
**RELEYENDO “SINDICATOS EN LIBERTAD SINDICAL” AL
ANALIZAR CIERTOS CONTENIDOS DE DERECHO
COLECTIVO EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE**

**RE-READING “UNIONS IN FREEDOM OF ASSOCIATION”
WHEN ANALYZING CERTAIN CONTENTS OF COLLECTIVE
LAW IN THE CHILEAN LABOR CODE**

Emilio MORGADO VALENZUELA

*Doctor Honoris Causa de la Université de Bordeaux, Francia. Miembro de Número, Ex
Presidente y Presidente de Honor de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social. Ex Vicepresidente (América del Sur) de la Sociedad Internacional de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Director Adjunto de la Oficina Regional de
la OIT para América Latina y el Caribe.*

mormauemilio@gmail.com

Fecha de envío: 19/03/2021

Fecha de aceptación: 01/04/2021

RELEYENDO “SINDICATOS EN LIBERTAD SINDICAL” AL ANALIZAR CIERTOS CONTENIDOS DE DERECHO COLECTIVO EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO DE CHILE

Emilio MORGADO VALENZUELA

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Al presentar el contenido y alcance de algunas normas contenidas en el Código del Trabajo vigente en Chile, en lo referente a la libertad sindical y el ejercicio del derecho a la actividad sindical a través de la negociación colectiva y la huelga, examino exclusiones y limitaciones para el ejercicio de esos dos derechos, en el marco de una histórica presencia estatal en la fijación normativa de los contenidos y alcances del derecho colectivo del trabajo en Chile; todo ello evocando importantes proposiciones doctrinarias de Oscar Ermida Uriarte, expresadas -con su habitual claridad y reconocida maestría- en su sólido estudio “Sindicatos en Libertad Sindical”. Entre otras materias, esas proposiciones doctrinarias se refieren al intervencionismo estatal, la heteronomía y autonomía, la libertad sindical positiva y negativa, la unicidad y pluralidad sindical y, la titularidad en la representación y la representatividad.

Palabras clave: Intervencionismo - Libertad sindical - Autonomía - Actividades sindicales

Sumario: 1. Introducción. 2. Primera Parte. Principales rasgos de la trama normativa y de los principios referidos a la libertad sindical en Chile. 2.1. Intervencionismo o abstencionismo estatal (heteronomía y autonomía). 2.2. Libertad sindical positiva o negativa. 2.3. Unicidad o pluralidad sindical. 2.4. Titularidad sindical, representación y representatividad. 3. Segunda parte. Exclusiones y limitaciones en la negociación colectiva y la huelga contenidas en el código del trabajo de Chile. 3.1. Introducción. 3.2. Exclusiones y limitaciones

en el ejercicio del derecho de negociación colectiva reglada. 3.3. Exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de huelga.

Abstract: In presenting the content and meaning of some of the Chilean Labor Code's norms regarding freedom of association and the right of trade unions to exercise their activities through collective bargaining and strike, this paper examines exclusions and limitations to said rights. This is done in view of the State's historic interventionist role in labour matters. In doing so, the paper calls on key doctrinary propositions established by Oscar Ermida Uriarte. These ideas were originally expressed, with his habitual clarity and mastery of the subject, in his foundational study "Sindicatos en Libertad Sindical". Amongst other matters, professor Ermida's key postulates refer to State intervention, heteronomy and autonomy, positive and negative freedom of association, unicity and plurality, and trade union titularity of representation and representative determination.

Key words: Interventionism - Syndical liberties - Autonomy - Syndical activities

Summary: 1. Introduction. 2. First Part. Main features of the normative framework and principles referring to freedom of association in Chile. 2.1. State interventionism or abstentionism (heteronomy and autonomy). 2.2. Positive or negative freedom of association. 2.3. Union uniqueness or plurality. 2.4. Union ownership, representation and representativeness. 3. Second part. Exclusions and limitations in collective bargaining and strikes contained in the Chilean labor code. 3.1. Introduction. 3.2. Exclusions and limitations in the exercise of the right to regulated collective bargaining. 3.3. Exclusions and limitations in the exercise of the right to strike.

1. Introducción

En Chile, el derecho colectivo del trabajo está regulado en los Libros III (de la organización sindical) y IV (de la negociación colectiva) del Código del Trabajo. Nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo es muy descentralizado y, desde sus orígenes, el Estado interviene en esas relaciones con diversos matices de intensidad, según las circunstancias políticas y económicas predominantes en el período histórico que se estudie.

