abogado y Magister en Derecho Público

Santiago, diciembre 2014

1 Investigación efectuada el 2011, cuya revisión fue postergada por las autoridades de la Dirección del Trabajo de la época; sin perjuicio de ello, a inicios del 2014 las actuales autoridades, resolvieron su publicación como un aporte al debate que mantiene o acrecienta su vigencia.

Índice

Explorando acuerdos normativos para una ampliación de la cobertura de la negociación colectiva en Chile es una publicación del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo

Registro de Propiedad Intelectual: 248.915
ISBN: 978-956-7978-94-6

Dirección del Trabajo
Agustinas 1253
Teléfono: (562) 2674 9300
www.direcciondeltrabajo.cl

IMPRESIÓN
Andros Impresores

Santiago de Chile, diciembre 2014
Printed in Chile / Impreso en Chile

■ INTRODUCCIÓN	9
■ CAPÍTULO I	21
Reconstrucción de un procedimiento abstracto y universal de negociación colectiva, para efectuar la comparación con nuestro modelo nacional y detectar brechas que pudieran explicar la débil cobertura de utilización que se presenta en Chile	
1. Presencia de un contexto general favorable, de pleno reconocimiento jurídico.	22
2. La iniciativa.	29
3. La respuesta de la parte receptora de la iniciativa.	48
4. La constitución de la comisión negociadora.	51
5. Las deliberaciones.	52
6. El empleo de mecanismos de presión.	54
7. El acuerdo colectivo alcanzado.	59
8. Los trámites posteriores para la vigencia del acuerdo colectivo.	62
9. Ámbito de aplicación (efectos) del acuerdo colectivo.	65
10. Aplicación, interpretación y control de cumplimiento del acuerdo colectivo.	68
11. Duración (vigencia) del acuerdo colectivo.	70
■ CAPÍTULO II	73
Resumiendo las brechas observadas y explorando algunas propuestas de modificaciones	
■ ALGUNAS CONCLUSIONES	83
■ BIBLIOGRAFÍA	87

Este trabajo pretende identificar los principales aspectos en los que se presentan brechas entre nuestra legislación nacional y la comparada en materia de regulación de la negociación colectiva, que pudieran estar incidiendo en la baja tasa de cobertura o uso efectivo de este instrumento de diálogo social en Chile, de tal forma que, con la información técnica extraída, se facilitare la exploración de eventuales modificaciones consensualmente adoptadas que permitiesen, por una parte, aumentar de modo progresivo tal tasa, previendo y acotando, por la otra, los temores a las consecuencias negativas en el modelo de desarrollo que para algunos ello pudiera presentar.

Introducción

La huelga y otros medios de presión ejercidos por grupos de trabajadores organizados –principalmente dependientes–, con el objeto de oponerse a abusos u obtener de sus empleadores o del sistema económico-social en general mejoras en sus condiciones de trabajo y salario, surgió en el hecho histórico de la confrontación de intereses en el seno del establecimiento del capitalismo.

El Derecho, dejando atrás la estimación inicial que suponía que afectaba el orden público y la libertad de contratación –y, por lo tanto, su proscripción incluso desde el ámbito penal–, optó finalmente por asimilar este mecanismo y conformar, a partir de él, un procedimiento razonable y ampliamente legitimado de diálogo social y armonización de intereses entre los factores capital y trabajo, cual es la negociación colectiva.

Este mecanismo goza en la actualidad de un amplísimo reconocimiento político, social y jurídico hasta el punto de implicar la configuración de varios derechos fundamentales específicos, contemplados en los más disímiles órdenes constitucionales, específicamente los de sindicalización, negociación colectiva y huelga.

El gran atractivo y la aceptación con que cuenta en la actualidad se explica por constituirse en un productor de normas jurídicas autónomas, surgidas del diálogo

entre trabajadores y empresarios bajo las condiciones mínimas de regulación establecidas por el orden jurídico estatal, dando lugar a una institucionalidad laboral y social sólidamente legitimada por la citada armonización de intereses concurrentes que fomenta.

Además, desde el punto de vista económico, implica un procedimiento de asignación de la riqueza productiva que, debidamente tecnificado, resulta en gran manera adaptable y eficaz para distribuir los costos, utilidades y mejoras de productividad entre los factores capital y trabajo.

Por cierto, aun gozando de amplio reconocimiento y popularidad, este instrumento es recogido y materializado con intensidades y modalidades un tanto diferentes en las diversas realidades nacionales.

Así, por una parte, se distingue con nitidez un modelo que, con una mayor facilidad de coordinación de los actores –representación más expedita y ampliamente concebida–, y un carácter concentrado o agregado, privilegia la negociación en los niveles supraempresa, ya sea en el ámbito territorial o funcional, dando lugar, por lo general, a altísimas cotas de cobertura efectiva; de otro que, con menor coordinación de los actores –una representación más exigente y acotada– y un carácter desconcentrado, privilegia la negociación en el seno de las empresas, dando lugar a menores coberturas de uso efectivo del instrumento.

El primer modelo aparece mayoritario, debido a su generalizada aplicación en Europa y América Latina, en tanto que el segundo, es minoritario, pero tiene entre sus exponentes el caso relevante de Estados Unidos que, no obstante, debido a otras causas concurrentes, logra una tasa de cobertura no baja sino mediana.

Sin embargo, un análisis más fino, y de modo muy similar a lo que ocurre en otros diversos ámbitos de la organización social para enfrentar problemas complejos de cualquier sociedad –en la Seguridad Social, en materia tributaria, en el sistema político, etc.–, nos indica que ambos modelos tienden a converger en el tiempo, moderando sus características tipológicas puras.

Nuestro país ha sido tributario tradicional de aquel segundo modelo de negociación colectiva, descoordinado y desconcentrado, explicando así que el ámbito normal o central de la misma es el propio de cada empresa por separado.

Tal característica ha estado presente en toda nuestra evolución laboral, pues aun permitida, la negociación más coordinada o concentrada, en el ámbito inter o supraempresa, fue siempre escasa y limitada a sectores muy puntuales de la actividad económica.

Sin embargo, con el Plan Laboral implementado durante el gobierno militar, que con una evidente desconfianza en la negociación colectiva en sí misma contempló, después de un largo lapso de abierta suspensión o proscripción, regulaciones en extremo reglamentarias y restrictivas por las que su utilización efectiva se volvió imposible hasta el punto de convertirse en letra muerta. Recuérdese, por ejemplo, la huelga con un plazo máximo breve y fatal tras el que se producía el despido automático del huelguista, más aún con una posibilidad amplia y expedita de despido incausado, a voluntad unilateral del empleador.

En este contexto autoritario y desconfiado de la negociación colectiva, esta tendencia hacia el modelo desconcentrado se acentuó hasta su máximo, por ejemplo, al llegar a prohibirse de manera legal la negociación supraempresa, asociada negativamente con una politización y supuesta falta de tecnificación del instrumento, que había que combatir con fuerza.

Desde la normalización democrática del país se han cursado, en las últimas dos décadas, significativas reformas legislativas que, atendiendo no solo los aspectos normativos propiamente tales si no que a los que otorgan eficacia material a estos, han consolidado un sistema de relaciones laborales que, respecto de la relación individual de trabajo, responde a un relativo alto estándar internacional.

Sin embargo, en el ámbito de la relación colectiva de trabajo, y pese a varios esfuerzos correctivos puntuales, la situación se mantiene en extremo deficitaria.

En efecto, aun cuando nuestra Constitución Política reconoce a los derechos

de sindicalización y de negociación colectiva –e implícitamente, con ello, el de huelga, aun cuando sería deseable una consagración también expresa–, como derechos fundamentales con especial protección, su ejercicio es muy disminuido, según lo reflejan las bajísimas tasas de cobertura de todos ellos.

Así, el país presenta una muy baja tasa de sindicalización efectiva, en torno al 15%², de los trabajadores dependientes–, se correlaciona con una también muy baja tasa de empleo de la negociación colectiva que supera por poco el 10% de los trabajadores dependientes³; y también un escasísimo empleo de la huelga, que no alcanza a ser empleada en alguna de sus fases por el 7% de estos últimos, esto es, menos del 0,7% del total.

En consecuencia, considerando el desequilibrio de poder relativo entre trabajadores y empleadores –que está en la esencia del Derecho del Trabajo reconocer y tratar de mitigar por la vía de sus regulaciones–, más del 90% de los trabajadores dependientes queda a merced de una muy limitada posibilidad de “negociación individual”, que en el fondo se asemeja a acatar las condiciones de trabajo y remuneración que definan unilateralmente sus empleadores, solo con la única constricción de las regulaciones legales mínimas (en las que se incluyen una posibilidad de un despido relativamente expedito y flexible) y las circunstancias de mercado, todo lo cual alimenta una percepción de falta de participación, deslegitimación o imperfección del sistema de relaciones laborales del país.

Entre las causas directas de la baja tasa de empleo efectivo de la negociación colectiva pudieran aventurarse muchas causas, varias de ellas alojadas en los ámbitos culturales o políticos de conformación de las relaciones de poder social.

2 Que, si se excluye a los sindicatos “en receso” –esto es, aquellos que si bien no consta su disolución jurídica, no mantienen actividad regular, manifestada en especial por la falta de renovación de sus dirigentes–, supera levemente el 10%, según las estadísticas de la Dirección del Trabajo. Ver *Compendio de Series Estadísticas 1990-2009 Dirección Nacional del Trabajo* (www.direcciondeltrabajo.cl), págs. 8 y 9.

3 A razón de 5% por año, considerando el carácter bianual de la mayoría de los instrumentos colectivos.

Entre ellas pareciera encontrarse, por cierto, la señalada baja tasa de sindicalización, en la medida en que el actor privilegiado para impulsarla es la agrupación sindical que, por su parte, tiene esta labor como de su principal competencia y objetivo; o las carencias de una cultura de diálogo social y las dificultades para desarrollar acciones globales y sectoriales en tal sentido.

Sin embargo, se ha agregado entre tales causas, y muy estrechamente, el influjo y las limitaciones del propio modelo rigidizado, constreñido y desconcentrado de negociación colectiva que pervive desde el Plan Laboral y que la privilegia aun de modo extremo en el interior de las empresas, más aún considerando el pequeño tamaño de la gran mayoría de estas y, por lo tanto, las dificultades allí aumentadas para plantear procesos de sindicalización y de negociación colectiva en las condiciones de mínimo equilibrio entre las partes, que permitan asegurar un nivel igualmente mínimo de rentabilidad en su empleo por parte de los trabajadores.

Esto último nos remite también a recordar que, según diversos estudios y seguimiento de los resultados obtenidos por el minoritario sector de trabajadores que accede efectivamente a la negociación colectiva, estos no son percibidos con satisfacción razonable, pues, debido al señalado desequilibrio que también se presenta en el propio procedimiento –con un marcado sesgo a favor del actor empresarial–, dichos resultados han sido en extremo modestos e incluso decrecientes en los años, pues, en lo salarial, se han limitado, por lo general, a la recuperación de la pérdida por inflación y a un promedio de 1% de aumento real de la remuneraciones cada dos años, muy por debajo del crecimiento de la economía y de las utilidades de las empresas⁴.

Decíamos que esta situación deficitaria en el ámbito colectivo del trabajo subsistía pese a varios esfuerzos correctivos realizados, los que, en el ámbito legislativo, se circunscriben a dos importantes reformas. Por un lado, la Ley N° 19.069, de 1990,

4 Estadísticas de la Dirección del Trabajo, elaboradas por su División de Relaciones Laborales, según constan en Anuarios Estadísticos de dicho Servicio.

que partió, entre otros aspectos, por lo más sencillo, cual es dejar sin efecto la prohibición de la negociación colectiva supraempresa, de tal forma de contemplar la posibilidad de su utilización en la medida en que el empleador lo acepte voluntariamente, situación que en lo sustantivo se mantiene hasta la actualidad. O más recientemente, la Ley N° 19.759, de 2001, que atendió otras diversas mejoras puntuales.

En paralelo con estos intentos legislativos, otros han discurrido por la vía de promover y tratar de instalar, desde el propio Gobierno y los servicios especializados de la Administración Pública Laboral, una cultura o cierta práctica de diálogo social de amplio espectro que, no obstante algunos ejemplos aislados, es necesario reconocer que no ha logrado encarnarse ni existen perspectivas razonables de que ello ocurra. Tanto porque el actor sindical nunca ha sido extremadamente vigoroso, como porque nuestra idiosincrasia es al parecer más legalista y dispuesta a la regulación normativa que deseosa de una autonomía con posibilidades confrontacionales riesgosas.

También se ha tratado de, además de fomentar, facilitar la afiliación sindical, en el entendido de que, como ya aventuramos, la debilidad del actor colectivo trabajador es, por cierto, otra de las causas directas de la falta de cobertura de la negociación colectiva. No obstante, mucho más que por intentos precisos, este objetivo se ha logrado por la maduración de una convivencia democrática cada vez más consolidada que, en general, permite la expresión más abierta de apetencias, opiniones e intereses diversos.

Por otra parte, otros esfuerzos más complejos plantearon como objetivo corregir el desequilibrio interno al procedimiento mismo para negociar, de tal forma de restringir el que se estimaba excesivo sesgo a favor del empleador y, a la vez, aumentar el poder relativo de los trabajadores. El caso más concreto y paradigmático es el relativo al intento de fortalecimiento de la huelga al tratar de eliminar la posibilidad de contratar trabajadores reemplazantes, de forma que este instrumento de presión aumentare o recuperare su efectividad en la obtención de resultados eventualmente más favorables para los trabajadores promotores de la negociación. Esfuerzo con un resultado parcial, pues, como se sabe, solo se

consensuó una restricción a tal posibilidad de contratar trabajadores de reemplazo en la huelga por la vía del encarecimiento de la misma.

Finalmente, los intentos por extender directa y significativamente la negociación colectiva favoreciéndola en el ámbito supraempresa han chocado, aún sin expresarlo con claridad, con un transversal recelo tanto de quienes en el pasado se situaron en la oposición y hoy son gobierno como también de parte de muchos sectores que, estando antaño en el gobierno, hoy son oposición.

Analizado este cuidado, cabe descartar, por su amplitud, que en él esté primando la defensa de intereses particulares, por ejemplo del empresariado en su conjunto, o de sectores del mismo y, por el contrario, pareciera razonable suponer que en él se ha volcado un explicable temor social que se instaló en amplios sectores –muy fuerte años atrás y que, aun debilitado, persiste en el presente–, tras la conflictividad extrema y la ruptura institucional que vivió el país en los tres cuartos del siglo pasado y que, en lo que a la materia que nos ocupa se refiere, se traduce en el cuidado de un modelo de desarrollo que se estima ha permitido al país avanzar en una senda de progreso en las últimas décadas.

Así, aun sin decirlo con toda su claridad, se especula en la inconveniencia de hacer privilegiar un quizás legítimo afán redistributivo, que, no obstante, pudiera favorecer un aumento de la conflictividad laboral y social, y a la vez afectar la ya dificultosa competitividad de una gran cantidad de empresas, en especial de la inmensa mayoría que conforman las pequeñas o microempresas –más aún las propias de la informalidad–, que, se piensa, no resistirían las exigencias y costos laborales surgidos de una negociación colectiva de más amplio y vigoroso espectro y utilización.

En consecuencia, se ha instalado al parecer una insalvable diferencia de opiniones.

Mientras unos sostienen que esta realidad refleja un sistema de relaciones laborales deficiente y deslegitimado que se basa en el privilegio y la imposición empresarial respecto de los trabajadores, y que no es capaz de distribuir de manera moderna, eficiente y justa los beneficios de su funcionamiento y del desarrollo del país; otros,

las más de las veces evitando la centralidad del problema más que argumentado abiertamente, sugieren que tenemos la cobertura e intensidad de la negociación colectiva que, al amparo de la experiencia internacional y cumpliendo más que muchos otros las exigencias de la normativa internacional, somos capaces de aceptar, sin poner en entredicho la competitividad de nuestra economía en el escenario de globalización en que está inmersa.

De tanto en tanto surge alguna evidencia de mayor objetividad y aceptación transversal que, como lo acontecido con los recientes informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) a la que el país se ha incorporado exitosamente, permiten afirmar, a favor de la primera postura, que, en efecto, el problema existe y el país presenta una tasa de sindicalización y de cobertura de la negociación colectiva sustancialmente disminuidas respecto de los demás países, incluso en comparación con otras diversas realidades similares, lo que explica que de modo inevitable se vea empañada la valoración general que se tiene de nuestro sistema de relaciones laborales y, por ende, de nuestro propio modelo económico y social.

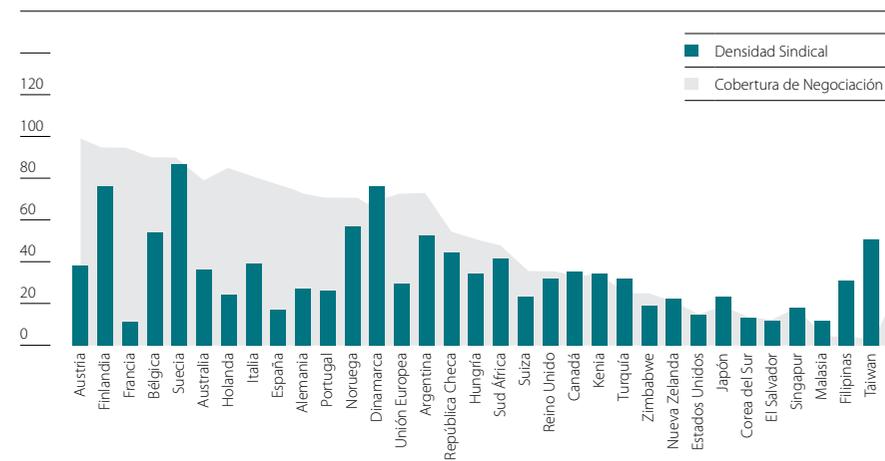
La sola exposición del Cuadro siguiente⁵ nos permite sostener lo afirmado, estimamos, sin mayores discusiones, por cuanto teniendo presente que entre 1995 y 2000 la tasa de densidad sindical promedio del país fue, como ya se dijo, levemente superior al 15% –sin considerar los sindicatos “en receso”–, y al 10% la de cobertura de la negociación colectiva^{6/7}, y si las comparamos con las de una amplia muestra de países del orbe pertenecientes a OCDE, puede apreciarse que en este último indicador el país solo supera a Filipinas y Taiwan que, con todo, presentan tasas de sindicalización muy superiores.

5 Gráfico extraído de Dusallant, Francisca, *Sindicatos y Negociación colectiva*, Documento de Trabajo N° 374, octubre de 2008, Centro de Estudios Públicos, pág. 16, quien a su vez cita como fuente y autor del mismo a Visser, Jelle (2003), en *Unions and Unionism Around the World*. En *International Handbook Trade Unions* (Addison y Schnabel, eds.): Edward Elgar.

6 Datos extraídos de Salinero, Jorge, en *Veinte años de Afiliación Sindical y Negociación Colectiva en Chile: Problemas y desafíos*. Cuaderno de Investigación N° 29, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, citado por Dusallant L., Francisca, *Sindicatos y...*, pág. 17.

7 Con fluctuaciones, estas tasas han seguido decreciendo moderadamente a la fecha.

GRÁFICO 1
Densidad sindical y cobertura de negociación



Fuente: Visser (2003).

Con todo, puede decirse en favor de quienes niegan centralidad al problema, o tributan del transversal recelo a introducir enmiendas significativas en nuestro especial sistema de negociación colectiva⁸, que el incipiente debate sobre la materia no ha sido, en su generalidad y falta de detalles técnicos, capaz de traspasar barreras ideológicas y desconfianzas inveteradas, para así despejar las legítimas dudas respecto de las consecuencias de las propuestas que se han planteado.

Una discusión menos ideologizada y simplista, y más tecnificada e informada, debiera ser capaz, por el contrario, de recoger aportes técnicos y evidencia de la experiencia comparada y, junto con aplacar dudas y cuantificar efectos, explorar mayores alternativas disponibles. Ello, con miras a promover nuevos puntos

8 Decimos especial, pues el análisis comparativo que efectuaremos más adelante demostrará significativas brechas o diferencias respecto del modelo universal de negociación colectiva aplicado en la experiencia comparada.

de posibles acuerdos en pos del objetivo, preferentemente mediante reformas legislativas, aumentar la cobertura de la negociación colectiva sin incurrir en los riesgos descritos y, es más, detrás de una profundización y mayor legitimidad social del modelo, en lo que a sus aspectos económicamente virtuosos se refiere.

Quizás ello se facilitaría concordando lo básico de un modelo conceptual de negociación colectiva que, teniendo a la vista cercana la experiencia comparada, y evitando teñirla de objetivos ideológicos excesivos –como redistribuir la riqueza general, superar la pobreza, democratizar las relaciones laborales o construir un modelo de sociedad determinado–, persiga ser determinante en la realidad laboral de un país, al cumplir eficientemente lo que sí debiera esperarse de ella, esto es, instalar un procedimiento de diálogo social concreto, destinado a distribuir razonable, equitativa y adaptativamente el producto laboral entre los actores que contribuyen a generarlo.

Así, en este escenario más transparente y sincero, las potenciales alternativas de mejora debieran debatirse en su mérito, dejando atrás muchos prejuicios ideológicos y temores que se revelen injustificados, teniendo siempre a la vista los intereses esenciales de los actores y la trama de sus poderes recíprocamente diseñados para defenderlos en el seno de las relaciones de trabajo, de un modo firme y claro, pero siempre equilibrado, que castigue y desincentive tanto al que pierda de vista la necesidad de compartir equitativamente la riqueza producida como al que, con exigencias o acciones excesivas, ponga en riesgo la viabilidad de cada empresa y fuente de trabajo involucrada.

Acopiando información más detallada y específica pudieran abrirse espacios de acuerdo que permitan ampliar el uso efectivo de la negociación colectiva aun sin necesidad de volcarse a la que parece la solución principal, cual es la de promover fórmulas de negociación supraempresa; o, en el caso de adoptarse estas, hacerlo de una forma que, no obstante, atienda la tendencia creciente a considerar las peculiaridades de cada centro o lugar de trabajo –y la gran heterogeneidad de las empresas–, como el aspecto quizás más relevante en la definición de la participación y transferencia de resultados y eventuales utilidades laborales.

Es más, suponiendo la dificultad en prever o concordar algunos efectos precisos de algunas de estas medidas, quizás el óptimo en estas materias es la instalación de un sistema de relaciones laborales adaptable y flexible que, atendiendo a su notable y directo impacto en el ámbito económico y social, contemple válvulas con las cuales la institucionalidad política pueda, de tanto en tanto, adoptar decisiones que, con la participación de los actores y respetando en lo sustancial su autonomía colectiva, encause u oriente las posibilidades de mejores acuerdos, compatibles con el bienestar social general.

En cuanto a lo metodológico, optamos, en primer lugar, por, teniendo a la vista una selección representativa de la experiencia comparada⁹, reconstruir un procedimiento ideal, abstracto o universal de negociación colectiva que, no obstante, incluya la referencia a las principales y distintas alternativas conceptuales en los casos y circunstancias en que ellas se presenten,

Así, más allá de las declaraciones genéricas en torno al reconocimiento de los derechos vinculados a la misma, este modelo debe ser capaz de adentrarse en los detalles de funcionamiento del sistema, pues, una vez construido, lo utilizaremos como fuente de comparación eficiente con lo que acontece en nuestra realidad nacional, lo que nos permitirá caracterizar desideologizada y sinceramente al sistema de negociación colectiva presente en nuestro país.

Este proceso comparativo nos permitirá develar las principales desviaciones que pudieran apreciarse entre dicho modelo universal y el nuestro, especialmente las que, estimamos, incidan de un modo significativo en la cobertura de utilización efectiva de la negociación colectiva.

9 Especialmente la normativa internacional de OIT expresada en sus Convenios, Recomendaciones, Resoluciones del Comité de Libertad Sindical y material de apoyo, que, según el carácter tripartito y multinacional de la organización, refleja con precisión el estándar internacional que se ha construido históricamente en la materia; complementada con un estudio de diversas realidades nacionales concretas, entre ellas destaca España, en el ámbito europeo, y Argentina y Uruguay en nuestra realidad más próxima, sin dejar de atender el sistema presente en otros países relevantes en peculiaridades, como Estados Unidos o Alemania.

Por último, exploraremos alternativas que, incidiendo acotada y consensualmente en dichas desviaciones, pudieran concretar las modificaciones legislativas y de otro tipo, orientadas a acortarlas y, con ello, a aumentar tal cobertura, teniendo siempre a la vista, junto con sus objetivos benéficos y el ejercicio de derechos fundamentales que implica, los potenciales efectos en la heterogeneidad de empresas que componen nuestra estructura productiva, y, por lo tanto, en la realidad laboral del país y en su modelo de desarrollo.

Estamos ciertos que estas eventuales modificaciones legislativas debieran, en correspondencia con la experiencia comparada en que se basaren, impulsar, por sí solas, y de manera progresiva y determinante, la utilización efectiva de la negociación colectiva, ampliando de manera significativa su tasa de cobertura.

Ello se verá previsiblemente favorecido, aumentado o consolidado si es que aquellas modificaciones legales fueren, como acontece en todos los ámbitos regulatorios complejos y sensibles, acompañadas de políticas públicas y acciones sociales efectivas, que favorezcan la participación y el compromiso de los actores, tanto con su acatamiento como con su utilización espontánea y rutinaria en un contexto de diálogo social natural y efectivo.

Reconstrucción de un procedimiento abstracto y universal de negociación colectiva, para efectuar la comparación con nuestro modelo nacional y detectar brechas que pudieran explicar la débil cobertura de utilización que se presenta en Chile

Ya hemos adelantado que puede identificarse, en forma global, una tipología con dos grandes modelos de negociación colectiva. Uno, concentrado, que privilegia la negociación en los niveles supraempresa, ya sea en el ámbito territorial o funcional, y el otro, desconcentrado, que potencia la negociación en el seno de las empresas.

Ciertamente que, en lo que nos interesa, el tipo de negociación colectiva centralizada tiende a presentar sustanciales mayores coberturas de utilización efectiva que el tipo desconcentrado, pero nuestro objetivo persigue ir más allá de, aun cuando hipotéticamente pudiera ser la causa principal o quizás exclusiva, atender solo este rasgo, o incluso hacerlo en forma preponderante, pues perseguimos detectar los demás aspectos que también pudieran estar incidiendo en dicha baja tasa de negociación.

Por lo demás, salvo en este aspecto del nivel preferente o preponderante en el que se efectúan las negociaciones colectivas –del cual se construye la tipología–, ambos tipos presentan muchísimas características comunes, lo que, considerando las peculiaridades propias de cada país, dificultan la comparación en detalle, más allá de este rasgo predominante.

A su vez, por estas dificultades en la comparación detallada y por la distorsión o influencia en demasía que provoca el conocimiento y asimilación del marco

normativo propio –más aún en una cultura jurídica en exceso legalista y literalista como la nuestra–, resulta difícil detectar, exponer, y, más aún, enjuiciar tales rasgos que son, en definitiva, los que estarían incidiendo en la baja tasa de negociación observada en el país.

Así, para afrontar estas dificultades expondremos la estructura de este modelo ideal que nos facilitará las comparaciones que requerimos, en un orden que intenta ser estrictamente secuencial según se desarrolla el proceso, a objeto de facilitar la comprensión y seguimiento del mismo. Sus etapas al efecto, son las siguientes:

1. Presencia de un contexto general favorable, de pleno reconocimiento jurídico.
2. La iniciativa.
3. La respuesta de la parte receptora de la iniciativa.
4. La constitución de la comisión negociadora.
5. Las deliberaciones.
6. El empleo de mecanismos de presión.
7. El acuerdo colectivo alcanzado.
8. Los trámites posteriores para la vigencia del acuerdo colectivo.
9. Ámbito de aplicación (efectos) del acuerdo colectivo.
10. Control de cumplimiento del acuerdo colectivo.
11. Duración (vigencia) del acuerdo colectivo.

A continuación trataremos con mayor detalle cada una de estas fases.

1. Presencia de un contexto general favorable, de pleno reconocimiento jurídico

El surgimiento de una negociación colectiva supone en la actualidad, y antes que todo, la existencia de un contexto jurídico y social favorable, que normalmente se traduce en la consagración como derecho fundamental y en su reglamentación

eficiente mediante la ley, pues asistimos a una época que, a diferencia de otras, ha asimilado jurídicamente casi por completo este procedimiento¹⁰.

Por ello, antes de entrar al procedimiento propiamente tal –a partir de la etapa siguiente que hace mención a la iniciativa del mismo–, resulta necesario atender, aún de modo solo introductorio, a este contexto jurídico social de que ahora está revestido este proceso.

Al efecto cabe señalar de partida que no sería posible confundir la negociación colectiva con los procesos de diálogo social, de los que pudiera formar parte a razón de una relación especie-género, pues aun cuando en estos también estén involucrados actores relacionados con los factores capital y trabajo y su carácter normalmente global o nacional es compartido, tienen una naturaleza esporádica o episódica y más o menos espontánea o carente de regulación precisa, que se diferencia con nitidez de aquella.

Así, estos procesos de diálogo y concertación social podrán servir de orientación o referente a eventuales negociaciones colectivas en las realidades en que ellas sí pueden desarrollarse, pero no pueden ser confundidas con ellas, que cuentan con una regulación más precisa y una recurrencia continua, sino periódica.

En consecuencia, el modelo universal que detectamos cuenta, de acuerdo la habitualidad de lo que ocurre en la experiencia comparada, con que tanto el derecho a negociar colectivamente como los derechos asociados con el mismo –de sindicalización y de huelga–, tienen pleno y amplio reconocimiento jurídico, lo que así acontece en cada realidad nacional.

Este reconocimiento jurídico se traduce, normalmente, en el nivel constitucional, debido a la condición de fundamentales de tales derechos, conforme, además, con

10 La excepción relativa, que conforma la regla detrás de esta afirmación, está en la fracción de conflictos laborales producidos y canalizados por vías extrajurídicas, que siempre se presentan, aun cuando normalmente son resueltos, al final, de acuerdo con las regulaciones jurídicas existentes.

la profusa y detallada normativa internacional desarrollada en la materia, tanto en el ámbito de los tratados internacionales de derechos humanos como en la especializada a cargo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en forma de Convenios, Recomendaciones y Resoluciones y Jurisprudencia de su Comité de Libertad Sindical.

Hasta este nivel de reconocimiento constitucional, puede decirse que no se presentan grandes variantes ni salvedades en la forma de consagrar los respectivos derechos en la generalidad de los ordenamientos jurídicos garantistas.

Sin embargo, debido a la densidad de estos derechos fundamentales ellos exigen en forma habitual la remisión y la concurrencia de una regulación legal que las desarrolle en forma complementaria.

Una primera y marcada diferencia –que pudiera dar lugar a otra tipología entre distintos sistemas o tipos concretos de negociación colectiva, distinta a la analizada en torno al nivel de centralización-descentralización– se da en la intensidad y contenido de la remisión que, normalmente desde las normas constitucionales, se hace a la *capacidad y mandato regulatorio de la ley en estas materias*.

Por una parte, se aprecia que la regla generalísima es un tipo de *regulación legal mínima*, histórica y jurídicamente construido con una consideración más sutil de la autonomía y libertad sindicales, por cuanto se correlaciona con sindicalismos que alcanzaron un mayor nivel de desarrollo y fortaleza, que se caracteriza por intervenciones estatales consecuentemente más reducidas, expresadas por regulaciones normativas simples y en general escasas, basadas en la exigencia genérica de negociar de buena fe y en el reconocimiento de los intereses y las voluntades de fondo de los actores.

Ello, por cuanto la regulación es vista en estas realidades más que como un apoyo como una forma de, junto con su reconocimiento legal, domesticación necesaria de la fuerza sindical propia y previamente alcanzada y, por lo tanto, es la mínima, que se justifica en la atención de intereses públicos y sociales relevantes afectados por la confrontación de intereses, manifestada, por ejemplo, en ciertas restricciones de la huelga en algunos casos puntuales.

Así, los actores sociales, en especial el sindicalismo, tienen, en estos escenarios, una amplia libertad y autonomía organizativa y de fines, por lo que, salvo aspectos como las exigencias mínimas de representatividad democrática para efectos de ejercer el derecho a negociar, la ley no pretende regular ni la forma ni el funcionamiento de las respectivas organizaciones.

En cuanto al procedimiento de negociación colectiva propiamente tal, este es, por lo general, flexible y desregulado, primando en todo momento el acuerdo sustantivo que se pudiera alcanzar, independientemente de la forma y el ritual mediante el que se lograre.

En cuanto al contenido concreto de estas regulaciones básicas, además de la representatividad mínima para negociar, o de las excepcionales restricciones al derecho a huelga ya mencionadas, se refieren, entre otras materias, a la regulación de los efectos básicos del acuerdo colectivo alcanzado, la mayoría de las veces por medio de la simple y sostenida interpretación de las cláusulas convencionales de normal ocurrencia.

Responden a este criterio de regulación legal mínima la generalidad de los países europeos, Estados Unidos y, en nuestra realidad más cercana, es paradigmático el caso uruguayo. En contraposición, tendríamos *el tipo de regulación legal desarrollada*, en el que tanto los aspectos relativos a la constitución y funcionamiento de las organizaciones sindicales y empresariales como el desarrollo de la negociación colectiva son materias de normas legales especiales, que tienen un cierto contenido de detalle.

Las justificaciones declaradas o implícitas para ello pueden estar tanto en la necesidad de promover y apoyar desde el Estado la constitución y funcionamiento de las organizaciones, en especial las sindicales, que no alcanzaron grados importantes de fuerza propia y, con ello, el desarrollo de la negociación colectiva; pero también en la necesidad de controlar o supervisar las actividades de estas organizaciones.

Última finalidad que, de la mano con la afectación de la autonomía sindical, explicaría que este rasgo se encuentra relacionado con los regímenes autoritarios y en los demás que contemplan una cuantiosa intervención estatal en este ámbito.

Es nuestra realidad más próxima, y paradójicamente debido al carácter muy desarrollado de su movimiento sindical –no necesariamente autonómico por su vinculación mayor con un sector político–, Argentina se caracteriza por una legislación relativamente densa en estas materias, evidenciando una sostenida e importante intervención estatal.

No obstante, el caso paradigmático y extremo de este tipo es el de Chile, en lo que a la sin parangón regulación legal de este procedimiento se refiere.

En efecto, no obstante contemplarse nuestras respectivas normas constitucionales en un contexto histórico de restricciones o desconfianza hacia la negociación colectiva y el sindicalismo, ello no fue obstáculo para que finalmente las correspondientes prerrogativas fueren consagradas, aun en la versión original de nuestra Carta Fundamental, como derechos fundamentales¹¹. Allí no está el

11 Siempre es útil tener presente lo que al efecto señala íntegra y expresamente el artículo 19 N° 16 inciso 5° de la CPE:

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

A su vez, el artículo 19 N° 15 de la CPE contempla en forma amplia el derecho a asociación y el N° 19 del mismo artículo, el derecho específico de sindicalización, del modo siguiente: *“El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley.*

La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.”

Por último, respecto del derecho a huelga, el inciso 6° y final del señalado artículo 19 N° 16 dispone que:

“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso;”

problema ni la peculiaridad¹². Sin embargo, sí lo está la muy extrema regulación legal surgida consistentemente a partir del Plan Laboral del gobierno militar, caracterizado por una acentuada intromisión estatal en la constitución y funcionamiento de las organizaciones sindicales –no así de las empresariales–, que solo recientemente pudo atemperarse de manera importante mediante la reforma de la Ley 19.579, de 2001, que, además de varias modificaciones a diversos artículos, simplemente derogó numerosas normas del Código del Trabajo relativas a este aspecto¹³.

No obstante, este exceso regulatorio se mantiene en lo sustancial inalterado en lo que a la negociación colectiva se refiere y en una intensidad criticada con claridad¹⁴.

Se ha intentado cuestionar esta regulación legal extrema de la negociación colectiva en Chile –en concreto la reglada al interior de la empresa, que es la única en la que se reconoce el derecho a huelga que le es consustancial– como

12 Ni siquiera, como algunos han querido criticar, por la omisión del reconocimiento expreso del derecho a huelga, pues este debe entenderse incluido en el de negociación colectiva, que lo supone, sin perjuicio de subentenderse también de la mención que se hace a los casos de excepción en que la norma constitucional señala que no puede ejercerse la huelga.

13 Ley N° 19.759, ya citada, modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica, publicada en el Diario Oficial el 05.10.2001.

14 Por ejemplo, López Fernández, Diego, en *“La ineficacia del derecho a negociar colectivamente en Chile”*, en *Negociación colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible*, Dirección del Trabajo, 2009, pág. 51, señala que *“Se trata de una regulación legal excesiva, compleja y restrictiva, que expresamente prohíbe a ciertos trabajadores negociar colectivamente, establece procedimientos largos y engorrosos de negociación, no promueve instancias efectivas de debate y diálogo entre las partes ni acuerdos laborales dinámicos sino solo trámites procedimentales que deben cumplirse a riesgo de perder el derecho a negociar o a efectuar una huelga.”*

También Feres, María Ester e Infante, Ricardo, en *La negociación colectiva del futuro en Chile*, Colección Ideas, año 8, N° 79, septiembre 2007, pág. 32, que caracterizan a la negociación colectiva chilena como un *Procedimiento hiper reglado* y detallan que: *“De otra parte, el procedimiento de negociación reglado en la empresa incluye más de 100 plazos, la mayoría de ellos fatales; es decir, la ley atribuye a su incumplimiento determinados efectos jurídicos, en su mayoría negativos para los trabajadores involucrados.”*

contraría al propio mandato constitucional reseñado, pues afectaría la esencia del derecho fundamental¹⁵. Pero, como vimos, dicha norma constitucional remite expresa y ampliamente a la regulación legal y además, en forma sutil, restringe su condición de derecho fundamental en la medida en que se ejerza “en la empresa” en que se trabaja, desperfilando las posibilidades de negociación fuera de dicho ámbito.

Desde ya se adelanta que este elemento es uno de aquellos en los que puede incidirse para promover una ampliación en la cobertura de la negociación colectiva en el país, en la medida en que, simplificando sustancialmente el procedimiento –aun sin alterar las limitaciones y los derechos y obligaciones sustantivos– será posible prever, aun de modo difícil de cuantificar, un mayor acceso al mismo, por ejemplo, por los menores riesgos en incurrir en errores formales o en costos de asesoría para tratar de preverlos.