En la primera parte de esta monografía, presentaré las principales características de nuestra normativa legal en lo concerniente al intervencionismo estatal y la relación autonomía sindical-heteronomía, a la libertad sindical positiva y negativa, a la unicidad o pluralidad sindical y, a la titularidad en la representación y la representatividad, contrastando esos contenidos con lo aportado doctrinariamente en esas materias por Oscar Ermida Uriarte en su extraordinario doctrinario “Sindicatos en Libertad Sindical”.¹

En el entorno de ese marco referencial, en la segunda parte focalizaré mi análisis en lo referido a las restricciones y limitaciones establecidas en la legislación chilena respecto del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga.

2. Primera Parte. Principales rasgos de la trama normativa y de los principios referidos a la libertad sindical en Chile

Lo concerniente a la libertad sindical en Chile, tiene lugar en un marco legal y fáctico de estrecha interdependencia entre el sistema de relaciones colectivas de trabajo y la trama normativa que lo regula. Sus características y orientaciones son influidas por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo y éste experimenta cambios derivados de experiencias y prácticas que suelen coexistir o substituir los marcos legales. Ello adquiere mayor notoriedad,

¹ Oscar Ermida Uriarte: *Sindicatos en Libertad Sindical*. Fundación de Cultura Universitaria. Quinta Edición. Montevideo – Uruguay, mayo de 2016.

por ejemplo, en las relaciones colectivas de trabajo en la administración pública y en ciertos sectores vitales de la actividad económica.

Cabe advertir, además, que el contenido y alcances de las normas y prácticas colectivas presenta una estrecha relación con el entorno político en el que se han producido. A la vez, son beneficiados o perjudicados por el talante de los sujetos y operadores, públicos y privados, a cargo de su aplicación y control.

Focalizaré mi análisis en los efectos de esas interrelaciones en los siguientes aspectos de la libertad sindical: intervencionismo o abstencionismo estatal (heteronomía y autonomía), libertad sindical positiva y negativa, unicidad o pluralidad sindical y titularidad en la representación y representatividad sindical.

2.1. Intervencionismo o abstencionismo estatal (heteronomía y autonomía)

Sin duda, el intervencionismo estatal ha estado presente en el sistema normativo de nuestras relaciones colectivas de trabajo desde sus orígenes. Pero en ese intervencionismo se advierte la presencia de propósitos e intensidades variadas. Por ejemplo, en el proyecto presentado al Senado en 1919, por senadores del Partido Conservador, existía un claro propósito de limitar la autonomía de los sindicatos de empresa, cuya creación se proponía, mediante la intervención de autoridades públicas en su creación y administración, a la vez que se preveía la intervención del empleador en la gestión de parte de las finanzas sindicales y en el desarrollo de ciertas actividades sindicales.² En cambio, en el proyecto gubernamental, de la Alianza Liberal, presentado a la Cámara de Diputados en 1921³, no había la mencionada intervención de la parte

² En ese tiempo, los trabajadores estaban principalmente agrupados en ‘mancomunales’ -de declarada orientación reivindicacionista y contestataria, que promovía cambios sociales y económicos profundos para solucionar ‘la cuestión social’, y en ‘sociedades de resistencia’, de clara orientación anarquista. Además, un importante porcentaje de trabajadores continuaba afiliado a sociedades de socorros mutuos, llamadas ‘mutuales’, constituidas desde mediados del siglo XIX.

³ Elaborado a petición del Presidente Arturo Alessandri Palma, por el jurista Moisés Poblete Troncoso, quien más tarde fue funcionario de la OIT y Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Chile.

empleadora y la intervención estatal no estaba necesariamente encaminada a dirigir la creación ni el funcionamiento del sindicato, sino que, como se expresaba en el Mensaje que precedía al propuesto texto normativo, con ella se pretendía garantizar y facilitar la existencia de sindicatos y el desarrollo de sus actividades sindicales, 'como ocurría en las naciones civilizadas'. En cierto sentido, la intervención estatal cumpliría la función, cuasi docente, de guía encauzadora. En apoyo de esa interpretación procede recordar que los textos internacionales básicos sobre libertad sindical datan de 1948 y 1949, por lo que esos anticipados propósitos, aparentemente, no la violentaban abiertamente.

Como uno de los resultados de la conmoción política causada por la presencia armada de oficiales del ejército en las tribunas del Congreso ('la revolución del ruido de sables'), se precipitó la adopción, en un solo día y sin debate, de parte del contenido normativo del proyecto de Código del Trabajo de 1921, en forma de leyes específicamente referidas a capítulos del mismo. Una de esas leyes fue la 4057, promulgada el 8 de septiembre de 1924. En su Título I, reguló al sindicato industrial inspirándose en lo propuesto en el proyecto del Partido Conservador, de 1919. A la vez, pero inspirada en el proyecto liberal de 1921, en su Título II normó al sindicato profesional. Algo similar ocurrió con el contenido de la Ley 4056 sobre los conflictos entre el capital y el trabajo.