Con todo, cabe advertir en este factor regulatorio una cierta tendencia internacional hacia la homogenización de un nivel regulatorio básico y mínimo, pero referido a todos los aspectos estimados esenciales. Así, por ejemplo, es de esperar que cualquier modificación futura en el caso de Chile tienda a una, aún tímida, flexibilización¹⁶; o a la inversa, como en el caso de Uruguay, que dejando atrás el esquema desregulado a ultranza ha observado en los últimos años la dictación de normas especiales que, aún de modo moderado, avanzan hacia la normatividad legal de estas materias¹⁷.

15 Por ejemplo, Tapia. Francisco, en “*El reconocimiento constitucional de la libertad sindical*”, en *Negociación colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible*, Dirección del Trabajo, 2009, pág. 157.

16 Posiblemente por la vía de la ampliación de la aplicabilidad de la negociación colectiva *no reglada* prevista en el artículo 314 del Código del Trabajo que, precisamente, hace referencia a que ...*en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneración, por un tiempo determinado.*

17 El ejemplo más claro es la reciente Ley Nº 18.566, de 2009, que “*Crea un Sistema de Negociación Colectiva*”.

2. La iniciativa

En esta fase trataremos, sucesivamente, los aspectos relativos a la titularidad de la iniciativa y al cumplimiento de los requisitos legales básicos para negociar, entre ellos destacan la preparación del proceso y el derecho a la información; la elaboración de un petitorio o proyecto; el señalamiento del interlocutor y el ámbito de aplicación; y la comunicación del petitorio.

El actor con la titularidad de la iniciativa

El adentrarnos en este aspecto nos remite, de modo inevitable, a detallar el rasgo que se ha estimado principal para originar y causar la distinción entre el tipo centralizado y el descentralizado de negociación colectiva, advirtiendo nuevamente del objetivo de aislarlo para no reducir el análisis de posibles causas del déficit de cobertura que planteamos solo a este relevante factor, pues, según se conciba esta titularidad, se condiciona de manera directa el ámbito posible de la negociación y, en consecuencia, del interlocutor de la misma.

En primer término, cabe tener presente que la titularidad de la iniciativa en la negociación se reconoce, en sentido amplio, tanto a los representantes de los trabajadores como de los empleadores, aun cuando se suponga que lo habitual es que sean aquellos los que la ejerzan con más frecuencia en su aspiración por obtener mejoras en sus condiciones de trabajo y remuneración.

A objeto de preservar su independencia, autonomía y el poder relativo que pueda equiparar a su contraparte empleadora, se exige con frecuencia que la parte trabajadora se encuentre integrada en organizaciones permanentes, normalmente de naturaleza sindical.

Así, la regla es la no aceptación de agrupamientos ocasionales de trabajadores, salvo que –con especial vigilancia a objeto de que ello pudiera no importar un atentado a la libertad sindical– se trate de casos en los que no pueden existir

sindicatos, o estos no existen por razones no imputables a algún acto de injerencia antisindical¹⁸.

En relación con la parte empleadora, y en razón de su mayor poderío relativo, no existe tal restricción, pues puede tratarse de empleadores individuales o coligados en agrupaciones transitorias o estables, indistintamente.

Despejado lo anterior, el criterio que rige en la materia es que la negociación colectiva debe estar abierta a la posibilidad de desarrollarse en los más diversos niveles de amplitud, ya sea funcional o territorialmente definidos, por lo que las combinaciones son múltiples.

Así, pueden haber negociaciones al interior de la empresa (por toda ella, por establecimientos de la misma o por estamentos de trabajadores) o fuera de ella (a nivel de varias empresas reunidas o interempresa; local o comunal, regional o nacional, o por estamentos de trabajadores determinados).

La elección del nivel corresponderá libremente al cualquiera de los titulares potenciales de la negociación colectiva, ya sean empleadores u organizaciones de trabajadores.

Por cierto, la posibilidad de un actor de concretar su expectativa de trabar una negociación colectiva se encuentra condicionada al cumplimiento de algunos requisitos básicos, entre ellos destaca, para lo que ahora tratamos, la acreditación de la representatividad mínima compatible con dicha aspiración.

En efecto, la legislación normalmente exige el cumplimiento de criterios mínimos de representatividad para hacer efectiva la respectiva titularidad, ya sea al interior de las empresas o por sobre y fuera de ellas.

18 Así se expresa consistente y sucesivamente en la normativa y la jurisprudencia OIT, en especial en la Recomendación N° 91, de 1951, sobre los contratos colectivos, párrafo 2, subpárrafo 1); en el artículo 5 del Convenio N° 135, de 1971, sobre representantes de los trabajadores; en el Convenio N° 154, de 1981, sobre negociación colectiva, artículo 3 inciso 2°; y en diversas resoluciones del Comité de Libertad Sindical, según consta en *Recopilación de principios y decisiones del Comité de Libertad Sindical*, OIT, 1996.

Así, esta titularidad está prevista, por ejemplo, en favor exclusivo de la organización declarada “mayoritaria”, esto es, la que representa a más del 50% de las personas del respectivo ámbito; extendiéndose, de no existir una organización mayoritaria, en favor de las organizaciones “más representativas”, es decir, las que sin alcanzar el 50% de representatividad sobrepasan un umbral mínimo de, por ejemplo, el 10 o 15% en cada ámbito específico; y negándose, por último, a aquellas organizaciones que no cumplen algunos de estos criterios de representatividad mínima.

El objetivo de estas exigencias de representatividad mínima y de correlato de exclusividad en el ejercicio del derecho es precisamente salvaguardar el efecto *erga omnes*, y la amplia cobertura de los convenios colectivos resultantes que, como veremos, caracteriza a estos instrumentos en esos sistemas.

En consecuencia, los afiliados a las organizaciones sindicales minoritarias, que carecen del derecho a negociar colectivamente, terminan regidos por los acuerdos alcanzados por las entidades mayoritarias.

Lo anterior es aceptado y compatible con las orientaciones de OIT, las que contemplan, a modo de resguardo, que si no hay una entidad mayoritaria se permita la representación para efectos de poder negociar a entidades que alcanzan un umbral mínimo –por ejemplo de 10 o 15% de representatividad–, y de esta forma pueden hacerlo al menos en nombre de sus afiliados¹⁹.

Para este fin de acreditar la representación del actor que pretende iniciar una negociación colectiva se contempla habitualmente la actuación de un órgano especializado de la Administración de Trabajo que, conforme a sus registros, podrá y deberá determinar si se cumplen las exigencias correspondientes, lo que,

19 Dichos criterios no ven atentado alguno a la libertad sindical en la exclusividad otorgada a las organizaciones mayoritarias o más representativas, en la medida en que en los casos en que ninguna organización logre erigirse en mayoritaria, con más de 50% de representatividad, se reconozca tal derecho a las entidades con representatividad menor, al menos en representación de sus afiliados, como se explica en Gernicon, Bernard y otros, *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, OIT, Ginebra, 2000, pág. 16.

mientras más complejo o amplio es el escenario de negociación que se pretende instalar, supondrá más tiempo de análisis de los antecedentes, que permitan la revisión por ámbitos funcionales o geográficos, hasta declarar el resultado final, con lo que podrá dar por cumplido el requisito de representatividad en algunos de ellos y negarlo en otros, según dichos antecedentes.

En el caso de las organizaciones sindicales los criterios usuales para medir y dar por cumplidos los requisitos básicos de representatividad mínima dicen relación con el número de sus afiliados o, más preciso, con el número de los trabajadores que votaron efectivamente en las últimas elecciones de representantes sindicales o laborales al interior de las respectivas empresas²⁰.

Por último, y muy relevante para anticiparse a determinar el ámbito de los efectos del acuerdo al que se alcance, el criterio jurídico empleado por el iuslaboralismo para apreciar esta representación ha cuestionado generalizadamente las tradicionales concepciones civilistas en torno al mandato –propia de una autonomía individual de voluntades delegadas en los representantes–, a la gestión de negocios ajenos, a las estipulaciones a favor de terceros o, incluso, a alguna especie de representación legal asociada a la incapacidad.

En efecto, todas estas teorías privatistas se han demostrado superadas por las características especialísimas de una representación de intereses de carácter profesional colectivo o institucional, más propia de la representación política que de la privatista²¹ y que explica, en fin, el carácter normativo –como fuente del Derecho del Trabajo– que, más allá de los trabajadores y empleadores directamente involucrados, tendrá el acuerdo al que ellos concurren o se logre en torno a dicha representación.

Es más, en congruencia con este criterio de entender que lo normal es la representación amplia de intereses, la Comisión de Libertad Sindical de la OIT

20 Este último es el criterio utilizado por la actual legislación española en la materia.

21 Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, España, 2006.

ha advertido, como ya dijimos, que a efectos de no afectar este bien jurídico, las legislaciones nacionales no pueden negar en forma terminante la capacidad de las organizaciones minoritarias para también negociar, aun cuando en tales casos los acuerdos a los que lleguen, por excepción, pudieren solo afectar a los involucrados directamente, como excepción al efecto *erga omnes* de la generalidad de los acuerdos colectivos

Por otra parte, cabe enfatizar que, pese a reconocerse una gran autonomía organizativa para los actores, de común se exige, y con claridad, el cumplimiento del principio democrático, de tal forma que las respectivas estructuras y su funcionamiento efectivo deben responder a un orden abierto, con igualdad de derechos y obligaciones a favor no solo de las mayorías sino que, y en especial, de las minorías; mandatos transitorios definidos en votaciones con el estándar propio de la rutina democrática; controles y contrapesos; etcétera.

Aclarado todo lo anterior, precisamente en la alteración de este principio básico de representación sindical amplia según intereses, en el que los dirigentes de las respectivas organizaciones sindicales que negociarán, representan y obligan a un ámbito amplio de trabajadores que va mucho más allá de la delegación o del vínculo individual civilista, se encuentra una de las brechas más radicales que presenta nuestro derecho nacional en la materia, la que, por lo demás, condiciona una visión acotada de la negociación colectiva.

Esta brecha consiste en que en nuestra normativa actual toda la negociación colectiva se sustenta completamente, como regla absoluta, sobre la noción de *trabajadores involucrados*, que responde a un extremo de la visión privatista ampliamente superada que hemos descrito, y que se le aleja radicalmente de la noción de representación de intereses colectivos que está detrás de los actores que participan universalmente de dicha negociación.

En contrapunto, de acuerdo con lo dicho en orden a lo que es habitual en torno a permitir la representación amplia según intereses, una legislación como la española solo contempla excepcionalmente la representatividad limitada a los directamente involucrados –en la forma que nosotros lo entendemos– respecto

de los sindicatos minoritarios que cuentan de una representatividad *ordinaria* –no son *mayoritarios* ni *más representativos*–, y que, por lo tanto no tienen derecho a negociar con esa facultad amplia de obligar, pudiendo, a lo sumo, comprometer solo a sus afiliados²².

Como se puede apreciar, mientras en el caso español la representatividad de los trabajadores –o de los empleadores– entendida como la referida a los directamente involucrados es admitida solo por excepción compensatoria mínima respecto de los sindicatos de segunda o tercera categoría que, por su baja representatividad, no pueden normalmente negociar, en nuestro país se trata de la regla general y única, aplicable a todas las organizaciones de trabajadores, cualquiera sea su nivel de representatividad.

Con ello se evidencia la diferencia radical de lo que en uno y otro contexto se entiende por negociación colectiva, pues, mientras para la gran mayoría se entiende que se refiere a un proceso mediante el cual se generan acuerdos vinculantes amplios, con vigencia mucho más allá de los directamente involucrados que actúan en representación de muchos otros; para el sistema chileno, tributario de una representación civilista tradicional, los involucrados solo se representan a sí mismos y los acuerdos alcanzados los vinculan solo a ellos, al modo de un corriente acuerdo privado de voluntades, negándose a su actuar el amplio valor normativo que es consustancial en la experiencia comparada.

En todo caso, en esta poco analizada característica se encuentra la raíz de que nuestro sistema actual tenga una opción marcada y casi excluyente por la negociación a nivel de empresa, instancia en la que es más accesible y sustentable en el tiempo el concurso individual de voluntades propio de los *directamente involucrados*.

22 En un contexto en que la regla general de exclusividad del derecho a negociar colectivamente a favor de las organizaciones sindicales mayoritarias, o, a lo sumo, cuando estas no existieran, a favor de las más representativas, el Tribunal Constitucional español ha aceptado, por ejemplo, la posibilidad de una *negociación colectiva de efectos reducidos*, limitados por excepción solo a los afiliados a un sindicato minoritario.

Y, además, que dentro de esta negociación descentralizada, el acuerdo al que se llegue tenga un efecto muchísimo más acotado que tampoco abarca a todos los trabajadores de la empresa respectiva, pues, al solo referirse a los *involucrados* en sentido restringido, excluye a los que no se integraron directamente al acuerdo, a los que ingresan con posterioridad a la empresa o, incluso, a los que, habiendo sido parte de la negociación en este sentido acotado, discontinúen, aún por un lapso breve, su permanencia en ella²³. Lo que nos conduce a concluir que el nivel de negociación colectiva casi excluyente o ampliamente predominante en Chile ni siquiera es el de empresa sino que el de *infraempresa* o *subempresa*.

Por cierto, este aspecto –en estrecha relación con el ámbito infra o supraempresa de la negociación, pero independiente–, llevado a la creatividad que fue la característica del Plan Laboral en estas materias, es el que más acentuadamente parece impactar en la muy baja tasa de negociación colectiva existente en nuestro país, no solo respecto de la virtual clausura de la negociación fuera del ámbito de la empresa, sino que también dentro del contexto de esta. Pero, más aún, la aplicación de este concepto civilista de representación, que virtualmente restringe la representación de base solo a nivel de la empresa, se potencia sustancialmente y adquiere dimensiones de inmensa fragilidad e incerteza para el actor trabajador, al vincularse con el criterio jurídico que deja la definición de la empresa a la unilateral decisión, hasta la discrecionalidad, del empresario.

A su vez, la representación superior de las organizaciones se construye a partir de la simple agregación piramidal de estas organizaciones de base, al modo como si fueran también meros individuos. Este criterio en extremo civilista se ha consolidado más por determinación de la jurisprudencia, especialmente la administrativa, que por una inexistente definición expresa de la ley laboral, pues esta jurisprudencia –dictámenes de la Dirección del Trabajo– ha entendido que la *individualidad legal determinada* de que habla nuestro Código del Trabajo en su artículo 3º, parte final del inciso 3º, constituye una simple remisión subordinada a

23 Lo que tiene un notable impacto en un mercado laboral con altísima rotación del empleo como lo es el nuestro.

la definición civil, comercial o tributaria de la empresa, negándose la posibilidad –que fue y sigue siendo cierta– de entender que, bajo la definición dada por la norma²⁴, se evidencia un “concepto *laboral* de empresa”, que no tiene por qué

- 24 El señalado inciso 3° del artículo 3° del código del Trabajo hace mención, con claridad, a todos los elementos a partir de los cuales, para los efectos de la legislación social, se entiende que habrá una empresa, a partir de un hecho básico, cual es su ordenamiento jerárquico en torno a una dirección finalmente única. Dicha norma señala:
“Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.”
 Desatendiendo esta idea la jurisprudencia administrativa, y con ello la judicial, se han negado a considerar la amplia y clara primera parte de la definición laboral de empresa, relativa al mando unificado que la caracteriza, y se ha limitado al reenvío hacia los demás órdenes normativos a partir de solo considerar la última parte de la definición, descartando la posibilidad jurídica habitual en estas materias –principio de primacía de la realidad propio del Derecho del Trabajo– de “*develar el velo*” y sincerar simulaciones y situaciones aparentes o formales que cuya finalidad regular es simplemente eludir el cumplimiento de obligaciones laborales, con la correlativa afectación de los correspondientes derechos. Esta desatención es más clara aún considerando lo dispuesto en el actual artículo 507 del Código del Trabajo que en su inciso primero sanciona con multa administrativa *...al empleador que simula la contratación a través de terceros... y ...al que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga por objeto eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales...*
 Aun cuando así no lo ha reflexionado la citada jurisprudencia administrativa, parece obvio que, por efectos de la simulación detectada y reprochada en la especie, estos “terceros” mencionados en la primera hipótesis no son tales sino que es el mismo empleador –que conserva la “unidad de dirección” pero que la esconde en una apariencia. Es más, seguidamente los incisos 3° y 4° de esta disposición (lo destacado es nuestro) señalan con mayor precisión aún:
Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, a que se refiere el inciso anterior, cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones e indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente.
 Sin embargo, estas disposiciones no han logrado tener aplicación práctica relevante pues han chocado irremisiblemente y fatalmente con el reduccionismo civilista de entender que el único aspecto determinante a considerar es la señalada *individualidad legal determinada*, entendida, además, en un simple reenvío, a una dimensión extralaboral, específicamente civil, comercial o tributaria, por lo que, ante la existencia de una razón social o un RUT distinto, simplemente la citada jurisprudencia concluye, por regla generalísima –ha habido una línea jurisprudencial minoritaria y acotada en sentido contrario– que se trata de empresas diferentes y, por tanto, que, siendo auténticos “terceros”, no es posible aplicar las figuras de la simulación o el subterfugio.

encontrar con el civil, el comercial o el tributario, como estos, a su vez, tampoco tienen necesariamente que coincidir entre sí²⁵.

Así, esta debilidad jurídica se ha constituido en uno de los aspectos que, a nuestro entender, más negativamente impactan sobre la tasa de negociación, pues por ella, aún en los sectores respecto de los que no había dudas conceptuales en orden a la procedencia y previsibilidad fáctica de la negociación colectiva –empresas de mediano y gran tamaño, más aún aquellas con posibilidades de importantes y sostenidas utilidades–, esta se ha visto artificialmente reducida, ya sea por vía directa de permitir discrecionalmente al empleador el fraccionamiento artificial de la empresa mediante la configuración de múltiples razones sociales con disminuido número de trabajadores y, por lo tanto, con incumplimiento del quórum mínimo para negociar; o por vía indirecta pero igualmente nociva, de hacerla inviable debido a la debilidad del actor sindical y a la falta de fuerza para enfrentar a la potente –y única– administración empresarial que se presenta en el trasfondo en todos estos casos.

Si bien la detección de este grave problema laboral emanado de la posibilidad del empleador de fraccionar discrecional y artificialmente la empresa, es de ya larga data²⁶, las inconsistencias y debilidades que lo permiten se han hecho

- 25 El resultado final es, entonces, la ausencia definitiva, en la práctica, de un concepto propiamente *laboral* de empresa, pese a que puede señalarse que este legalmente y está con claridad contemplado en el citado artículo 3° inciso 3° del Código del Trabajo.
 De tal forma que no cabe duda que si, con intervención de las facultades fiscalizadoras del ámbito tributario si fuera el caso, se dieran los presupuestos de la legislación tributaria para entender que hay una empresa, se aplican ellos con independencia de la forma jurídica civil o comercial de que se trate, lo que evidencia que el problema es hoy netamente propio del ámbito laboral.
- 26 El diagnóstico de esta contrariedad se remonta a los años 90 del siglo pasado, según lo detectaba la actividad inspectiva de la Dirección del Trabajo, pero alcanza su punto cúlmine con los estudios del Ministerio del Trabajo y Previsión Social que expusieron resultados en donde constaban diversos ejemplos de empresas, en su mayoría del sector *retail*, que funcionaban con decenas y hasta centenas de RUT distintos –ya sea por regiones, locales, departamentos o secciones de sus diversas tiendas–, lo que producía un directo y sustantivo impacto en materia de pago de gratificaciones o, en lo que a nosotros atañe ahora, sindicalización y negociación colectiva. Ver, por ejemplo, *Observatorio Laboral*, N° 28, de mayo de 2008, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

evidentes en los últimos años con el rotulado público del problema del *multirut* lo que explica que, en paralelo con la tramitación de mociones legislativas destinadas a establecer o reforzar un concepto laboral de empresa, ocupe un lugar en los compromisos de gobierno que, coincidiendo en lo sustantivo con lo aquí expuesto, ha señalado que la solución podría ser más de tipo administrativo que legislativo²⁷.