Mediante un decreto reglamentario de noviembre de 1928, el texto de la Ley 4057 fue revisado 'para subsanar dificultades en su aplicación' y 'establecer normas de control con el fin de hacer más eficiente el cumplimiento de la ley'. En 1931, al aprobarse el Código del Trabajo, la tarea codificadora no consistió en una simple recopilación de la legislación existente, sino que se revisaron sus contenidos y redacción, intentando dar al conjunto un adecuado nivel de coherencia. Pero, lo esencial de las leyes 4057 y 4056, se mantuvo.⁴

En consecuencia, la intervención estatal podía asumir tanto un papel moderado, casi promotor, o uno exigente y obligatoriamente preceptivo, según fuere conveniente para armonizar el tono interventor con la naturaleza cambiante de las relaciones del Estado con el movimiento sindical.

⁴ Desde 1924 hasta 1933, hubo numerosos cambios de gobierno y hasta una 'República Socialista', de brevísima duración.

De otra parte, se estima que el absentismo total del Estado en la regulación de las relaciones de trabajo -individuales y colectivas- en situaciones de claros y profundos desequilibrios y desigualdades entre las partes de esas relaciones, contribuye a perpetuar o agravar esas circunstancias. Evitar o, por lo menos, aminorar su magnitud, puede justificar la existencia de ‘una intervención para no intervenir’, esto es, una intervención para tornar innecesaria la aplicación de una política interventora ‘con vocación de permanencia’, sino que fundamentada en el deber social de proteger la defensa, promoción y mejoramiento de los derechos e intereses de los trabajadores.

Hasta el golpe de estado de 1973, tales propósitos se expresaron, por ejemplo, en la legislación y -especialmente- las prácticas ‘*pro labour*’ habidas en los gobiernos de los Presidentes Pedro Aguirre Cerda (1938-1941), Eduardo Frei Montalva (1964-1970) y Salvador Allende Gossens (1970-1973).

Durante la dictadura (1973-1990), se instaló -de facto y mediante legislación adoptada en un régimen no democrático, sin Congreso- un modelo de relaciones colectivas de trabajo fuertemente intervenidas por el Estado, orientado a preservar ‘la seguridad interior’, y a favorecer la implantación y consolidación de un modelo de desarrollo económico abiertamente contrario a la existencia de organizaciones sindicales y a sus actividades.

Luego, durante el proceso de restauración de la democracia, los gobiernos de los partidos de la Concertación para la Democracia (1990 a 2010) y de la Nueva Mayoría (2010-2014), lograron notorios avances en la construcción de un sistema normativo más acorde con los principios y normas internacionales sobre libertad sindical. Para ello, desde 1990, en sucesivas reformas legislativas, se intentó y se logró reemplazar parte de la normatividad impuesta por la dictadura, acercando así nuestro Código a lo establecido, principalmente, en los Convenios 87 y 98, ratificados por Chile en 2001.

Lo expresado, no impide reconocer la actual existencia de un importante nivel de intervencionismo estatal, con fuerte preeminencia de fuentes normativas heterónomas y limitadas expresiones de autonomía colectiva.

Así, por ejemplo, en el Código del Trabajo existen ciento setenta y nueve artículos para regular lo referido a las organizaciones sindicales, especialmente

en lo que se refiere a: (i) los trámites y ‘quorum’ de constitución, las observaciones que puede formular la Inspección del Trabajo y las sanciones aplicables; (ii) las materias que deben contener sus estatutos, incluyendo lo relacionado con la elección y censura del directorio⁵ y, (iii) la composición del patrimonio sindical y los requisitos para disponer de bienes inmuebles.

En lo concerniente a las normas generales sobre la negociación colectiva, en el Código se regula; (i) lo referido al derecho de las organizaciones sindicales de recibir de la empresas ciertas informaciones económicas y, (ii) los contenidos, aplicación, extensión, duración, vigencia, ultraactividad y exigibilidad de las convenciones colectivas y laudos arbitrales (denominados ‘instrumentos colectivos’), resultantes de la negociación colectiva. También, y en forma detallada, en el Código se regula lo que concierne a los regímenes de procedimientos negociales no reglados, reglados y especiales.

Lo referido a la huelga es regulado como parte del procedimiento de negociación colectiva reglado.

Por su relevancia, en la segunda parte de esta monografía analizo lo atinente a las exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y a huelga.

Doctrina sustentada por Ermida. En primer lugar, es necesario tener presente que Ermida destaca que: (i) “el Convenio 87 establece el más irrestricto y general derecho a la sindicación, a la autonomía y autarquía sindical y a la independencia respecto del Estado y, (ii) en el Convenio 98 se protege la libertad sindical y a la negociación colectiva, a la vez que se establece que *“los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación, tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo (lo que apunta en primer lugar, a la imposición del fuero sindical) y que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de*

⁵ Cabe destacar que tras la reforma de la Ley 20.940 (2016), en el artículo 231 del Código del Trabajo se ordena que el estatuto del sindicato debe “incorporar un mecanismo destinado a resguardar que el directorio esté integrado por directoras en una proporción no inferior a un tercio del total de sus integrantes con derecho al fuero y a las demás prerrogativas que establece este Código, o por la proporción de directoras que corresponda al porcentaje de afiliación de trabajadoras en el total de afiliados, en el caso de ser menor.” Similar obligación se establece respecto de los estatutos de federaciones y confederaciones (artículo 272) y centrales sindicales (artículo 278).

adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras (prácticas desleales).⁶

A la vez, sostiene: (i) que “la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos y viceversa”; (ii) que “*el derecho a la libertad sindical depende los demás derechos fundamentales, porque es prácticamente imposible desarrollar una actividad sindical auténtica, si no se pueden ejercer derechos tales como, por ejemplo, el de reunión, el de expresión del pensamiento, etc.*” y, (iii) “*que la libertad sindical “no resulta autosuficiente”, en el sentido de que necesita, para existir, de otras libertades civiles y políticas.*⁷

En segundo lugar, se debe tener presente que, rotunda y claramente, Ermida resume su opinión expresando “*A mayor libertad sindical, menor reglamentación*”.⁸

Como fundamento de esa opinión, resulta útil recordar que en el prólogo de la segunda edición de su ‘Sindicatos en Libertad Sindical’, Ermida aclaró que en la primera edición había procurado “*describir los principios fundamentales de la libertad sindical y el marco dentro del cual sería posible una reglamentación heterónoma de lo sindical sin afectar esos grandes principios, las normas internacionales y las tradiciones nacionales.*” Y, en el prólogo a la primera edición, afirmó que en el derecho sindical contemporáneo, “*más que reglamentar limitando, se tiende a promover o facilitar el desarrollo de la actividad sindical*”.⁹

Luego, al referirse al derecho a la autonomía sindical, también llamada autarquía sindical, la concibe “*como el derecho de los sindicatos a autogobernarse, a darse sus propias normas y estructura, a fijar libremente su programa de acción, a elegir libremente sus autoridades, a vincularse libremente con otras organizaciones, nacionales e internacionales*”.¹⁰

A la vez, sostiene que en el ejercicio de este derecho, “*el sindicato debe mantenerse independiente frente a los empleadores, frente a las organizaciones patronales y frente al estado, en su origen. desarrollo y estructura. Debe nacer y*

⁶ Ob.cit, p. 17.

⁷ Ob.cit, pp. 24- 25.

⁸ Ob.cit, p. 97

⁹ Ob.cit, p. 9.

¹⁰ Ob.cit, p. 39.

*vivir con independencia, dándose sus propias normas de forma (estructura) y funcionamiento”.*¹¹

Asimismo, afirma que el principio de autonomía “*contiene una serie de reglas o subtipos, a saber: a) la facultad constituyente, proyección del principio de autonomía en el aspecto normativo según el cual el sindicato tiene el derecho de darse su propio estatuto y delinear su estructura y organización; b) la autonomía interna o autarquía propiamente dicha según la cual la organización profesional tiene la facultad de designar sus dirigentes y ejercer directamente y por sí misma su administración, al margen de interferencias externas; c) la facultad de acción sindical referida a la actividad del sindicato que debe ser elegida, proyectada y realizada libremente por éste, utilizando los medios necesarios para la realización de sus fines, tales como la negociación colectiva, la huelga, etc., y d) la facultad federativa, que se refiere al derecho del sindicato a vincularse con otras organizaciones, formando federaciones o confederaciones, nacionales e internacionales*”.¹²

2.2. Libertad sindical positiva o negativa

La reiterada posición secundaria -asignada en la legislación heredada de la dictadura - al derecho y ejercicio de la libertad positiva de asociación, en general, y de la libertad de sindicación en particular, se manifiesta en el lenguaje y el estilo utilizados en la redacción de las correspondientes normas constitucionales y legales, lenguaje que resulta funcional a la política de reducir al máximo la presencia y acción sindical, fortalecer la individualización de las relaciones de trabajo y consolidar la existencia en ellas de un claro desequilibrio entre las partes.

Así, por ejemplo: (i) al regular lo concerniente al derecho de asociación en general, en el inciso segundo del artículo 19 N° 15° de la Constitución de 1980 se establece: “*Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación*”; (ii) en el inciso tercero del artículo 19 N°16 de esa Constitución se dispone: “*Ninguna*

¹¹ Ob.cit, p. 60.

¹² Ibid.

ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos” y, (iii) en el artículo 19 N° 19 de ella, al regular el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley, se afirma: *“La afiliación sindical será siempre voluntaria.”*

Siguiendo esa orientación constitucional, en los incisos segundo y tercero del artículo 214 del Código del Trabajo se expresa que la afiliación a un sindicato *“será siempre voluntaria, personal e intransferible”*, y que *“nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad. Tampoco podrá impedirse su desafiliación.”*

Doctrina sustentada por Ermida. Al referirse a las interacciones entre los derechos sindicales y los demás derechos fundamentales, Ermida sostiene que los derechos individuales dependen de la libertad sindical y que *“para los trabajadores, el poder nuclearse en y actuar a través de organizaciones representativas es indispensable para poder acceder al goce de derechos que de otro modo, les serían, si no inaccesibles, por lo menos difícilmente alcanzables”*.¹³ En ese marco conceptual, afirma que *“el aspecto individual de la libertad sindical estaría constituido por todos aquellos derechos de los individuos a afiliarse (o no) a las organizaciones de su elección y a desafiliarse de las mismas, así como a constituir (o no) tales organizaciones, sin autorización previa y en total libertad. Dentro de esos derechos individuales a la sindicación, existe, a su vez, un aspecto positivo y un aspecto negativo, por lo cual se habla de libertad sindical positiva y “libertad sindical negativa”*.¹⁴

Además, Ermida recuerda que la libertad sindical positiva está expresamente mencionada en los Convenios 87 y 98, y que esos convenios de la OIT *“no edictan expresamente la libertad sindical negativa.”* En su opinión: (i) esa libertad negativa *“consistiría en el derecho a no afiliarse a un sindicato y a desafiliarse de él”* y, (ii) que *“la admisión sin reservas de la existencia de tal libertad sindical negativa, implica la interdicción total o parcial, de las*

¹³ Ob.cit, p.25.

¹⁴ Ob.cit. p. 31.

denominadas “cláusulas sindicales” o “cláusulas de seguridad sindical”, tema sumamente polémico”.¹⁵

2.3. Unicidad o pluralidad sindical

En la legislación vigente el 11 de septiembre de 1973, se regulaba la existencia de los siguientes tipos de sindicatos: (i) sindicatos industriales: únicos, por empresa o establecimiento, de afiliación obligatoria e integrados por trabajadores que tuvieran la condición jurídica de obreros. Ellos fueron establecidos en la Ley 4057, del 8 de septiembre de 1924, codificada en mayo de 1931; (ii) sindicatos profesionales (también establecidos en la Ley 4057): plurales, de libre afiliación y de variados niveles de implantación según la igual, similar o conexas profesión, industria o trabajo desarrollada por sus miembros; (iii) sindicatos de trabajadores en las empresas de la Gran Minería del Cobre, establecidos en el Decreto 313, de 1956 y, (iv) sindicatos de trabajadores agrícolas: plurales, de libre afiliación y de variados niveles de implantación. Fueron establecidos en la Ley 16.625 de 1967.¹⁶

Es importante recordar que en las normas sobre organizaciones sindicales contenidas en el Decreto-Ley 2756, de 1979, se establecieron sólo las siguientes cuatro formas de organización sindical, cuya denominación corresponde a los trabajadores que afiliaren: (i) sindicato de empresa, que agrupa sólo a trabajadores de una misma empresa; (ii) sindicato interempresa, que agrupa a trabajadores de a lo menos tres empresas distintas; (iii) sindicato de trabajadores independientes, que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno y, (iv) sindicato de trabajadores de la construcción, que agrupa a trabajadores de esa rama de actividad, cuyo objeto especial era proveer de puestos de trabajo a sus asociados, actuales o futuros, en las condiciones previamente acordadas con los distintos empleadores.

Sólo los sindicatos de empresa podían negociar colectivamente. En el listado de las únicas finalidades asignadas a los demás sindicatos, no se

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Las normas de la Ley 16.625 se inspiraron principalmente en los Convenios 87 y 98 de la OIT.

estableció la de representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos colectivos.

Tras sucesivos cambios legislativos habidos desde 1990 hasta 2001, en el párrafo 31 del artículo único de la Ley 19.759, se modificó el encabezamiento del artículo 216 por el siguiente: *“Las organizaciones sindicales se constituirán y denominarán en consideración a los trabajadores que afilien. Podrán, entre otras, constituirse las siguientes”*. Al incorporarse la expresión “entre otras”, se puso término a la rígida enumeración de tipos o formas sindicales que podían ser constituidos, la que pasó a ser un listado de modalidades que no excluye la existencia de otras.