Por otra parte, otra brecha presente en nuestra legislación respecto de la comparada en estas materias de representatividad de los actores, dice relación, respecto del actor trabajador, con la posibilidad de negociar colectivamente que en nuestra legislación actual se da a grupos de trabajadores ocasionalmente coligados para este solo efecto.

Como ya se dijo, se ha advertido desde largo tiempo en la normativa OIT que esta posibilidad puede ser apreciada como atentatoria contra la libertad sindical en la medida en que además de ser lesiva para los sindicatos implica aceptar un eventual remedo de negociación con un actor que no aparece suficientemente representativo de los trabajadores, y que por su falta de existencia real y permanente y extrema debilidad no es normalmente capaz de enfrentar de modo serio sus intereses frente a su contrapartida empleadora.

Así, en el fondo, esta parte empleadora puede guiar y determinar el curso de esta, entonces, pseudonegociación, en tanto que en la práctica estos grupos de trabajadores transitoriamente coligados, lejos de una conformación autonómica o espontánea, se constituyen muchas veces por invitación o acción directa de aquella parte empleadora y no tienen ninguna capacidad de incidir de manera determinante en los resultados o eventuales acuerdos alcanzados, ni facultades de seguimiento en torno al cumplimiento efectivo de los mismos.

27 Como lo ha declarado en varias oportunidades en el curso del 2010 el Subsecretario del Trabajo que, reconociendo el problema, alerta acerca de los, en concepto del gobierno, riesgos que tendría implementar una solución por la vía de generalizar un cambio del concepto laboral de empresa como lo proponen las mociones legislativas en trámite.

Es por estas razones que esta posibilidad de aceptar la negociación de grupos de trabajadores transitoriamente coligados al efecto solo resulta aceptada, y con vigilancia especial, para los casos en los que no sea posible constituir sindicatos y estos no existan.

Sin embargo, la posibilidad de negociar otorgada a grupos negociadores de trabajadores es, en nuestra legislación actual, amplísima y análoga a la de los sindicatos²⁸, constituyéndose, por definición legal, en una opción alternativa y competitiva frente a estos, de tal forma que ello se presta para una intervención abierta al empleador de crear interlocución o hacer valer sus puntos de vista con organizaciones transitorias que, menos poderosas y más moldeables a sus intereses, terminan siendo aparentemente favorecidas por sus decisiones y prácticas empresariales, en detrimento de los sindicatos.

En el hecho, los atentados a la libertad sindical producidos regularmente con la normativa original del Plan Laboral en esta materia alcanzaron en el pasado reciente tal nivel de abuso y distorsión de la negociación colectiva²⁹ que la Ley 19.759, de 2001, hubo de introducir varias radicales reformas y regulaciones mínimas al procedimiento no reglado del artículo 314 del Código del Trabajo, cuando se pretendiere hacer uso de él por grupos de trabajadores, dando lugar

28 A partir de lo previsto en el artículo 303 del Código del Trabajo, que señala la posibilidad de negociar de uno o más empleadores *...con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros...* y del artículo 315, que contempla expresamente a estos grupos la facultad de presentar proyectos de contrato colectivo.

29 Se constituyó en usual la suscripción de supuestos convenios colectivos que, amparados en la total falta de formalidades para conformarlos, eran confeccionados en realidad unilateralmente por el empleador y ofrecidos a la firma individual de cada trabajador, partiendo por algunos trabajadores de su confianza o más dóciles que aparecían como una supuesta comisión negociadora. Ello, además, por una larga cantidad de años que en varios casos alcanzaba a los seis u ocho o más, con el objetivo obvio de que los trabajadores involucrados de este modo aparecieran ejerciendo y agotando su derecho a negociar colectivamente sin poder ejercerlo de verdad durante todo el largo tiempo de duración de estos convenios. El develamiento jurídico de esta figura fraudulenta se logró denominándoles de una forma que denotara su origen espurio, al llamarles *contratos individuales de adhesión múltiple*.

entonces a un procedimiento intermedio entre el reglado y el no reglado³⁰. Pero, no obstante, se mantuvo la posibilidad de negociar por grupos de trabajadores en forma alternativa o competitiva para con los sindicatos.

Con todo, aun siendo este un tema en extremo sensible para la libertad sindical, no queda clara su relación con la tasa de cobertura efectiva de la negociación colectiva que ahora nos ocupa, pues antes de estas mínimamente garantistas exigencias introducidas por la Ley N° 19.759, se podía señalar que la relativamente alta tasa de suscripción de instrumentos colectivos con grupos negociadores –en su gran mayoría o totalidad, por la vía de convenios colectivos surgidos del procedimiento no reglado del antiguo artículo 314– escondía crecientemente procedimientos que no eran en realidad una negociación colectiva. Ahora, con estas correcciones, la crítica se ha aminorado y se ha reducido relativamente el número de trabajadores integrantes de grupos: desde 25% a inicios de los años 90 hasta menos del 15% del total de los que negocian, y, entre estos, también los que lo hacen por medio de convenios³¹, no quedando claro que si la norma que aún permite esta posibilidad de negociar por grupos se removiera definitivamente, estos trabajadores negociarían de otra forma, previa agrupación o vínculo con un sindicato.

Por lo demás, aún suponiéndose que la eventual debilidad o fortaleza sindical sería uno de los factores que inciden directamente en la tasa de negociación que investigamos, ello es hoy cada vez más opinable en el contexto mundial al tenor del desacople que presenta en la generalidad de los países la relación entre la

30 El que, en un nuevo artículo 314 bis del Código del Trabajo, contempla, por ejemplo, un número mínimo de 8 trabajadores; una elección de la comisión negociadora de los trabajadores, en forma secreta y previa a la presentación del proyecto, ante un Inspector del Trabajo; una obligación de respuesta del empleador en un plazo de 15 días; y una aprobación o rechazo de la respuesta del empleador en votación secreta de los trabajadores, celebrada también ante Inspector del Trabajo. Todas normas destinadas a exigir y garantizar el carácter auténticamente “colectivo” del grupo de trabajadores, y con ello reforzar la posibilidad de una auténtica negociación, aún mínima, con el empleador, restringiendo, por tanto, la concurrencia de las ya habituales simulaciones de negociación detectadas en la realidad precedente.

31 “Series Estadísticas. Capítulo II. Negociación Colectiva”, de la Dirección del Trabajo.

tasa de sindicalización y la tasa de negociación colectiva, de tal forma que aún decreciendo aquella esta última se mantiene o acrecienta³².

Pensamos que este interesante fenómeno pudiera estar relacionado con el asentamiento que tendría el principio de la representación de intereses en materia de negociación colectiva, mediante el cual menos organizaciones sindicales –quizás con menos afiliados pero más especializados y tecnificados– asumen la representación de los trabajadores –incluso no solo respecto de las empresas sino que también del gobierno–, y dan lugar a acuerdos colectivos de amplia cobertura y aplicación.

Por último, esta brecha de nuestra legislación respecto de la representatividad sindical con relación a cómo es entendida en la generalidad de la experiencia comparada, también se presenta respecto del actor empresarial, pues la forma jurídica tradicional de constituir sus organizaciones en nuestro ordenamiento jurídico –mediante Asociaciones Gremiales regidas por el D.L. 2.759, de 1979– excluye radicalmente la capacidad de representación de intereses colectivos³³. Con lo que se evidencia nuevamente la opción por restringir la representatividad de los actores a una concepción privatista, de representación civil, que es ajena a la normalmente prevista en la negociación colectiva, para la que el Derecho Laboral ha definido un rol generador de normas y efectos de carácter amplio y complementario al de la normativa legal³⁴.

32 Como lo refleja una cierta tendencia mundial, con muy pocas excepciones. Ver, por ejemplo, Dusaillant, Francisca, ob. cit., pág. 7.

33 Lo que también se ha objetado, por ejemplo, en Feres e Infante, ob. cit., pág. 31.

34 Como lo señala la doctrina y se desprende con claridad del artículo 2 del Convenio 154, de 1981, sobre Negociación Colectiva, de OIT, que dispone:

A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

(a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o

(b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o

(c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Este criterio restrictivo se erige, por tanto, también en un basal obstáculo para ampliar su cobertura en la forma en que lo hemos venido analizando.

El cumplimiento de requisitos legales básicos para negociar

El principal de estos requisitos puede entenderse que lo es la propia acreditación de representatividad mínima que, atendida su relevancia en torno a la definición del sujeto titular de la iniciativa, la tratamos anticipadamente en el punto anterior, en conjunto con la propia conceptualización de dicho actor. Ahora revisaremos algunos otros requisitos adicionales que establezcan habitualmente las respectivas legislaciones en su rol regulador del derecho a negociar.

Entre estos pueden señalarse la acreditación de la posibilidad concreta de negociar con arreglo a la regulación legal; la preparación de la negociación, en relación estrecha con el derecho a la información; la elaboración de un proyecto o pliego con planteamientos o materias a negociar; la determinación clara del interlocutor y el ámbito de la negociación; y la comunicación del proyecto.

a) La acreditación de la posibilidad concreta de negociar

La regulación legal siempre contempla exigencias para negociar, que hacen que la titularidad abstracta se exprese o manifieste en forma concreta, en la medida en que se cumplen tales condiciones, normalmente establecidas en forma estricta o precisa con la sola finalidad de promover o hacer posible la propia negociación y los derechos y obligaciones que esta otorga.

Así, por ejemplo, una condición de este tipo es la exigencia usual de ausencia de vigencia de alguna "cláusula de paz", esto es, de aquella que, teniendo su origen precisamente en una negociación colectiva anterior, consiste en un lapso de exclusión de la posibilidad de negociar nuevamente, o al menos de utilizar la huelga, coincidente con la vigencia plena del acuerdo colectivo al que se arribó en dicha ocasión.

En otras palabras, la condición básica a cumplir para iniciar una nueva negociación

colectiva es que estén próximos a expirar, o ya expirados, los efectos limitativos para tal efecto surgidos de la propia negociación colectiva precedente.

En concreto, lo habitual es que se inicie la nueva negociación en las últimas semanas o meses inmediatamente anteriores a la expiración de la vigencia de los efectos de la negociación previa, de la manera abierta y desformalizada que es la característica, y con la urgencia relativa de tratar de terminarla con anticipación a la expiración de tal vigencia, a objeto de hacer innecesaria la posible huelga, que puede ejercerse libremente a partir del momento en que expira la vigencia de la cláusula limitativa respectiva.

Es posible concebir otras limitaciones o condiciones puntuales que cumplir, siempre en forma excepcional o restrictiva, cuidando no regular el derecho, de modo que pudiera llegar a estimarse afectado en su esencia. No obstante, en nuestro caso, estos requisitos o condiciones de negociabilidad están marcadamente exagerados, de tal forma que, además de la exigencia de no estar vigente un acuerdo colectivo que la excluya durante tal vigencia, tampoco se puede negociar en las empresas: i) que están excluidas por ley, entre ellas están las empresas e instituciones públicas, y las privadas financiadas en más de 50% con recursos públicos³⁵; ii) que no cuenten con una antigüedad superior a un año³⁶; iii) que no tengan ocho o más trabajadores³⁷; iv) que, habiendo utilizado la posibilidad expresamente prevista por la ley, han declarado hasta 60 días por año como no aptos para la negociación, durante este lapso³⁸.

Si bien algunas de estas limitaciones al derecho a negociar pueden resultar razonables, como la relativa a la antigüedad mínima de las empresas, la mayoría

35 Artículo 304 incisos 2º y 3º del Código del Trabajo.

36 Artículo 308 del Código del Trabajo.

37 Artículo 227 inciso 3º que establece tal mínimo para constituir un sindicato, en correspondencia con el artículo 314 bis del mismo Código del Trabajo, que contempla en 8 el mínimo de trabajadores de un grupo negociador.

38 Artículo 317 inciso 2º del Código del Trabajo.

de ellas no tiene presencia en la experiencia comparada³⁹, situación que se agrava al considerar que el conjunto de todas ellas aminora finalmente de modo significativo la procedencia concreta del derecho a negociar, afectando, por ende, su tasa de cobertura efectiva.

b) La preparación de la negociación y el derecho a la información

Se ha entendido correctamente a la negociación colectiva como un proceso continuo, pues instala una cultura de diálogo y acompañamiento constante en torno a la capacidad de exponer y escuchar los distintos intereses de los actores concurrentes al mercado de trabajo, con el objeto de distribuir participativamente los excedentes alcanzados.

Así, en los momentos en que culmina una negociación con un acuerdo colectivo vinculante, comienza la atención en el cumplimiento de sus disposiciones durante su vigencia y se genera la respectiva evaluación de los actores, que servirá de fundamento para preparar las negociaciones siguientes, y así sucesivamente.

De allí la centralidad de la necesidad de contar con la información pertinente, tanto antes como durante y después de la negociación propiamente tal.

En nuestro caso, hasta antes de la Ley N° 19.759, de 2001, este derecho a la información estaba virtualmente incumplido y se reducía, en su mínima expresión, y de acuerdo con el artículo 329 inciso 1 del Código del Trabajo, al respaldo que el empleador estimara unilateralmente necesario para fundar su respuesta al pliego ya presentado.

39 A raíz de que, según el artículo 5 letra d) del Convenio N° 154, de 1981, acerca de Negociación Colectiva, tales restricciones pueden estimarse que lo incumplen, ya que dicha disposición dispone:
1. *Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.*
2. *Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:*
(d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;

Después de tal reforma, que vino a modificar esta radical carencia y brecha, se introdujo un nuevo inciso final al artículo 315 del Código que contempló una obligación de entrega previa de antecedentes mínimos y además objetivados –aun modestos y puntuales–, por parte del empleador, a objeto de poder preparar el proyecto.

Pero las dificultades en el derecho a la información aún subsisten, y más allá de los problemas de controlar el cumplimiento del mínimo exigido por esta nueva norma, se sustentan en el carácter demasiado básico de estos antecedentes obligatorios de entregar, en una concepción que, poniendo el énfasis en proteger de injerencias las facultades de administración y la propiedad del empleador sobre datos sensibles para su desempeño empresarial, descuida la necesaria tecnificación y transparencia con que debiera efectuarse una negociación.

Con todo, no obstante las conjeturas sobre el desestímulo que aún pudiera provocar esta carencia parcialmente atendida, no es posible atribuir a este factor una incidencia directa en la tasa de cobertura de la negociación.

c) La elaboración de un proyecto o petitorio con puntos o materias específicas

Esta es, por supuesto, una exigencia básica de concreción del procedimiento de negociación colectiva, de cargo de aquel actor que formula la iniciativa correspondiente, y que consiste en traducir sus aspiraciones en forma de peticiones o posibles cláusulas a integrar al acuerdo colectivo al que se alcance.

En el derecho comparado las materias a negociar son amplias y, en general, contemplan solo restricciones obvias como las referidas a la necesidad de respetar la Constitución y los derechos fundamentales de trabajadores y empleadores, evitando las normas discriminatorias; o acatar la regulación de la ley. Algunas legislaciones incluyen, además, restricciones relativas a la protección general de la economía, salvaguardándola de eventuales perjuicios graves a ella o a terceros como los consumidores, que pudieran causarse con algunas cláusulas en particular⁴⁰.

40 Por ejemplo, es un objetivo del proceso de homologación de los instrumentos colectivos contemplado en la legislación argentina.

En un sentido relacionado, en lo propiamente salarial, algunas legislaciones han comenzado a contemplar la posibilidad de que los gobiernos adopten directrices económicas generales que orienten las cláusulas de aumento salarial, o incluso, en algunos casos más opinables en relación con el respeto a la autonomía sindical, que establezcan rangos posibles de aumentos salariales de acuerdo con el desempeño de la economía⁴¹. Con ello se busca pragmáticamente introducir factores de coordinación en las negociaciones colectivas, en particular en las de carácter centralizado o agregado⁴².

En lo que dice relación con la posibilidad de negociar sobre las facultades de administración del empleador, es un tema doctrinalmente polémico en las diversas realidades nacionales y, paradójicamente, con escasa importancia práctica⁴³. Así, no

41 Por ejemplo, es el caso paradigmático de Uruguay, en el que por medio de los llamados Consejos de Salario, convocados por el gobierno y con integración tripartita, fijan pautas precisas de aumentos salariales mínimos y máximos a las que las negociaciones sectoriales deben ajustarse, lo que es controlado mediante el proceso de registro, homologación y vigencia de los instrumentos, previsto en la reciente Ley N° 18.566, de 2009, sobre Sistema de Negociación Colectiva.

42 Se entiende por *coordinación* de las negociaciones colectivas el grado de atención que le prestan los respectivos procedimientos al contexto social global, en especial a las condiciones generales de la economía del país o zona en que se aplicarán las disposiciones de los acuerdos a los que se llegue. Al efecto se ha estudiado que las negociaciones colectivas a nivel de empresa, tanto como las de nivel nacional, presentan, en general, y aun por vías diferentes, importantes grados de coordinación, al menos en relación con las negociaciones de nivel supraempresa, pero no de alcance nacional sino que local, provincial o regional, que presentan una carencia más problemática en tal sentido, necesitada de suplir con estas pautas gubernamentales. Sobre el nivel de coordinación, y su relación con el nivel de *concentración* –descentralizada v/s centralizada– de la negociación, ver entre nosotros el trabajo de Dusallant, *Sindicatos y Negociación...*, págs. 18 y ss.

43 En efecto, sin necesidad de incurrir en lo que pudiera ser un acalorado debate en torno a principios abstractos hay que rendirse a la evidencia en orden a que el contenido obligacional habitual de los instrumentos colectivos importa regulaciones y restricciones para las facultades de administración y, en el hecho, en la diversidad de las realidades nacionales se ha abierto un espacio creciente –y, por definición, casi ilimitado– para contemplar las más diversas cláusulas relativas a las más novedosas situaciones de relevancia para el mundo del trabajo. Así, por ejemplo, al contenido tradicional en torno a la fijación de condiciones comunes de trabajo y regulación se han agregado cláusulas de descuelgue, de contingencia frente a cambios económicos, de protección frente al desempleo, de beneficios complementarios de la seguridad social, de regulación del cambio o la adaptación, etc., que vuelven ilusoria la noción de una línea divisoria clara entre aquellas que no afectan las facultades de administración y las que sí podría estimarse que lo hacen.

obstante la tendencia a dejar atrás una fase en la que se establecían prohibiciones terminantes y genéricas de que ello acontezca, se sigue, en general, negando conceptualmente las posibilidades de forzar, vía negociación, una especie de cogobierno en las empresas⁴⁴, que alteraría, por lo demás, el principio de ajenidad aplicable en el ámbito laboral dependiente.

En Chile nos encontramos aún, previsiblemente, en la fase de negación absoluta de esta posibilidad⁴⁵, pero por las razones expuestas y pese a opiniones en contrario, no estimamos que ello constituya una brecha de nuestra legislación nacional respecto de la experiencia comparada, ni menos que haya un impacto por ello en la tasa de cobertura en la negociación.

d) El señalamiento del interlocutor y el ámbito de aplicación

En realidad este es un aspecto directo y causalmente vinculado a la representatividad que el actor a cargo de la iniciativa ha logrado conformar y acreditar en determinado ámbito territorial o funcional, a nivel local, regional o nacional, de tal forma que esta condiciona y define al interlocutor, sin perjuicio de que haya que señalarlo expresamente.