Doctrina sustentada por Ermida. Al referirse al sindicato, Ermida afirma que su trascendencia *“está dada por la naturalidad e inevitabilidad del hecho sindical”*, y que éste *“deriva de la tendencia natural de agregación de los individuos condicionados a una misma situación socioeconómica”*. Además, sostiene que la importancia del sindicato deriva de su condición de ser *“uno de los sujetos del derecho del trabajo”* y *“protagonista principalísimo del derecho colectivo del trabajo”*.¹⁷

A esas valoraciones de la importancia del sindicato, Ermida agrega: (i) *“su carácter de instituto de autotutela y -en tal función- de condición de eficacia del derecho laboral”*; (ii) su necesidad e importancia *“incluso para llevar adelante los fenómenos participativos”* y, (iii) no menos trascendental e importante, *“su efecto democratizador”*.¹⁸

En lo concerniente a la naturaleza jurídica del sindicato, Ermida señala que al *“enfoque asociacionista del sindicato se ha contrapuesto la visión institucionalista del mismo”*, concluyendo que *“sin perjuicio de las serias reservas que plantea la tesis institucionalista aplicada a otros ámbitos del derecho laboral- en los que lleva a interpretar como comunes intereses contrapuestos- corresponde reconocer que el sindicato puede ser una categoría susceptible de explicarse en base al concepto de institución”*.¹⁹

¹⁷ Ob.cit, pp. 65-66.

¹⁸ Ob.cit, pp. 67-69.

¹⁹ Ob.cit, pp. 70-71

Y, en lo específicamente referido a la unicidad o pluralidad sindical, Ermida afirma que quienes favorecen la unicidad invocan su función de *“fortalecimiento del movimiento sindical, en cuanto dicho sistema evitaría el divisionismo que llevaría a la “pulverización sindical”*. A la vez, recuerda que *“en contra de la unidad sindical preceptiva, se señala: a) que ella anula la libertad sindical y que puede promover o facilitar la injerencia y arbitrariedades gubernamentales privilegiando a una determinada organización en perjuicio de otras, b) que por lo demás, el artículo 2 del 87 liquida la cuestión a favor de la pluralidad sindical”*.²⁰

Evocadas esas consideraciones, Ermida concluye sosteniendo que la pluralidad sindical es parte del concepto de libertad sindical, pero que *“también, la unidad sindical es deseable si es espontánea (“lo que se ha de evitar es que sea impuesta o por intervención estatal” y, (ii) que el concepto de sindicato más representativo ha surgido “como un recurso que permite arribar o acercarse a una conciliación o concurrencia entre el pluralismo necesario a la libertad y la eficacia unitaria para la acción”*.²¹

A la vez, Ermida advierte que el concepto de sindicato más representativo *“sólo debe operar en el terreno de la representatividad -cuando se trata de atribuir a un sindicato determinada facultad- y que nunca puede hacerse valer en el plano del reconocimiento del sindicato, ya que si importara un desconocimiento o una excesiva limitación al reconocimiento de sindicatos múltiples, estaría imponiendo la “unicidad sindical”, es decir, la unidad preceptiva, en contra del pluralismo exigido por la propia noción de la libertad sindical”*.²²

2.4. Titularidad sindical, representación y representatividad

Hasta la adopción de los Decretos-Leyes 2756 y 2758, de junio de 1979 - más tarde incorporados al Código del Trabajo de 1987- la titularidad en la representación de los trabajadores en sus relaciones con el empleador y con el

²⁰ Ob.cit, p.42

²¹ Ob.cit, pp. 42-43

²² Ob.cit, p. 44.

Estado siempre estuvo radicada en las correspondientes organizaciones sindicales.

En el artículo 1° del Decreto-Ley 2758, de 1979, se definió a la negociación colectiva como *“el procedimiento a través del cual un empleador se relaciona con uno o más sindicatos de la respectiva empresa, o con trabajadores que presten servicios en ella y que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones para los involucrados en dicho procedimiento, por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en esta ley.”*

La inclusión de *“trabajadores que se unan para negociar colectivamente”*, en un pie de igualdad de derechos con los sindicatos, fue reiterada en el Código del Trabajo de 1987.

Desde el inicio del retorno a la democracia (1990), variados esfuerzos se han realizado para que nuestro derecho colectivo del trabajo se ajuste a los principios y normas de la OIT. Es así como, por ejemplo, durante el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, con la adopción de la Ley 19.759 (septiembre de 2001), se logró modificar muy positivamente diversas normas en materia de sindicatos, negociación colectiva y huelgas. Uno de los cambios más relevantes aportados por esa ley fue la incorporación del artículo 314bis -a continuación del artículo 314, sobre la negociación colectiva no reglada. En él se estableció un régimen de negociación semi-reglada aplicable a los grupos de trabajadores que se unan para negociar. En dicha modalidad se establecieron las siguientes normas mínimas de procedimiento: (i) la participación de ocho o más trabajadores, los que debían ser *representados “por una comisión negociadora, de no menos de tres integrantes ni más de cinco, elegida por los involucrados en votación secreta celebrada ante un inspector del Trabajo”*; (ii) *“el empleador estaba obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de 15 días. Si no daba respuesta, sería multado;* (iii) la aprobación de la propuesta final del empleador debía efectuarse mediante votación secreta realizada en una asamblea especialmente convocada, con presencia de un ministro de fe. Todo acuerdo adoptado sin sujeción a esas

normas mínimas *“tendrá la naturaleza de contrato individual de trabajo y no producirá el efecto de un convenio colectivo.”*