Por cierto, simplemente cabe reiterar las reflexiones respecto de la brecha grave que ya analizamos en materia de criterio de representatividad y, por ende, la consecuencia que provoca en forzar la radicación casi exclusiva de la negociación colectiva en el nivel subempresa, esto es, que, en concreto y por regla generalísima, solo se practica en una fracción de la empresa sin siquiera abarcar la totalidad o generalidad de los trabajadores de la misma.

44 Quizás una excepción relativa –pues no surge de la negociación colectiva sino que de la constitución jurídica de la empresa– podría ser la contemplada en la legislación alemana, que otorga a los Comités de Empresa, previstos como orgánica paritaria de funcionamiento de las empresas de mayor tamaño relativo, diversas y sustanciales competencias sobre la gestión y dirección de la misma.

45 Artículo 306 inciso 2° del Código del Trabajo.

e) La comunicación del proyecto o petitorio

Esta exigencia normalmente contempla una doble tarea de comunicar tanto al interlocutor como a algún ente estatal que registrará el inicio del respectivo proceso, lo que se da en nuestro país respecto de la obligación de comunicar tal circunstancia a la respectiva Inspección del Trabajo⁴⁶, sin presentar diferencias relevantes con la experiencia comparada, ni, por tanto, justificar observaciones o eventuales impactos en la materia que nos ocupa.

3. La respuesta de la parte receptora de la iniciativa

Después de comunicado legalmente un proyecto a un interlocutor, con copia al organismo público que registra y hace seguimiento del proceso, lo característico de la negociación colectiva en toda la experiencia comparada es la obligación del interlocutor convocado de comprometer su voluntad y disposición a negociar mediante una respuesta precisa al efecto, salvo que concurran expresas causas legales o convencionales.

Entre estas excepcionales causas legales de excusa destacan la existencia de vicios invalidantes en la comunicación del proyecto, tanto de forma –como la ausencia de forma escrita o la falta de un contenido esencial mínimo– como de fondo –por ejemplo, relativos a la falta de representatividad suficiente, o a la propuesta de contenidos completamente ajenos al ámbito laboral–.

A su vez, entre las causas convencionales, o legales según se les defina por la respectiva legislación, la principal es la existencia de un acuerdo colectivo vigente entre las partes –por supuesto, que no esté en el lapso de expiración próxima que autoriza iniciar una nueva negociación que pretenda continuidad con la anterior–, lo que de inmediato y en forma categórica autoriza la negativa a trabar un nuevo proceso.

46 Artículo 324 inciso 1º del Código del Trabajo.

Del mismo modo, existen otras cláusulas convencionales limitativas relacionadas con el respeto al nivel de negociación de determinadas materias, pactado por las propias partes⁴⁷.

Así, si no existe alguna de estas precisas y restrictivas causales legales o convencionales de la negociación colectiva, la obligación perentoria del interlocutor es, como dijimos, comprometer su voluntad negociadora, lo cual, al examinar nuestra legislación vigente, permite concluir la detección de una nueva y radical brecha, comparable en impacto solo a la identificada respecto del criterio de representación de los actores y que, en actuación conjunta con esta, explica técnicamente la causa de existir en Chile exclusivamente negociación colectiva a nivel que hemos denominado *infraempresa* o *subempresa*.

Se trata de la peculiaridad ya largamente conocida, analizada y criticada por los especialistas en orden a la completa voluntariedad del empleador para aceptar negociar proyectos colectivos supraempresa o, siquiera, interempresa, prevista como regla generalísima en nuestro Código del Trabajo⁴⁸.

En realidad esta es una formulación insólita que con sinceridad y rigor técnico equivale, en pleno, a la prohibición de negociar colectivamente fuera del ámbito de la empresa, salvo que el empleador renuncie al derecho de exclusión establecido en su favor y acepte negociar fuera de tal ámbito.

Así lo ha demostrado palmariamente las tres décadas de vigencia de esta peculiar disposición que no es sino otro de los varios eufemismos surgidos de la inventiva de los autores el Plan Laboral de fines de los años 70 del siglo pasado⁴⁹.

47 Por ejemplo, en el caso español se contempla expresamente entre las causales convencionales de exclusión de la negociación la existencia de un acuerdo sobre la "estructura de la negociación colectiva", mediante esta se prohíbe la negociación de una materia en determinado ámbito, normalmente inferior a otro que la contempla a nivel superior.

48 En los artículos 334 inciso 2º letra a) y 334 bis A.

49 Equiparable, por ejemplo, a otros como el establecimiento del propio desahucio –despido sin expresión de causa– como una causal de despido de un sistema que pretendía seguir apareciendo como de despido reglado; o del derecho a huelga con duración máxima, tras la cual su efecto automático era el despido del trabajador; entre tantos otros artilugios conceptuales que terminaban vaciando el contenido de los institutos así regulados.

A diferencia de otros de estos artificios conceptuales, que han sido removidos o vueltos a su fuero original –aun manteniendo brechas, disparidades o peculiaridades, algunas cuestionables y otras legítimas, que son aceptadas en la diversidad legislativa propia de las distintas realidades nacionales–, en este caso las modificaciones tras la normalización democrática no han logrado siquiera poner en estudio serio el punto, en atención al desconocimiento de la operatoria comparada en la materia y al consecuente recelo que hemos dicho existe en nuestra institucionalidad política y económica respecto de cualquier atisbo de negociación colectiva supraempresa,

En la especie, la única modificación efectuada, de ya larga data, mediante la Ley Nº 19.069, de 1991, se circunscribió, con un artilugio parecido al original, a cambiar la prohibición absoluta de negociar en los ámbitos supraempresa, por la posibilidad de hacerlo en la medida en que, como ya dijimos, concurra la voluntariedad del empleador.

Fórmula que, en el fondo, deja las cosas exactamente iguales pero con una mejor presentación de forma, considerando que, como dijimos, los empleadores, antes y ahora, podían voluntariamente renunciar al ejercicio de una prerrogativa establecida en su favor⁵⁰.

El influjo de esta brecha, en conjunto con la relativa al criterio de representatividad de los actores, con la que se potencian mutuamente, aparece muy significativo en la baja tasa de negociación del país, en particular considerando una estructura

50 Se entiende todos los empleadores involucrados, de consuno, esto es, en forma unánime, pues si hubiera algún empleador muy especial que individualmente quisiera negociar, basta que sus demás pares no lo quisieran, para que la posibilidad de este tipo de negociación se frustre, demostrando adicionalmente lo etérea que es. Por lo demás, es completamente inverosímil la concurrencia habitual de la voluntad de empleadores para negociar colectivamente –casos puntualísimos los habría en estas tres décadas, pero se explicarían en la concurrencia de circunstancias muy especiales relacionadas con la armonización de conflictos más amplios en determinados sectores económicos– en la medida en que es un hecho absolutamente establecido el que en los casos en que existe negociación colectiva se observa, aún muy moderado, un aumento en los costos remuneracionales de los empleadores. ¿Si no para qué es la negociación?

empresarial constituida en su inmensa mayoría por unidades relativamente muy pequeñas en tamaño y número de trabajadores⁵¹, que por lo tanto y por definición inicial se encuentran al margen de la negociación colectiva subempresa que, a su vez, y por efecto de estas limitantes, es la única que en el hecho existe.

4. La constitución de la comisión negociadora

La consecuencia inmediata de haberse trabado la negociación tras la comunicación del actor que tuvo la iniciativa al interlocutor señalado, es la necesidad de conformar oportunamente una comisión negociadora, integrada, en forma paritaria, por representantes de los trabajadores y los empleadores concurrentes.

Si se tratara de una negociación colectiva de ámbito superior a la empresa, el actor interpelado con el proyecto deberá constituirse como tal con arreglo a análogas reglas de representatividad que las aplicables al que tuvo la iniciativa, contando con plazos amplios pero precisos para hacerlo.

Cabe enfatizar que lo habitual es conformar esta comisión negociadora como una misma y sola instancia que agrupa a los representantes de ambas partes, secundados por el número de asesores que se regule, los que pueden asistir a todas las sesiones, sin derecho a voto.

51 Según datos extraídos de la Encuesta CASEN y de la base de empresas del Servicio de Impuestos Internos, *La situación de la micro y pequeña empresa en Chile - 2010*, de OIT y SERCOTEC, Santiago, 2010, pág. 25, concluye que el 90,4% del total de las empresas formales o informales en Chile tienen entre 1 y 9 trabajadores y, desde este punto de vista, es clasificado como microempresa, siendo responsable del 41,34% del total de la fuerza de trabajo privada, excluyendo el servicio doméstico y el empleo público. Este solo rasgo las excluye de partida de la negociación de empresa al considerar que para constituir un sindicato o un grupo negociador se requiere de un mínimo de 8 trabajadores, y en dichas empresas pequeñas al menos uno de los trabajadores pudiera ser el propio empleador y alguna otra persona de su más cercana confianza personal o familiar.

Así, lo regular es que esta orgánica sea presidida por uno de los representantes de una de las partes, escogido por todos los asistentes, quien se concentrará en organizar y facilitar el procedimiento de deliberación y búsqueda de acuerdos, resignando un rol activo en el debate, lo que equilibra el desnivel que pudiera suponerse en relación con la representación de la parte a la que pertenece.

Ello marca una nueva y radical diferencia con lo que se observa en nuestro sistema, en el cual no está contemplada la conformación de una instancia única sino que simplemente los encuentros puntuales de las partes, que se mantienen representadas en forma separada y distinta. En el caso de los trabajadores, por una comisión negociadora integrada solo por los respectivos representantes del sindicato o del grupo de trabajadores reunidos al efecto, la que puede estar acompañada por sus asesores; y en el caso del empleador, hasta por tres apoderados, que también pueden ser asistidos por asesores⁵².

Apreciamos en esta situación una importante brecha conceptual que privilegia nuevamente la representatividad individual más que colectiva, con un alto impacto en la concepción que se tiene de la negociación, en la fase de las deliberaciones que viene a continuación y, en consecuencia, en sus resultados concretos, que no ha sido suficientemente atendido y que trataremos con algo más de detalle en la etapa que sigue.

5. Las deliberaciones

Como anticipamos en su momento, esta fase se rige, en la normativa de OIT y comparada por la general exigencia, a ambas partes, de acatar el principio de la buena fe, a objeto de que, por medio de un proceder abierto y desformalizado, se esmeren en escucharse, comprender los planteamientos e intereses recíprocos y

52

Inciso final del artículo 326 del Código del Trabajo.

buscar puntos de acercamiento o encuentro que, mediante peticiones, ofertas y contraofertas, les permitan llegar a un acuerdo.

Decíamos en el punto anterior que en la concepción de la forma en que debía organizarse la negociación se observaba otra importante brecha entre la experiencia comparada y nuestro actual sistema de negociación colectiva, la que tenía un significativo impacto en el desarrollo y resultados del mismo.

En efecto, en la experiencia comparada al conformarse la representación paritaria de ambos actores en el seno de una misma instancia, se establece una lógica que favorece y potencia el encuentro permanente, la negociación de buena fe exigida universalmente en la materia y, por ende, los buenos acuerdos resultantes.

Por el contrario, el no conformar una única instancia y mantener a las partes desagregadas, enfatiza la precariedad del proceso, los encuentros esporádicos o puntuales y el tratamiento atrincherado de los temas. Más todavía si la representación del empleador, aun de número múltiple, no conforma, siquiera ella misma, un agregado, pues se trata, cada uno de ellos, de representantes individuales del empleador, que, como tal, puede mantener su voluntad a distancia relativa de la negociación.

El contraste con lo que ocurre en una legislación como la española, que se ajusta al criterio comparado, es notorio, pues en dicho sistema se entiende que la comisión negociadora llega a un acuerdo cuando en su seno una propuesta concreta alcanza la mayoría de los votos tanto de las representaciones de los trabajadores como de los empleadores, quienes erigidos en auténticos representantes y plenipotenciarios de sus respectivas partes, pueden, por separado, no estar unánimemente contestes entre sí. En otras palabras, es tal el nivel de integración de la instancia única comisión negociadora, que los representantes de trabajadores y empleadores le reportan finalmente más a ella que a sus propias partes.

Con todo, no obstante la importancia que pueda atribuirse a esta nueva brecha, no se aprecia que ella tenga impacto directo en lo que nos interesa respecto de la tasa de negociación, por lo que no ahondamos más en ella no sin advertir nuevamente

que sí tiene una gran incidencia en el modelo, restringido y desconfiado de negociación que se promueve en nuestra legislación.

6. El empleo de mecanismos de presión

La huelga es la que corresponde por definición a los trabajadores organizados, en tanto que, respecto de los empleadores, se encuentra la simple falta de atención hacia lo que son las demandas que normalmente le hacen valer sus contrapartes sindicales o, específicamente frente a la huelga, el cierre patronal o *lock out*.

En la experiencia comparada la huelga tiene amplio reconocimiento como expreso derecho fundamental, de orden constitucional, sin perjuicio de las regulaciones razonables que, al igual que respecto de cualquier otro derecho fundamental, y sin afectar su esencia, pueda establecer la ley, por ejemplo, respecto de la exigencia de mantener en funcionamiento servicios esenciales para la comunidad, sin los cuales peligraría la vida y salud de las personas; o de las restricciones propias de algunos estados de excepción constitucional; o de la procedencia puntual del arbitraje forzoso en algunos casos excepcionales; etc.

El derecho a huelga alcanza tal amplitud en la experiencia comparada, que abarca su potencial ejercicio tanto a los trabajadores sindicalizados como no sindicalizados, y tanto a los movimientos organizados por sindicatos como a los ajenos a dichas organizaciones, pues aun cuando se trata de un derecho que, por definición, es de ejercicio colectivo, su titularidad corresponde a cada trabajador en particular.

Lo anterior, sin perjuicio de exigirse a la huelga una finalidad precisamente laboral, lo que la vincula de lleno con la negociación colectiva y su intención de modificar el contenido de los contratos laborales en que se pretende incidir con ella.

A partir del incumplimiento de dicha finalidad laboral se ha distinguido las huelgas lícitas –que la satisfacen– de las ilícitas –que la exceden o transgreden, por ejemplo,

pretendiendo fines directamente sociales o políticos–, agregándose a estas últimas las que pretenden alterar un acuerdo colectivo vigente, violando, por tanto, las respectivas cláusulas de contenido obligacional, relativas, en específico, al agotamiento, por un lapso, del ejercicio del derecho a negociar, junto con el de ejercer la huelga.

Por la amplitud del reconocimiento del derecho, las regulaciones legales consideran ilícito el ejercicio que en determinadas circunstancias pueda estimarse abusivo del mismo con prácticas como las huelgas intermitentes –de breve duración, pero repetidas en el tiempo–; las huelgas rotativas –con distintos grupos de trabajadores organizados para actuar alternada y sucesivamente en el tiempo–; las huelgas en sectores estratégicos –que, afectando a dichos sectores pretenden, en el fondo, afectar a todo el proceso productivo–; las huelgas de trabajo lento y de reglamento –en las que pretendiéndose actuar bajo las regulaciones, en el fondo se está entorpeciendo gravemente el proceso productivo con actos cercanos o propios del boicot–; o, en general, las huelgas que suponen o tienen por objetivo definido el entorpecer el desempeño de los trabajadores no huelguistas.

El efecto de la huelga lícita es la suspensión de los efectos del contrato de trabajo que se encuentre vigente, con la obligación del empresario de respetar el ejercicio de tal derecho y acatar la presión que produce la paralización del proceso productivo a su cargo y le está, en consecuencia, prohibido cualquier acto de represalia en contra del trabajador por el ejercicio legítimo de tal derecho, o el afectar su curso natural, por ejemplo, sustituyendo a los huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa al notificarse la huelga –lo que es concebido como una infracción grave–, sin perjuicio de su obligación de mantener una disposición permanente al diálogo y a la negociación –igual como se exige a los trabajadores–, o de su facultad de ejercer el cierre patronal o *lock out* de un modo estrictamente defensivo respecto de la huelga. Ello, hasta que los trabajadores decidan, en cualquier momento y sin plazo definido, deponerla.

Por el contrario, el efecto de las huelgas ilegítimas o ilegales es el de dar lugar a la responsabilidad del trabajador, ya sea de índole laboral –fundando un eventual despido disciplinario–, patrimonial, por los daños civiles, o incluso penal, según los casos y circunstancias.

Así, a tenor de la experiencia comparada, la posibilidad de ejercer mecanismos lícitos de presión es consustancial a una auténtica negociación, de tal forma que el desarrollo de las deliberaciones esté influido por la posible ocurrencia de estos.

Esta necesariamente presente influencia de los mecanismos lícitos de presión respecto de las deliberaciones y los acuerdos alcanzados o por alcanzar no es otra cosa que el reflejo de mínima equiparidad de fuerzas, con costos y beneficios recíprocos involucrados en el conflicto, que se requiere para sostener la existencia de una verdadera negociación.

En consecuencia, incluso más importante que si estos mecanismos de presión se presenten en determinados casos concretos, es la efectiva posibilidad de que ello acontezca, de tal forma que se pueda tener presente, en forma constante, el costo alternativo de enfrentarlos, en comparación con evitarlos y alcanzar el acuerdo sin llegar a materializar su uso.

En esta materia, específicamente respecto del derecho a huelga de los trabajadores, se aprecia otra notable brecha entre nuestro sistema de negociación colectiva y el estándar internacional.

Ella consiste en varios aspectos que, sumados, distorsionan más aún de modo relevante la noción del derecho a huelga en nuestra realidad presente.

En primer término, en la posibilidad de ejercerla limitadamente solo dentro del procedimiento reglado de negociación colectiva, que constituye solo una fracción de los procedimientos asimilados a ella, de un modo que, por ello, estimamos discutible entender que de verdad se esté, en estos otros casos en que no se reconoce tal derecho a huelga, ante auténticas negociaciones colectivas.

Igualmente, por la excesiva reglamentación legal que constriñe aún más el ejercicio de este derecho a huelga, y que, en múltiples circunstancias, conduce con facilidad formalista a su agotamiento o prohibición de ejercicio.

También, y de manera muy significativa una vez que se ha podido lograr el ejercicio

limitado y restringido del derecho, en la debilidad de sus efectos concretos, especialmente a partir de la posibilidad del empleador de contratar trabajadores reemplazantes en el curso de la huelga legalmente declarada⁵³.

En efecto, esta posibilidad de reemplazo ha sido entendida por los especialistas como un elemento distorsionador grave y, por ello, a partir de una autorización amplísima de uso a favor del empleador consagrada en las disposiciones originales del Plan Laboral, ha sido sucesivamente intervenida y moderada por las dos grandes reformas de los últimos 20 años en la materia, las Leyes N^{os} 19.069 y 19.759. Pero ello de un modo eufemístico parecido a lo acontecido y relatado respecto de la prohibición de negociar colectivamente a nivel supraempresa, pues finalmente esta última termina cambiando la facultad de reemplazo reconocida al empleador por una prohibición de hacerlo, *salvo que* este cumpla determinadas condiciones, relativas a su oferta de respetar el piso de condiciones y remuneraciones del anterior acuerdo colectivo más una reajustabilidad mínima, y pague un bono compensatorio al conjunto de los trabajadores en huelga.