Con esa norma se fortaleció la titularidad del sindicato como representante de los trabajadores en la negociación colectiva, sin perjuicio de establecer un procedimiento de negociación semi-reglada a cargo de los grupos de trabajadores. Ese procedimiento no daba acceso a los *“derechos, prerrogativas y obligaciones”* de la negociación colectiva reglada, aplicables sólo en las negociaciones colectivas a cargo de los sindicatos.

Tan importante modificación fue necesaria para impedir pseudo negociaciones colectivas a cargo de grupos de trabajadores.

Pero, la experiencia demostró que la existencia de esa negociación semi-reglada no bastaba para evitar distorsiones y simulaciones. Por tal motivo y, además, para vigorizar la titularidad sindical y atender las reiteradas observaciones formuladas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la Presidenta Bachelet, en 2014, envió al Congreso un proyecto de ley para modernizar las relaciones laborales. Al terminar la tramitación del proyecto en el Congreso -y antes de la intervención del Tribunal Constitucional- en el artículo 303 del texto sustitutorio del antiguo Libro IV del Código del Trabajo, se definía la negociación colectiva como *“aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado, de acuerdo a las normas contenidas en el presente Libro.”* En ese mismo artículo se disponía: (i) que *“los trabajadores tendrán derecho a negociar colectivamente con su empleador a través de la o las organizaciones sindicales que los representen, conforme al procedimiento de negociación colectiva reglada previsto en el Título IV de este Libro”* y, (ii) *“en todas aquellas empresas en que no exista organización sindical con derecho a negociar, podrán hacerlo grupos de trabajadores unidos para ese efecto.”* Sobre el particular, en dicho artículo se disponía que en las empresas en que no existiera organización sindical con derecho a negociar colectivamente, *“los trabajadores podrán unirse para el solo efecto de negociar con su*

empleador”, conforme a las reglas mínimas de procedimiento del sistema semireglado de negociación colectiva, precedentemente recordadas.

Como explicaré en la introducción de la segunda parte de este documento, al ser parcialmente acogidos los requerimientos de inconstitucionalidad presentados ante el Tribunal Constitucional, fue necesario vetar las normas recién evocadas. Por lo tanto, los grupos de trabajadores no pueden negociar colectivamente.

Doctrina sustentada por Ermida. Al analizar lo concerniente al aspecto colectivo de la libertad sindical y los contenidos de esa libertad ante el Estado, los empleadores y otras organizaciones de trabajadores, Ermida destaca el derecho de los sindicatos *“al ejercicio de facultades y funciones típicamente sindicales, colectivas o gremiales, tales como la negociación colectiva, la huelga, la reivindicación y la participación”*.²³ En otros términos, la representación de los trabajadores radica en el sindicato.

Planteada así la titularidad sindical en el ejercicio de los derechos sindicales recién mencionados, surge el problema de identificar al sindicato habilitado para ejercer dicha titularidad en un régimen de pluralidad sindical. Como ya lo he recordado precedentemente, Ermida estima que *“el concepto de sindicato más representativo “sólo debe operar en el terreno de la “representatividad” y no imponer el criterio de la unicidad sindical preceptiva.”*²⁴

3. Segunda parte. Exclusiones y limitaciones en la negociación colectiva y la huelga contenidas en el código del trabajo de Chile

3.1. Introducción

En diciembre de 2014, en cumplimiento del programa de gobierno ofrecido a la ciudadanía por la coalición denominada “Nueva Mayoría”, durante la campaña electoral que permitió a Michelle Bachelet acceder, por segunda vez, a la Presidencia de la República, la Presidenta envió a la Cámara de Diputados

²³ Ob.cit, p.37.

²⁴ Ob.cit, p. 44.

un proyecto de ley para modernizar el sistema de relaciones laborales fortaleciendo el derecho de sindicación y la libertad sindical, protegiendo y promoviendo el efectivo ejercicio del derecho de negociación colectiva y, actualizando las normas reguladoras del derecho de huelga.