No obstante compartir la opinión de que esta facultad del empleador –aún restringida y condicionada– se aleja del estándar internacional y deteriora impropriadamente la fuerza de la huelga, nos parece forzoso reconocer que el condicionar el reemplazo al respeto de un piso de beneficios y al pago de una compensación, vuelve bastante más opinable el punto y, además, referente a un tema respecto del que volveremos en la parte final de la propuestas, al contemplar un esquema de derechos y obligaciones compensadas las unas con los otros, abre un camino que nos parece extremadamente atractivo de explorar en busca de las soluciones armonizadoras que pudieran destrabar el pantano conceptual en que se encuentra el debate sobre nuestra negociación colectiva.

Así, comparativamente hablando, estimamos que tras la atemperación de la posibilidad del reemplazo, son tanto o más graves los otros primeros aspectos críticos a que hicimos mención y acerca de los que volvemos, al no estar

suficientemente analizados o expuestos en su pernicioso efecto sobre el equilibrio en la negociación, en perjuicio de los trabajadores.

El principal, el pretender llamar negociación colectiva a diversas modalidades del procedimiento que no contemplan el derecho a huelga, es decir, todos los mencionados actualmente en el Código del Trabajo, menos el procedimiento reglado a nivel subempresa. Extremando el análisis, pudiera llegar a señalarse que en algunos de estos procedimientos –en especial el no reglado efectuado por un sindicato– la huelga finalmente implica un potencial de presión, pues, en caso de no arribarse a un resultado, los trabajadores pudieran acudir al procedimiento reglado que sí la contempla, pero ese influjo es bastante rebuscado o inexistente en la mayoría de los casos en los que tal derecho resulta decorativo.

El otro, la lógica regulatoria extrema que permite el ejercicio del derecho a huelga en condiciones constreñidas, en un solo momento procedimental específico y de una forma que se agota, rodeado de circunstancias que, de darse, implican su fracaso y, es más, suponen, de inmediato y automáticamente –y en forma ajena a la realidad comparada– una rendición de los trabajadores y la aceptación de la última oferta del empleador.

Por último, se puede agregar también al cuestionamiento de la efectividad de nuestra consagración del derecho a huelga, la existencia de un contexto normativo que permite una decisión empresarial de despido expedito tras concluir el proceso de negociación, con costos y restricciones relativamente bajos. No obstante, ello ha sido atendido correctamente mediante el establecimiento de fueros especiales que promueven un lapso de apaciguamiento y, a la vez, de protección de los trabajadores tras concluir la negociación, y con una mayor exigencia jurisprudencial de la debida fundamentación del despido a objeto de que no pudiera afectar derechos fundamentales como lo son el de sindicalización o de negociación colectiva.

En conclusión, por su influjo determinante en el resultado esperado de la negociación a favor de quienes habitualmente tienen la iniciativa en la negociación colectiva, esto es, los trabajadores, las debilidades en el derecho a huelga debieran

incidir en la tasa de negociación que ahora investigamos, en la medida en que la debilidad del instrumento de presión, o derechamente su ausencia, debe disuadir a muchos titulares, aun de modo indirecto y difícil de cuantificar, del ejercicio de su potencial derecho a negociar.

7. El acuerdo colectivo alcanzado

Analizando el contenido del mismo, en el derecho comparado se han distinguido las cláusulas con contenido *normativo* de otras cláusulas con contenido simplemente *obligacional*⁵⁴.

Las cláusulas normativas son aquellas aplicables, de acuerdo con la representación amplia de intereses de las partes, a universos igualmente amplios de trabajadores y empleadores, esto es, cuentan con el efecto *erga omnes* propio de las normas de Derecho Colectivo. Entre ellas se encuentran, en general, todas las siguientes, relativas a condiciones comunes de:

- a) de trabajo y remuneración: como régimen de trabajo –tipos de contratación utilizados, condiciones de seguridad y salud laboral, jornada–; carrera laboral –ingresos, ascensos, egresos, etc.–; régimen disciplinario; régimen salarial –tipos y montos de remuneración, etc.–; beneficios sociales –mejoras en la seguridad social, etc.–; régimen de colación; etc.
- b) de configuración y efectos del acuerdo colectivo: como alcance y estructura de la negociación colectiva –mantención de cláusulas del acuerdo colectivo precedente; etc.–; ámbito de aplicación; cumplimiento e interpretación –eventualmente con organismos propios mandatados al efecto–; duración; terminación y régimen de denuncia; cláusulas de descuelgue; etc.; y

- c) regulación de la propia relación laboral colectiva: como cobro y pago de cuotas sindicales; representación de trabajadores al interior de la empresa; etc.

Por su parte, las cláusulas meramente obligacionales son las excepcionalmente aplicables solo a los trabajadores involucrados, y son las que se refieren, de modo implícito o expreso, al cumplimiento del contrato y al ejercicio directo del derecho a negociar colectivamente. En concreto, lo medular de estas cláusulas consisten en el compromiso de, al respetar el acuerdo vigente, no intentar negociar un nuevo contrato ni ejercer medidas de presión, en específico la huelga, durante tal vigencia, por parte de quienes lo suscribieron directamente.

Esta renuncia convencional al derecho a huelga durante la vigencia del acuerdo es normalmente reforzada por la regulación legal, que remarca la obligación de darle cumplimiento, salvo la concurrencia de causales excepcionales como el cambio radical de circunstancias, o la reacción legítima frente al incumplimiento del acuerdo por parte del empleador.

Esta renuncia puede ser relativa, aplicable solo al tratamiento de las materias contenidas en el contrato; o absoluta, aplicable en cualquier circunstancia y en cualquier caso, al ser transitoria y causada en un compromiso de paz social tras concluir una negociación, se constituye en un acuerdo que hay que honrar y que jamás afectará al derecho en sí mismo sino solo a su ejercicio.

Por ello, además de ser validada jurídicamente, es, como lo dijimos, respaldada y reforzada desde el punto de vista de la regulación legal, tachando inmediatamente de ilegal, salvo los casos excepcionales de justificación ya anotados, la huelga que la infrinja.

El origen convencional y acotado de la prohibición del derecho a huelga nos permite remarcar la existencia de tal derecho, en la experiencia comparada, como regla general, no sujeto sino a la señalada limitación, libremente asumida como corolario de la propia negociación y el acuerdo.

Ello ratifica el contraste con lo que acontece en nuestra situación actual, en la que tal derecho se tiene solo en abstracto y en momento puntualísimo –en una fase muy precisa y acotada del procedimiento reglado en extremo–, fuera del cual no es tal y constituye una acción ilegal, lo que evidencia, en el fondo, un diseño para evitarlo o, en el peor de los casos, agotarlo en condiciones de ejercicio particularmente constreñidas, impidiendo el necesario equilibrio entre las partes y, por lo tanto, desincentivando el uso rentable de la negociación colectiva.

Por cierto, estimamos que la ausencia en nuestro sistema actual de esta distinción doctrinal entre contenido normativo y obligacional –por los defectos ya anotados en torno al criterio de representatividad–, tiene un impacto directo y muy significativo en la tasa de cobertura de la negociación que investigamos, por cuanto apriorísticamente y como ya hemos adelantado, implica negar el efecto amplio, *erga omnes*, que es consustancial a las cláusulas de contenido normativo generadas en la negociación colectiva.

En consecuencia, la exploración que haremos de las posibilidades de ampliación de tal tasa debiera implicar, naturalmente, la posibilidad de introducir esta distinción en nuestra realidad nacional y, con ella, modificar el criterio de representatividad asociado a la misma.

Por otra parte, normalmente se establece en la regulación legal, además de una forma mínima –por ejemplo, el acuerdo tiene que constar por escrito y ser suscrito por las partes–, un contenido mínimo del acuerdo colectivo, que corresponda a su naturaleza de tal y que, pretendiendo sus efectos, se haga cargo de lo básico para relacionarse con las regulaciones legales aplicables a su respecto.

Lo más sustancial de este contenido mínimo de un acuerdo colectivo se refiere a los puntos procesales o de forma expuestos en las letras b) y c) del contenido normativo y, por supuesto, al contenido obligacional⁵⁵.

En tanto que lo referido en la letra a) del contenido normativo debiera ser el resultado de fondo, las obligaciones y derechos sustantivos, que justifican el empleo de la negociación colectiva como instrumento de distribución armónica del excedente entre los factores capital y trabajo, conforme el resultado concreto de la negociación de que se trata, la historia de las negociaciones precedentes y el estado de la relación colectiva de trabajo y de los actores que a ella concurren.

Por último, entre las exigencias legales mínimas a los acuerdos colectivos libremente convenidos por las partes, hemos dicho que se encuentra el respeto al marco normativo general y, en crecientes casos –con el recelo de OIT por lo que a lesión de la libertad sindical pudiera provocarse–, la atención del interés de la comunidad, en la forma de no contemplar cláusulas que produzcan daño severo a la economía u orden social del país⁵⁶.

8. Los trámites posteriores para la vigencia del acuerdo colectivo

En forma regular se contempla que después de producido el acuerdo colectivo –y al igual como respecto del registro de varios otros documentos esenciales

56 En efecto, esta posibilidad de los gobiernos de intervenir en el seno de la negociación colectiva es vista con especial atención por el Comité de Libertad Sindical aceptándose, a lo sumo, la labor de coordinación y orientación voluntaria de las negociaciones en general –ojalá precedida de la utilización del mecanismo de consultas a los actores–, sin posibilidad de establecerles exigencias que, ante su eventual incumplimiento, condicionen la vigencia del instrumento acordado libremente por las partes. Más específicamente, ha negado cualquier posibilidad de que los gobiernos intervengan suspendiendo, interrumpiendo, anulando o derogando acuerdos colectivos ya pactados, aceptando solo en forma excepcional y bajo condiciones de transitoriedad y atención especial (consultas previas, medidas de cuidado hacia los trabajadores más afectados, continuidad de los aspectos no monetarios de la negociación si es que las restricciones se refieren al ámbito salarial, etc.) restricciones aplicables a los acuerdos colectivos futuros. Ver al efecto, Bernard Gernicon, Alberto Odero y Horacio Guido, *La Negociación Colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, págs. 46 y ss.

producidos durante el curso de la negociación, tales como la iniciativa y su comunicación, o la resolución y notificación del ejercicio del derecho a huelga– este deba ser depositado y registrado ante un órgano administrativo especializado al efecto.

Un primer objetivo de este proceso es la simple actuación de tal órgano como ministro de fe, que certifica la efectividad de haberse concluido el citado acuerdo y que mantiene registrado su texto para dicho efecto.

Otro objetivo básico es permitir, a solicitud de parte o de oficio, la revisión o control de la legalidad del respectivo acuerdo, de tal forma que, detectándose cláusulas que pudieran estimarse ilegales, se arbitre un procedimiento destinado a purgarlas o corregirlas o, en definitiva, a resolver la controversia que se genere sobre el punto.

Originalmente este registro y revisión de legalidad conducía, entonces, a un acto de aprobación u *homologación* del acuerdo colectivo, establecido como prerequisite de su validez, de tal forma que el respectivo rechazo la impedía de modo definitivo.

Además, este acto de aprobación permitía revisar también el cumplimiento de las directrices relativas a la necesidad de evitar, en los acuerdos colectivos, un impacto económico gravemente dañoso a la economía nacional u otras consideraciones de orden social similares⁵⁷.

Pero, más recientemente, y de la mano con la doctrina de OIT en orden a que no resulta razonable la intervención gubernamental en la forma de una revisión y un

57 Es lo que ocurre en los casos de Argentina y Uruguay en los últimos años de esta década que termina, en los que el proceso de homologación ha recuperado terreno e intensidad, de la mano de las necesidades del manejo global de la economía por parte de gobiernos que, además, previamente establecen pautas de orientación para la suscripción de los acuerdos colectivos, que por esta vía es la oportunidad de controlar, en particular en el ámbito de las mejoras salariales.

acto de aprobación que pudiere dar espacio a una actuación discrecional y lesiva en contra de la libertad sindical, se ha establecido la exigencia de que el registro se produzca en un plazo acotado y ojalá automáticamente al vencimiento del mismo, y que el control de legalidad sea efectuado, de un modo objetivo y neutral, a base de una participación administrativa mínima que permita, por ejemplo, en caso de discrepancias de algunos de los involucros, interponer una acción ante un órgano judicial que resolverá sobre el particular, siempre escuchando a las partes del acuerdo⁵⁸.

Finalmente, estos trámites posteriores incluyen también la publicación de los acuerdos, lo que es particularmente relevante en los casos en que, de acuerdo con lo habitual en la materia, estos tienen efectos amplios, según el criterio de representatividad de intereses que hemos expuesto y, por lo tanto, requieren ser conocidos y aplicados por individuos concretos que no necesariamente han intervenido de modo directo en su elaboración.

Si bien en todas estas materias relativas a la intervención gubernamental en el ámbito del registro y la revisión de los acuerdos colectivos, también nuestra legislación nacional presenta una falta de actualización a los criterios más elaborados y respetuosos de la libertad sindical que se han desarrollado a la fecha, no podemos decir que ello constituye una brecha como las que hemos señalado en casos anteriores, ni menos que pudieran estar impactando, por sí mismas en la tasa de negociación.

No obstante, ponemos el acento en ellas debido a que permiten, en la práctica, y pragmáticamente, que diversas realidades nacionales garanticen grados razonables de coordinación de la negociación colectiva, que, en nuestra lógica de, por un lado, explorar posibilidad de ampliación de la tasa de negociación, pero, por el otro, hacerlo de un modo consensual y responsable que atienda los temores más o menos fundados al impacto que ello pudiera tener en el modelo de

58 Es el procedimiento ahora adoptado en España, según consta en el artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores (Código del Trabajo).

desarrollo del país, no pueden soslayarse debido a la posibilidad de coordinación –introducida por vías conjuntamente legales y administrativas– como una forma privilegiada de producir, según se verá, el equilibrio entre ambos objetivos.

9. Ámbito de aplicación (efectos) del acuerdo colectivo

Por cierto, este aspecto está en directa relación consecencial con el criterio de representación o representatividad, de tal forma que, según lo que hemos señalado como habitual y característico de un acuerdo colectivo –surgido de una negociación igualmente colectiva–, sus disposiciones de carácter normativo tienen una vigencia amplia, *erga omnes*, esto es, más allá de quienes hayan intervenido en forma directa en su elaboración.

Rasgo que se corresponde con la naturaleza propiamente normativa, productora de normas y fuente del Derecho del Trabajo, que tienen los acuerdos colectivos. A dicha amplitud solo son excepcionales, según también hemos visto, las disposiciones de carácter meramente obligacional, vinculadas, en sentido restringido, solo con quienes intervinieron en el proceso concreto de negociación colectiva, y que dicen relación con el agotamiento del derecho a negociar y a ejercer medidas de presión, durante el cierto lapso de vigencia de las respectivas cláusulas de este tipo.

Esta amplitud de efectos está definida, con todo, y precisamente, por el ámbito de aplicación del acuerdo, en correlación con el criterio de representatividad adoptado, pero hay algunas instituciones que presionan aún más hacia la ampliación de tales efectos.

Es el caso, por ejemplo, de las posibilidades de adhesión y de extensión de los acuerdos colectivos⁵⁹.

59 En este caso, seguimos como ejemplo concreto lo que ocurre, entre otras, con la legislación española, según se contempla en los artículos 92.1 y 92.2 del Estatuto de los Trabajadores.

De un lado, la *adhesión* a un acuerdo colectivo consiste en la posibilidad de unos actores concretos de, estando en condiciones de negociar colectivamente –no existe acuerdo vigente que lo impida– convenir la aplicación a su respecto, y en su totalidad, de un acuerdo suscrito por terceros. Ello, por las ventajas de simplificar la negociación y hacer aplicación de normas colectivas ya experimentadas en la práctica.

De otra parte, y de naturaleza más compleja, está la posibilidad de extensión de un acuerdo colectivo, también en su totalidad, a un ámbito diferente al de su aplicación natural, efectuado mediante acto administrativo de la Administración de Trabajo. Ello, a solicitud de parte interesada mediante el procedimiento y con los requisitos que se establezcan al efecto, entre los cuales normalmente se contemplará la inexistencia de un acuerdo colectivo vigente y la imposibilidad de negociar debido a falta de partes legitimadas⁶⁰.

Es más, la propia OIT ve con buenos ojos y recomienda la existencia de mecanismos administrativos que permitan extender acuerdos colectivos adoptados por organizaciones representativas, a todos los empleadores y trabajadores comprendidos en el campo de aplicación profesional y territorial de los mismos, si es que ello no resulta naturalmente de sus disposiciones⁶¹. Lo anterior, en la medida en que se escuche antes las opiniones de las organizaciones a las que se extenderá eventualmente un acuerdo, y que se cuide no hacerlo en condiciones que pudieran menoscabarlas en su derecho a la libertad sindical⁶².

De lo dicho se desprende que, considerando la factibilidad de efectuar negociaciones en los diversos niveles, por parte de muy distintos actores, será posible concebir, finalmente, un entramado más o menos denso de acuerdos colectivos en cada realidad nacional, todos ellos con vigencia normalmente amplificada, por lo que será una de las tareas jurídicas principales la solución de los problemas de posible colisión o concurrencia de distintos acuerdos colectivos a una situación específica.

60 Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del...*, pág. 183.

61 Recomendación OIT N° 91, de 1951, sobre contratos colectivos.

62 Bernard Gernicon, Alberto Otero y Horacio Guido, *La Negociación Colectiva. Normas de la OIT y...*, pág. 67.

El principio básico en tales casos es que, por regla general, y salvo acuerdo preciso y claro en contrario, a una realidad determinada se aplica un solo convenio en su integridad, de tal forma que se prefiere el más nuevo al más antiguo, y el de ámbito superior al inferior, lo que de nuevo denota al carácter amplio de los efectos de los instrumentos colectivos.

Este elemento del criterio de representatividad, como definitorio del ámbito de aplicación y producción de efectos de un acuerdo colectivo, es el que a nuestro entender más y directamente condiciona –aun mucho más que el nivel preferente de la negociación con el que, con todo, está relacionado– el nivel de la tasa de cobertura que pudiera alcanzar un sistema concreto de negociación colectiva.

Al tener nuestro sistema nacional actual un concepto muy restringido y contrario a este usualmente aceptado de los efectos amplios o *erga omnes* de los acuerdos colectivos, en correlación con un criterio para apreciar la representación en torno exclusivamente a los “trabajadores involucrados” entendido desde un punto de vista individualista y privatista del mandato civil, y también contrario a lo que usualmente se aplica en la experiencia comparada, estos aspectos se yerguen en la principal y directa causa de una tasa de cobertura, así tan inevitablemente reducida, de la negociación colectiva en nuestro país.

Otro cariz siempre presente en esta materia es la relación entre el acuerdo colectivo y los contratos individuales de trabajo.

Al efecto se aplica, por regla generalísima, el criterio de la intangibilidad e indisponibilidad que, en su carácter de norma abstracta, tienen las disposiciones de un acuerdo colectivo respecto de las de un contrato individual de trabajo, el que, por esta razón, solo puede mejorar, a favor del trabajador, los correspondientes derechos, pero sin jamás desconocerlos o aminorarlos. En ello no presenta problemas nuestra legislación, que recoge este criterio⁶³.

63 En el artículo 311 del Código del Trabajo.

Otro tema relacionado con los efectos dice relación con la posibilidad que se presentaba en las épocas más tradicionales de la negociación colectiva de entenderla como un proceso con resultados normalmente ascendentes a favor de los trabajadores y, por lo tanto, susceptibles de instalar una aspiración que en la próxima negociación se constituía en un piso.

Esta posibilidad no es regularmente aceptada hoy, pues se prevé que los resultados de una negociación concreta puedan alterar, al alza o a la baja, los beneficios consecuentes, en comparación con los obtenidos en la negociación precedente, sin perjuicio que es posible contemplar incentivos para promover lo primero y dificultar lo segundo, evitando que la negociación colectiva se constituya en un factor para legitimar o producir el desmejoramiento de las condiciones laborales y de remuneración, criterio que está presente también en nuestra legislación⁶⁴.

10. Aplicación, interpretación y control de cumplimiento del acuerdo colectivo

En otra expresión del carácter continuo que tiene el proceso de negociación colectiva, él supone diversas actividades y competencias posteriores a la suscripción y al inicio de la vigencia del acuerdo colectivo al que se ha arribado.

En efecto, es natural prever, incluso en las propias disposiciones de los acuerdos, o en las previsiones de la ley regulatoria, normas que regulan aspectos como la interpretación o el control de cumplimiento de los mismos.

64 Al modo como lo intenta nuestra legislación al tratar de equilibrar o compensar la posibilidad del empleador de contratar trabajadores reemplazantes en la huelga a la par de la exigencia de respetar el piso de la negociación anterior, según lo dispone el artículo 381 letra a) del Código del Trabajo; o, en otro caso, al contemplar, a favor de los trabajadores que visualizan el fracaso del proceso negociador, la posibilidad de exigir y refugiarse en la prorrogabilidad del acuerdo colectivo anterior, al tenor de lo dispuesto en el artículo 369 inciso 2° del Código del Trabajo.

Uno de estos temas, que requiere especial atención en los sistemas que mayoritariamente aceptan y promueven la negociación centralizada a niveles supraempresa, se refiere a la necesidad de contemplar mecanismos oportunos y accesibles de solución –directos, alternativos o institucionales– para resolver, de entre varios acuerdos vigentes, en distintos niveles, las eventuales controversias acerca de cuál de ellos resulta aplicable a la situación funcional y geográfica concreta. Estos mecanismos pueden ser directos, esto es, relativos al propio ámbito de actuación de las partes, como alternativos o institucionales, con la intervención de terceros, como la mediación o el arbitraje, y la interpretación administrativa o judicial.

De igual modo acontece respecto del propio contenido normativo de los acuerdos, que, en forma habitual, integra reglas y criterios que, en el evento de surgir conflictos relativos a su aplicación, contempla, análogamente, la posibilidad de acudir a determinadas instancias internas, generadas por las mismas partes –por ejemplo, comités o comisiones paritarias–, o externas, ya sean administrativas y/o judiciales, en la mira de conciliaciones, mediaciones o arbitrajes.

Por supuesto, en correspondencia con el carácter normativo de los acuerdos colectivos, lo habitual es que se entienda que el incumplimiento o la infracción de sus disposiciones es susceptible de perseguirse con los procedimientos administrativos o judiciales para obrar en contra de los incumplimientos de la propia normativa legal.

Al respecto es obvia la labor de tutela que efectúan las partes mediante las organizaciones representativas que dieron origen al acuerdo, en especial la sindical, en el seguimiento y control de cumplimiento del mismo.

En este sentido, nuestra realidad nacional presenta una nueva e importante brecha, ya anunciada, relativa a que, habiendo la posibilidad de negociar por parte de grupos de trabajadores ocasional o transitoriamente coligados para tal efecto, tras perfeccionarse el correspondiente acuerdo se disuelven y no conservan ninguna existencia orgánica, lo que, por lo tanto, les impide conservar su condición de actores en esta lógica del proceso continuo con que se entiende la negociación,

tanto a los aspectos relacionados con su efectiva aplicación –en los que cada trabajador se supone que debe actuar jurídicamente por separado– cuanto en lo que, preparando el nuevo ciclo, se refiere a la programación oportuna de una nueva negociación, que pretenda reemplazar los efectos del acuerdo que expira.

11. Duración (vigencia) del acuerdo colectivo

Los acuerdos colectivos tienen vigencia, en principio, de acuerdo con lo que libremente convengan las partes que concurren a ellos, sin perjuicio de que habitualmente las legislaciones contemplan rangos de duración mínima o máxima que, con todo, de no existir, la OIT no estima que ello involucre una omisión que afecte la libertad sindical.

Lo corriente es que la duración aplica directa e irremisiblemente al contenido obligacional de la negociación colectiva, más no necesariamente al normativo.

Así, tras el término de la vigencia, y de nuevo en refuerzo de la aplicación amplia de los acuerdos colectivos –y en directa y evidente relación con lo que ha sido nuestra preocupación por develar los aspectos jurídicos que inciden en la tasa de cobertura de la negociación colectiva–, es corriente que se contemple la continuidad casi plena de efectos tras dicha expiración, ya sea mediante la prórroga expresa o tácita, o, simplemente, mediante la ultraactividad definida en forma legal.

En el primer caso, mediante la prórroga, normalmente sin limitación alguna⁶⁵, las partes pueden concurrir a la prolongación de los efectos del acuerdo. De manera visible y clara en la expresa, o presumida, en la tácita, que se deduce de la falta de denuncia del acuerdo por parte de una de ellas, actuación que se entiende, entonces, esencial para concretar la terminación del acuerdo.

65 Con todo, la ley española habla de que esta prórroga debe entenderse hecha sucesivamente, cada año, según lo dispone el artículo 86.2 del Estatuto de los Trabajadores.

De modo parecido a la prórroga tácita, la propia normativa legal puede contemplar, incluso como regla general, la ultraactividad de los acuerdos colectivos, de manera que sin necesidad de prórrogas, tras la expiración del lapso de vigencia, estos sigan surtiendo todos sus efectos normativos hasta el momento de la denuncia, dada con la intención precisa de generar un nuevo proceso de negociación, que entonces dé lugar a un nuevo acuerdo colectivo destinado a reemplazar al cesado. Así, en tanto esta denuncia interesada no acontezca, el acuerdo sigue produciendo todos sus efectos.

En concreto, de acuerdo con esta doctrina generalizada de los efectos normativos amplios de los acuerdos colectivos, la expiración del plazo de duración de los mismos solo tiene impacto ineludible en el que hemos señalado como el contenido meramente obligacional de ellos, esto es, el relativo al resurgimiento de la posibilidad de un nuevo ejercicio del derecho a negociar colectivamente, aspecto en el que sí la duración de un acuerdo colectivo pudiere, por esta razón –si fuere irrazonable o no hubiere emanado de una voluntad libre y consciente–, afectar el citado derecho⁶⁶.

Pero en el sustancial y muy mayoritario contenido normativo de los acuerdos colectivos, el término de la duración, como hemos visto, no tiene un impacto directo ni determinante, pues la tendencia es a la prolongación de los efectos del acuerdo normativo en el tiempo, al menos hasta el momento en que se pretende de nuevo ejercer el derecho a negociar.

66 Como se comprobó que ocurría en nuestra realidad nacional con muchos convenios colectivos suscritos al tenor del original artículo 314 del Código del Trabajo proveniente del Plan Laboral, entre un empleador y un grupo de trabajadores de la empresa supuestamente unidos con la intención de negociar, pero que, en el fondo, respondían a la intención e iniciativa de dicho empleador quien, por la vía de suscribir un documento en el que muchas veces los trabajadores en realidad comparecían uno a uno, cuya duración como supuesto acuerdo colectivo se prolongaba por largos años –hasta ocho en varios casos– agotando de esta manera su derecho a negociar colectivamente durante todo ese lapso. En ello se fundamentó la Ley N° 19.759, de 2001, para exigir varios requisitos destinados a acreditar que los grupos negociadores de trabajadores en realidad lo fueron (número mínimo de ocho trabajadores; elección previa de representantes ante ministro de fe; etc.).

De ello se desprende una nueva y gran brecha o diferencia con la situación existente en nuestro sistema actual de negociación colectiva, en el que la prolongación de los efectos del acuerdo colectivo es excepcional y se encuentra restringida solo a la situación puntual ya mencionada, de amparo en la prorrogabilidad por la que los trabajadores que no han logrado obtener sus objetivos en una negociación colectiva reglada y en actual curso, tienen la posibilidad de refugiarse en los términos contractuales, colectivos o individuales, existentes con anterioridad, por un lapso máximo de 18 meses⁶⁷.

Por cierto, es visible que esta brecha es de aquellas que impacta directamente en la materia que analizamos, esto es, en la tasa de cobertura de la negociación colectiva, pues, obviamente, un criterio amplio de vigencia de los acuerdos colectivos en el tiempo –en relación con el efecto normativo *erga omnes* que les es característico en la experiencia comparada– produce sustanciales aumentos de tal cobertura respecto de sistemas que, en contraposición, y como el nuestro, exhiben un criterio restringido respecto de tal vigencia.

67

Artículo 369 del Código del Trabajo.

Resumiendo las brechas observadas y explorando algunas propuestas de modificaciones

Según los resultados de las comparaciones normativas efectuadas entre nuestro sistema actual de negociación colectiva y la experiencia internacional, hemos podido identificar varios aspectos jurídicos en la forma de concebir este sistema, que estarían incidiendo y explicando la baja tasa de cobertura y uso efectivo de este instrumento en Chile. Podemos resumir estos aspectos en los siguientes principales:

1. Una regulación legal que constriñe y afecta el derecho a negociar colectivamente en su esencia

Probablemente la generalidad de esta afirmación puede agrupar a varios otros aspectos problemáticos, pero en ella se quiere reflejar el que una regulación muy desarrollada y detallada incide en una concepción restrictiva y limitativa del derecho a negociar colectivamente, que termina afectando de manera directa la titularidad y el ejercicio concreto de este derecho fundamental, y con ello su esencia.

En efecto, en vez de organizar el correcto desarrollo del derecho y permitir su concreción, nuestra legislación presente –que se mantiene en lo sustantivo fiel a la originada en las especialísimas circunstancias del Plan Laboral del gobierno militar autoritario– evidencia la intención de restringirlo al máximo y dejarlo en uso solo en los excepcionales ámbitos en que ahora se expresa.

2. Un criterio de representación inusualmente estrecho de los actores

Este aspecto es el que estimamos el de principal incidencia en la baja tasa de negociación, por cuanto, por la aplicación de los criterios privatistas de representación en torno a los “trabajadores directamente involucrados”, se afecta en el fondo, y en su esencia, el alcance y ámbito de los acuerdos colectivos a los que se llegue, restándoles el natural efecto normativo amplio –*erga omnes*– que estos tienen en la experiencia comparada, como lo ha definido con claridad el Derecho del Trabajo al conceptualizar dichos instrumentos como una de sus fuentes propias y específicas.

Si bien el efecto limitativo se produce tras perfeccionarse un acuerdo colectivo, la verdad es que es posible prever su impacto directo y determinante en todo el proceso y, es más, en el incentivo mismo a promover negociaciones colectivas concretas.

3. Una opción por la negociación colectiva solo a nivel de empresa

Sin eufemismos, la voluntariedad que para los empresarios tiene el participar en cualesquiera modalidades supraempresa de la negociación colectiva es equivalente en sus efectos a la prohibición de negociar en dichos ámbitos.

Si la contraparte de una negociación colectiva no tiene la obligación siquiera de contestar un pliego o, a lo sumo, debe hacerlo limitándose a señalar que niega su acuerdo para negociar, no hay posibilidad de negociación y, como ha ocurrido en la realidad fáctica indesmentible, aunque haya procedimientos con decenas de páginas y normas regulatorias, ellas simplemente no serán empleadas por nadie.

Por lo tanto, en realidad la remoción formal de la prohibición expresa de negociar supraempresa, sustituida ahora por la voluntariedad empresarial, mantiene la misma situación originada en el Plan Laboral, y los mismos efectos que si dicha prohibición siguiera vigente.

Respecto de este criterio extremo por la descentralización en la negociación colectiva en el ámbito subempresa –ni siquiera empresa, según vimos–, no cabe

confundirlo en la tendencia mundial que se observa en la dirección de acercarse –en un contexto cargado hacia la negociación colectiva centralizada y agregada– hacia la negociación descentralizada, en el ámbito de la empresa y mediante diversos mecanismos que incentivan esta en desmedro de la centralizada, pero sin jamás alcanzar el nivel de la prohibición o exclusión, como acontece en nuestra realidad nacional presente.

4. Casi completa liberalidad empresarial para definir el ámbito jurídico de la empresa

La debilidad de la jurisprudencia administrativa y judicial para, a partir de los elementos presentes en la legislación social, asentar un criterio jurídico laboral de empresa distinto del aplicable a los ámbitos privatistas, comerciales o tributarios, ha conducido a que ni siquiera esté garantizada la negociación colectiva en el escenario más restringido al que fue relegada, esto es, el de las empresas medianas y grandes.

Ello, pues, por medio de distintos y fáciles subterfugios en torno a la división artificial de las empresas en múltiples razones sociales que se pretenden empresas diferentes, se impide –entre otros derechos laborales afectados⁶⁸– que los trabajadores accedan a este derecho, ya sea por razones normativas –principalmente de incumplimiento de quórum–, o fácticas, relativas al escasísimo peso negociador ante empresarios con alto o mayor poderío.

5. Limitaciones radicales al derecho a huelga

De partida, y con simple franqueza, debiera tenerse en cuenta que la inexistencia del derecho a huelga en un procedimiento concreto de negociación colectiva en realidad impide tener por tal a dicho procedimiento, de modo que si no hay posibilidad de huelga sencillamente no hay negociación colectiva.

68 Como los relativos a la sindicalización o al pago de gratificaciones, en la forma que ya se ha descrito, lo que, al igual que la cercenamiento del derecho a negociar colectivamente, altera de modo radical la normal y esperada distribución del excedente laboral entre los factores capital y trabajo.

En consecuencia, salvo en el potencial indirecto que tiene la posibilidad aún remota de acudir finalmente a la huelga, todos los procedimientos que no son el que conocemos como “reglado”, no pueden ser tenidos, propiamente hablando, como negociaciones colectivas, sino como simples remedos de la misma o, más precisamente, procedimientos alternativos de elusión de sus exigencias y rigores al modo como lo serían, por ejemplo, al arbitraje o la conciliación.

Del mismo modo, las graves restricciones a la huelga contempladas en el único procedimiento que la prevé –extremo formalismo; presunción de efectos aprobatorios de las alternativas de fracaso de la negociación; probabilidad de contratar trabajadores reemplazantes; etc.– hacen que, aún en este caso, el equilibrio largamente trabajado por mucho más de un siglo para concebir este instrumento de presión como un mecanismo legítimo y civilizado, se encuentra roto en perjuicio de la parte trabajadora, afectando su eficacia esperada por ella.

6. Ámbito inusualmente restringido de los efectos de los acuerdos colectivos

A la limitación severa de los efectos *erga omnes*, consecuencia directa de la opción por un criterio de representatividad restringida a que hemos hecho mención, se agregan otros diversos criterios restrictivos que acotan, más en demasía, los efectos de los acuerdos colectivos, entre los que destaca el también acotamiento de los efectos de los acuerdos colectivos en el tiempo, impidiendo la prorrogabilidad, o incluso la ultractividad, que son usuales en la experiencia comparada, al menos hasta que las partes expresan formalmente su deseo de volver a negociar, por ejemplo, mediante una exigencia de denuncia expresa del acuerdo anterior.

Del mismo modo ocurre con la falta de regulación de fórmulas de adhesión o de extensión administrativa de los acuerdos colectivos a otros universos de trabajadores distintos a los naturalmente previstos en las negociaciones que les sirvieron de fundamento.

7. Otras diversas normas limitativas

Por cierto que en un contexto restrictivo como el que hemos evidenciado, de sesgo

contrario a la negociación colectiva, se han identificado varios otros aspectos que conspirarían también contra su uso efectivo y concreto.

Entre ellos, limitaciones relativas a los trabajadores titulares abstractos del derecho, entre los que destacan aquellos hoy muy numerosos y fronterizos –en una difícil conceptualización concreta–, de desempeño supuestamente transitorio en las empresas, aun cuando en el hecho laboren largo tiempo en ellas.

Otro tanto acontece con los empleados públicos en general.

Por otra parte, están las referencias igualmente limitativas al contenido o materias susceptibles de negociar que, no obstante diversos ajustes, mantienen algunos aspectos opinables al tenor de las comparaciones. No obstante concordar con la existencia de brechas también en estos aspectos, se estima que ellas afectan la cobertura de la negociación en forma más abstracta y difusa que los evidenciados en los números precedentes.

8. Efecto potenciado de todas las brechas actuando a la vez

Con este rasgo final se quiere enfatizar que, aún teniendo varios de los aspectos deficitarios tratados antes, un impacto directo y determinante en la baja tasa de cobertura de la negociación colectiva en nuestro país, el efecto limitativo de todos ellos operando al unísono, en la forma en que los diseñadores de los mismos los previeron, se potencia al máximo.

Ahora bien, habiendo logrado, estimamos, la identificación de los aspectos concretos que, desde el punto de vista de la concepción jurídica de la negociación colectiva inciden en su baja tasa de uso efectivo en el país⁶⁹, se facilita el análisis que permite estudiar la naturaleza y la orientación de las eventuales modificaciones

69 En su gran mayoría ratificando conclusiones y afirmaciones de diversos otros especialistas en el pasado reciente, sin perjuicio de ello se presentan en una sistematización comparativa que se estima original, más clara y eficiente, y con una diferenciación respecto de su impacto en el resultado atribuido.

que, validando el que podría ser un objetivo declarado en torno al aumento de tal cobertura, lo haga, cuidando de minimizar los efectos imprevistos de alguna de ellas, por ejemplo, en lo que dijere relación con la que hemos visto preocupación de algunos de, aún justificándose el establecimiento de correcciones y nuevos contrapesos que impliquen mayores posibilidades de equidad, no afectar la estabilidad del modelo de desarrollo, cuyos logros precisamente han permitido que se instale ahora un sentido común de enfatizar una mejor distribución de las riquezas que produce.

En torno a una discusión más informada, precisa y profunda, las opciones y posibles combinaciones pueden ser muchas y muy variadas, y, sin perjuicio de tener la intención de explorar varias alternativas posibles, según el contexto en que puedan ser apreciadas por los actores y decisores institucionales, vaya, a modo de muestra, un ejercicio de propuestas como el que se intenta a continuación. Así, por ejemplo, uno o más proyectos concretos pudieran, aún en una lógica de corte minimalista que facilitare amplios acuerdos, hacerse cargo de los siguientes aspectos:

a) La voluntad de cerrar definitivamente la amplia y unilateral posibilidad empresarial de definir, con discrecionalidad plena, el contorno laboral de la empresa y con ello escamotear el derecho a negociar colectivamente, aun a los pocos trabajadores que, al menos en la titularidad abstracta actual, debieran poder acceder a él sin problemas.

Ello por cuanto resulta perturbador constatar que aprovechando las debilidades de nuestra conceptualización jurídico-laboral de la empresa se pueda obstaculizar y sustraer indebidamente los derechos a sindicalizarse y a negociar colectivamente en las empresas de mayor tamaño y potencia económica del país.

Este reproche, ya madurado en el juicio social, explica que, ante la tardanza en generar mecanismos de solución y en vistas a la inminencia de los mismos, sean algunas de las propias grandes empresas involucradas en estas prácticas las que hayan determinado abandonarlas o moderarlas, lo que, en vez de retardar la necesaria regulación, debiera simplemente catalizarla.

Las vías de solución pueden ser de naturaleza legislativa, ya sea mediante el fortalecimiento expreso de una conceptualización propiamente laboral de la empresa, de acuerdo con mociones parlamentarias de ya avanzada tramitación; o, como lo ha sostenido el gobierno al informar su intención de impulsar un proyecto específico⁷⁰ mediante normas que, más que alterar el concepto laboral de empresa, se orienten a fiscalizar y reprimir administrativamente, con mayor expedición, las malas prácticas ampliamente documentadas en la materia.

b) Aun manteniendo la marcada opción preferente por la negociación descentralizada a nivel de la empresa, adoptar diversas medidas destinadas a que, al menos, ésta deje de ser subempresa.

Como hemos visto, hoy nuestra negociación más que de empresa es de subempresa, pues afecta finalmente solo a segmentos acotados de trabajadores de la misma y una modificación básica podría discurrir, entonces, en que de verdad se transforme en una negociación de empresa, abarcando los acuerdos colectivos alcanzados al menos un efecto *erga omnes* al interior de toda ella.

Ello implica revisar y remover parcial y progresivamente los criterios restringidos de representatividad y de efectos limitados de tales acuerdos, adoptando, por ejemplo, medidas tan concretas como, cumpliendo ciertos requisitos, hacer aplicables automáticamente los efectos de un instrumento suscrito en el seno de una empresa a todos los trabajadores que, durante el lapso de vigencia, ingresen con posterioridad a la organización sindical que lo negoció o, es más, a los que estando vigentes al momento de la negociación, se encuentren entre las categorías de trabajadores definidos en el instrumento respectivo.

Por cierto, estas modificaciones implican hacer ajustes al actual mecanismo de extensión de beneficios decidido unilateralmente por el empleador, y a la obligación de contribución de la cuota sindical o costo de la negociación respecto

de los trabajadores desafiados o que negocien con posterioridad⁷¹, no obstante poder utilizarse estos para desarrollar las alternativas propuestas.

En el mismo sentido podrían incorporarse, en lo que a los efectos en el tiempo se refiere, las posibilidades de prorrogabilidad, expresa o tácita, de los acuerdos colectivos y, es más, la simple ultraactividad natural y mecánica, al menos hasta el denuncia y la evidencia de querer negociar nuevamente, tras el vencimiento del plazo de vigencia que, entonces, no produciría efectos automáticos⁷².

Por otra parte, podría simplificarse sustancialmente el procedimiento, ya sea unificando las distintas y artificiales modalidades de negociación; eliminando plazos fatales; evitando presunciones de voluntad de los trabajadores; o contemplando la conformación de una comisión negociadora unificada, con participación paritaria, organizada y permanente de ambas partes hasta obtener el acuerdo (o incluso con posterioridad a él para velar por su correcta aplicación); entre otras diversas materias en tal sentido.

También debería contemplarse un progresivo refortalecimiento del derecho a huelga, para la lo cual, además de hacerlo aplicable para la generalidad de las negociaciones –en el fondo consiste en no autorizar el despido disciplinario para su uso legítimo, definiendo, en contraposición, los usos no lícitos– debería hacerse aún más cara o excepcional la posibilidad de contratar trabajadores de reemplazo, exigiendo, por ejemplo, que el empleador haga una oferta alineada con los resultados esperados de la negociación colectiva y las realidades macroeconómicas

71 Previstos en el artículo 346 del Código del Trabajo.

72 Es muy significativo el impacto de esta sola disposición que, en forma mucho mejor y más simple que la actualmente vigente en nuestro derecho (término de vigencia del instrumento y subsistencia de la mayoría de sus cláusulas en el ámbito del "contrato individual"), produce efectos ampliamente equivalentes, pero asociados a la continuidad de la cobertura por tiempo indefinido. Por ejemplo, en el caso argentino, hay sectores completos de actividad económica, como el bancario-financiero que están y se entienden regidos hasta la actualidad por instrumentos colectivos que fueron suscritos en la década de los 70 del siglo pasado, y no se han denunciado a la fecha, entre otras razones por cuanto en su momento sirvieron de piso ante las crisis económicas y bajas en las condiciones, como porque después los beneficios de mercado han superado con creces la mayoría de sus disposiciones.

del país, esto es, que contemple un aumento salarial mínimo y concreto por sobre la mera reajustabilidad del 100% del IPC, calculado en conformidad a las fórmulas e indicadores que se definan al efecto.

También podría ser la posibilidad de corregir la participación de grupos negociadores alternativos solo a los casos en los que no pueda haber organización sindical, o, al menos, no la hubiera actualmente.

En conclusión, interesa relevar de esta somera enunciación el amplio espacio para introducir ajustes y reformas al sistema sin siquiera discutir la opción por mantener un sistema descentralizado de negociación colectiva al interior de las empresas.

c) En forma independiente, en paralelo a lo anterior o en los momentos posteriores que se estimen consensualmente convenientes, debieran explorarse las adaptaciones que, aún de manera progresiva, permitan algún grado de negociación colectiva supraempresa en el país.

Por ejemplo, para este tipo de negociación podrían conservarse las disposiciones procedimentales con sesgo comparativamente más favorable al empresario, previstas en el actual procedimiento reglado, pero, por cierto, con la obligación de este de participar de él cuando se acredite el cumplimiento de condiciones que garanticen el objetivo de cuidar los equilibrios macroeconómicos, alineando las demandas con indicadores objetivos; o eviten daños sociales innecesarios, por ejemplo, cuidando continuidad de puestos de trabajo en riesgo; o complementen la labor regulatoria del Estado; o preservar un espacio de desarrollo y utilidad protegida para las pequeñas empresas, en especial las exigidas económicamente⁷³; etc.

73 Central en este aspecto es desarrollar lo que en la experiencia comparada –por ejemplo, la legislación española– se han denominado las "cláusulas de descuelgue" mediante las que determinadas empresas que acrediten estar en condiciones económicamente exigidas, que les impidan cumplir las disposiciones salariales o relativas a otros beneficios pactados en un acuerdo colectivo, eximirse de ello. Igualmente, sería necesario avanzar en el estudio de las "cláusulas de adaptabilidad", mediante las que, ante la concurrencia de determinadas condiciones que hacen cambiar de manera radical las que existieron al momento de la contratación, la parte afectada

Las negociaciones de este tipo que tengan un ámbito relativamente mayor de aplicación, pudieran, como en otros países, concentrarse en los aspectos principalmente salariales, y, además, incorporar algún tipo de participación orientadora y, hay que reconocerlo, de cierto control, y a la vez facilitadora de la Administración la que, por cierto, contaría, en determinadas circunstancias, con facultades para extender o restringir, según los casos, sus efectos a sectores o ámbitos geográficos determinados⁷⁴.

Como se puede apreciar de esta también somera enunciación, a objeto de garantizar su razonabilidad y la ausencia de efectos imprevistos o indeseables, estimamos imposible promover ajustes abstractos o indefinidos del tipo de solo hacer obligatoria la negociación colectiva supraempresa, sin plantear, de la mano con la experiencia comparada, precisos y claros pesos y contrapesos que la hagan materialmente posible y sustentable, con efectos amplios en cuanto a los sujetos y, en contrapartida, más acotados respecto de las materias y contenidos, de tal forma que no implique forzar una aplicación demasiado homogénea a una realidad probablemente heterogénea.

Con ello quedará claro el amplio espacio para estudiar modificaciones que aparezcan razonables y que, aun sin romper el eje preferente de nuestra legislación a favor de la negociación descentralizada, realmente contemplen posibilidades de negociación más centralizada, permitiendo la operatoria de una regla que ya es universal en torno a la complementariedad de niveles que plantea la negociación colectiva, toda ella también complementaria de las definiciones regulatorias mínimas de la legislación, contribuyendo el sistema integrado en su conjunto, a la mayor eficiencia, integración y legitimidad de las relaciones laborales en la respectiva realidad nacional.

puede exigir el restablecimiento del equilibrio roto en las prestaciones resultantes; o, también, de las cláusulas de "flexibilidad pactada", por las que determinadas condiciones previstas en la ley pueden ser alteradas en parte –al igual como ocurre a nivel del contrato individual con el *ius variandi*– en la medida en que se cumplan ciertas condiciones de contenido y de representatividad de los actores que concurren a establecerlas.

74 Mediante mecanismos como la "homologación" de contratos colectivos, por la cual, para éstos iniciar su eficacia y vigencia, y definir el ámbito de aplicación, requieren un registro y una revisión previa de un organismo estatal, como acontece en Argentina.

Algunas conclusiones

Aun cuando la normativa internacional de la OIT reconoce la posibilidad de amplias variaciones modales en la forma en que cada regulación nacional recoge diversos aspectos del derecho a la negociación colectiva, progresivamente puede observarse –como en una gran cantidad de debates jurídicos en el presente–, una tendencia sincrética que acerca posiciones en torno a un esquema básico o global en el que las similitudes son muy superiores a las diferencias y las desviaciones serán, más temprano que tarde, previsiblemente atendidas o corregidas.

Pese a diversos perfeccionamientos expresados en dos significativas reformas nuestro sistema actual de negociación colectiva –y con ello todo el Derecho Colectivo del Trabajo– aún se aleja, y en demasía, de varios aspectos relevantes de esa experiencia asentada internacionalmente y contempla un sistema desbalanceado y favorable al empresario en una lógica predesarrollada que, para sus implantadores, pareció tener su fundamento en la necesidad de consolidar un sistema de mercado abierto que, para competir adecuadamente en el mundo global requería antes que nada atender a la realidad de cada unidad productiva concreta, favoreciéndola como un espacio de acumulación de capital de emprendimiento más que otro para la distribución más razonable del excedente entre los factores capital y trabajo.

Así, el establecimiento en el Plan Laboral de fines de los años 70 del siglo pasado, de solo un remedo de negociación colectiva, suponía necesariamente los efectos y resultados muy limitados y, en lo que a este trabajo atañe, el uso en extremo disminuido del mismo, acotado solo a las empresas más grandes y consolidadas y con mayores ganancias, sin perjuicio de que la consagración restrictiva de la misma ni siquiera pudo garantizar su aplicación efectiva en este acotado espacio.

Han pasado ya tres décadas en las que los trabajadores y empresarios chilenos, constreñidos en un sistema que presenta las significativas y cada vez más inexplicables brechas que hemos descrito, se han mantenido al margen del más amplio alcance de la negociación colectiva en la experiencia comparada, como creemos haberlo demostrado del análisis de las brechas detectadas luego de estudiar el recorrido procedimental completo previsto para una negociación concreta.

Ahora, tras estas décadas de crecimiento sostenido gracias a diversos factores que han promovido la estabilidad y el desarrollo –entre los que, para algunos, hay que decirlo, pareciera contarse la propia regulación restrictiva de la negociación colectiva–, es el momento de abrir un debate sereno e informado, en el que quede en evidencia la abundante experiencia internacional en la materia, en especial de países que exhiben evidentes y, a la vez, presentan indicadores de desarrollo social y cultural compatibles con un importante grado de participación, legitimidad, compromiso, y con el generalizado empleo de mecanismos integradores y racionalmente distributivos, como lo es la negociación colectiva.

Debiera quedar claro que la bajísima tasa de cobertura de la negociación colectiva en el país no se debe, principalmente, a factores sociales, culturales, o de capacidad de los actores sociales, en especial de los trabajadores, sino que al efecto de una precisa y definida concepción político-jurídica que ya no se corresponde en modo alguno –si alguno vez lo hizo– con nuestra realidad nacional, por lo que ha llegado el momento de participar de ese debate de un modo que, en vez de pretender negar, atacar o destruir lo trabajosamente avanzado por ya más de una generación de chilenos en pos del que aparece un ya más definitivo o seguro camino al desarrollo, lo que se quiera es perfeccionarlo y consolidarlo, de un modo en que las mayorías se sientan y estén crecientemente integradas al mismo.

En correspondencia a los hallazgos de este análisis, se estima que, concentrado en el aspecto medular, cualquier intento serio de ampliar la utilización efectiva de la negociación colectiva en el país debe partir por promover modificaciones jurídicas a algunas de las normas regulatorias en las que, según se ha expuesto en este trabajo, se aprecian importantes brechas.

Así, si bien a la baja tasa de cobertura pueden concurrir otras diversas causas económicas, sociales o culturales sobre las que también es posible incidir mediante las respectivas acciones o políticas que al efecto se definan, lo que se estima definitorio en la materia es la promoción de las señaladas modificaciones normativas, las que, materializadas, pueden ser complementariamente apoyadas, a efectos de su mayor y más pronta eficacia, con otras acciones o medidas adicionales, que vayan en un mismo o complementario sentido.

A su vez, de entre todas las posibles modificaciones normativas, la que se estima de lejos la más relevante para alcanzar el objetivo planteado es la relativa a la ampliación del criterio de representación o representatividad de los actores en ella, recuperando y reforzando el efecto *erga omnes* y, con ello, la extensión automática de beneficios –al margen de la decisión tanto del empleador como del sindicato, pues ambas opciones no son técnicamente correctas y tienen efectos negativos que no viene al caso detallar pero es sencillo de suponer– en el seno de toda la empresa si es que, por cierto, el titular del derecho a negociar cumple con la exigencia de representación mayoritaria de los trabajadores.

En efecto, este criterio de representación es aún más decidor en el resultado esperado que incluso, como hemos visto, una eventual alteración del nivel preferente en el que se concibe la negociación colectiva, pasando de subempresa a empresa o supraempresa.

No obstante, aun cuando se optare por mantener el sistema descentralizado subempresa, necesariamente debieran abrirse espacios más reales para los niveles de negociación supraempresa, que permitan empalmar en algún momento, y con mayor facilidad, con la tendencia o línea de evolución que avanza hacia un sistema complementario de niveles en los que a definiciones preponderantemente

globales de tipo casi exclusivamente salarial (relacionadas de manera directa con la evolución macroeconómica en torno a la productividad, inflación, crecimiento, etc.), son adoptadas en negociaciones de ámbitos geográficos o sectoriales amplios –de carácter nacional, regional, por ramas, etc.–, en tanto que las regulaciones complementarias y más a la medida de las realidades locales o empresariales concretas, se manifiestan, entonces, de modo preferente, en negociaciones en el seno de cada unidad productiva a la que se pertenece, atendiendo a la realidad específica que allí se presenta.

Atender las carencias detectadas, en forma tecnificada, razonada y progresiva, y teniendo a la vista la experiencia externa en la materia, debiera impedir los riesgos de una deslegitimación finalmente generalizada y confrontacional de la forma en que está actualmente diseñado este mecanismo en nuestra legislación positiva, con la posibilidad de plantearse ajustes más radicales que pudieran tener efectos imprevistos o desestabilizadores o, lo que también se ha visualizado, una lógica generalizada de promover una conflictividad laboral manifestada y resuelta progresivamente mediante cauces extrajurídicos.

Además, acortar o eliminar las brechas detectadas permitiría el fortalecimiento de una hoy muy debilitada cultura laboral y social para llevar adelante el diálogo social, por la que los propios actores sociales –empleadores y trabajadores organizados– tienen una mayor capacidad de entendimiento y propuesta, contribuyendo a superar una mirada que, entonces, descansa de modo exagerado en lo que el aparato institucional del Estado pueda atender o resolver, ya sea mediante regulaciones legales, actuaciones administrativas y resolución de conflictos judicializados.

Desde esta perspectiva, el perfeccionamiento de nuestro sistema de negociación colectiva tiene mucho que ver con el de nuestra sociedad en su conjunto, haciéndola más integradora, participativa y sólida para afrontar con éxito los desafíos y problemas que nos plantea el desarrollo acelerado al que aspiramos.

Bibliografía

Caamaño Rojo, Eduardo

“La Negociación Colectiva en el Derecho del Trabajo Chileno. Un triste escenario para la promoción de la Libertad Sindical”. Ponencia en Seminario “A Construir un Nuevo Trato Laboral, Libertad Sindical, Negociación Colectiva y el Derecho a Huelga en Chile”. Fundación de Estudios Laborales (FIEL), Santiago, agosto de 2009.

Dirección del Trabajo

“Guía para la Negociación Colectiva”, 2004. Departamento de Relaciones Laborales. Servicio de Asistencia Técnica
 “Negociación Colectiva en Chile. La Debilidad de un Derecho Imprescindible”. Varios autores. División de Estudios, 2009

Dussaillant L., Francisca

“Sindicatos y Negociación Colectiva”. Documento de Trabajo N° 374, Octubre 2008, Centro de Estudios Públicos, Santiago-Chile.

Ermida Uriarte, Oscar

“La crisis financiera y el derecho del trabajo”. Revista de Derecho Laboral N° 236, 2010, Montevideo, Uruguay.

Feres, María Ester e Infante, Ricardo

“La Negociación Colectiva del futuro en Chile”. Colección Ideas. Año 8, N° 79, septiembre 2007. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Central de Chile (FACEA) y Fundación Chile 21.

Feres N., María Ester

“Sindicalismo y Negociación Colectiva: Instrumentos de Modernización” Aporte al Debate Laboral N° 1, Santiago, octubre 1997.

- Gernicon, Bernard; Otero, Alberto; y Guido, Horacio
 “La Negociación Colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control”. OIT, Ginebra, Suiza, 2000.
- Grupo de Expertos Latinoamericanos Turín, Bologna y Castilla La Mancha
 “La representatividad de los Actores Sociales. Nuevas formas de protección para nuevas formas de trabajo”. Encuentro 2004, Frutillar, Chile.
- Izquierdo, Mario; Moral, Esther; y Urtasun, Alberto
 “El sistema de negociación colectiva en España: Un análisis con datos individuales de Convenios”. Documento ocasional N° 0302, 2003. Banco de España.
- Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Chile
 “Observatorio Laboral N° 28. Negociación Colectiva en Chile”, 2007.
- Montoya Melgar, Alfredo
 “Derecho del Trabajo”. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2006.
- Notaro, Jorge
 “La reforma laboral en el Uruguay 2005-2009”. Documento de Trabajo 07/09, diciembre de 2009. Instituto de Economía. Uruguay.
- Olney Shauna y Rueda, Marleen
 “Promoción de la Negociación Colectiva. Convenio sobre la Negociación Colectiva, 1981 (núm. 154)”. Departamento de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo (Dialogue). OIT
- Pérez Infante, José Ignacio
 “La negociación colectiva y los salarios en España: Características y propuestas de reforma”. Documento de trabajo, Madrid, 2010. Madrid, España.

- Rojas Miño, Irene
 “Las contradicciones entre el modelo normativo de la negociación colectiva y el principio de libertad sindical”, en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 1-2000, “Libertad sindical. Homenaje al Profesor Alfredo Bowen”, pág. 122, Santiago, Chile.
- Salinero, Jorge
 “Veinte años de Afiliación Sindical y Negociación Colectiva en Chile: Problemas y desafíos”. Cuaderno de Investigación N° 29, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo
- Sepúlveda Malbrán, Juan Manuel y Vega Ruiz, María Luz (editores y coordinadores)
 “Guía Didáctica para la Negociación Colectiva: Una herramienta sindical”. OIT. Oficina de Actividades para los Trabajadores. Equipo Técnico Multidisciplinario-Lima. Servicio de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.
- Thayer A., William
 “La Negociación Colectiva en Chile a fines del siglo XX”. Pharos. Revista Semestral de la Universidad de las Américas, año 1997. Vol. 4 Núm.2
- Ugarte C., José Luis
 “El derecho fundamental de huelga en Chile”. Ponencia en Seminario “A Construir un Nuevo Trato Laboral, Libertad Sindical, Negociación Colectiva y el Derecho a Huelga en Chile”. Fundación de Estudios Laborales (FIEL), Santiago, agosto de 2009.