La tramitación del proyecto fue larga, difícil y objeto de diversas vicisitudes y variados compromisos en torno a indicaciones formuladas en ambas Cámaras del Congreso y por el Poder Ejecutivo. Constitucionalmente aprobado el proyecto por el Congreso, miembros de la entonces oposición presentaron al Tribunal Constitucional requerimientos para que se declarara la inconstitucionalidad de algunas de las normas del proyecto de ley aprobado. Uno de los argumentos utilizados fue la violación de la libertad de los trabajadores para no afiliarse a un sindicato, lo que ocurriría si se establecía la titularidad preferente del sindicato en la negociación colectiva, como estaba previsto en el proyecto de ley.

Al respecto, cabe evocar que, hasta la fecha, los contenidos laborales establecidos en la Constitución de 1980 (adoptada durante la dictadura), no han sido objeto de reformas. En ellos se privilegia la libertad sindical negativa, la radicación de las relaciones colectivas del trabajo en la empresa o establecimiento de ella, y se propician o declaran -expresa o implícitamente- excepciones y limitaciones en el ejercicio de los derechos de sindicación, de negociación colectiva y de huelga.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional acogió algunos de los requerimientos formulados. Como el cumplimiento de lo sentenciado obligaba a suprimir normas esenciales tenidas en cuenta para la debida aplicación de normas no objetadas de inconstitucionalidad, éstas y los respectivos institutos jurídicos, sin duda, resultarían desnaturalizadas y hasta provocarían efectos perversos y contrarios a los anunciados objetivos de promoción y protección de los derechos colectivos de los trabajadores. Adicionalmente, ocasionarían repercusiones negativas en sus derechos individuales. Habida cuenta de estas y otras consideraciones, se procedió a vetar aquellas normas.

Aprobado el veto presidencial por el Congreso y publicada la Ley 20.940 en el Diario Oficial del 8 de septiembre de 2016, el nuevo texto del Libro IV del Código del Trabajo contenido en ella, substituyó al existente hasta esa fecha.

Sin desconocer que son importantes los perjuicios derivados de la aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional, es conveniente poner de relieve que en el nuevo texto del Libro IV del Código del Trabajo se recogieron y perfeccionaron importantes avances normativos logrados durante los Gobiernos de los Partidos de la Concertación para la Democracia desde marzo de 1990, presididos por los Presidentes Patricio Aylwin Azócar (1990-1994), Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000), Ricardo Lagos Escobar (2000-2006) y Michelle Bachelet Jeria (2006-2010). A esos avances se debe sumar la ratificación de los Convenios núms. 144 (en 1992), 87 y 98 (en 1999), y 151 (en 2000).

En lo concerniente a las estructuras procedimentales de la negociación colectiva, en el actual Libro IV se norman los siguientes: (i) la negociación colectiva no reglada (artículo 314)²⁵ ; (ii) el procedimiento de negociación colectiva reglada (artículos 327 al 344); (iii) las reglas especiales para la negociación colectiva de los trabajadores afiliados a sindicatos interempresa, la negociación colectiva de los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria (artículos 364 al 373) y, (iv) la negociación iniciada por federaciones y confederaciones (artículos 408 al 411). A esas modalidades puede agregarse la particular forma de negociar los llamados pactos sobre condiciones especiales de trabajo, regulados en los artículos 374 al 377 del Código del Trabajo.

Uno de los temas que requiere un nuevo esfuerzo reformador, es el atinente a las exclusiones y limitaciones en el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga. Centraré mi análisis en las normas sobre la negociación colectiva reglada, porque es la modalidad negocial más utilizada debido a consideraciones históricas y prácticas como, por ejemplo, ser el medio al que necesariamente se debe recurrir para poder declarar una huelga legal. Ello suele conducir a que cada una de las fases formales del proceso negocial constituya, en la práctica, una estación de paso en un viaje en el que la estación

²⁵ En el artículo 314 del Código del Trabajo se establece que en cualquier momento “y sin restricciones de ninguna naturaleza podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones voluntarias, directas y sin sujeción a normas de procedimiento, para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.” La condición de ser “voluntarias” supone la presencia de la voluntad concurrente de organizaciones sindicales y de uno o más empleadores.

final querida es la huelga. Además, en alguna medida, esa circunstancia profundiza los contenidos conflictivos propios de toda negociación colectiva.

3.2. Exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de negociación colectiva reglada

A. Exclusiones referidas a los sujetos.

1. En el artículo 1° del Código del Trabajo se dispone que sus normas no se aplicarán a los funcionarios de la administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso nacional y del Poder Judicial. Esta exclusión general y permanente también comprende a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. No obstante, se les aplicarán las normas del Código del Trabajo en los aspectos o materias no reguladas en esos estatutos, en lo que no fueren contrarias a ellos.

2. Junto a las mencionadas exclusiones generales, existen otras específicas, establecidas en función de la naturaleza de la entidad empleadora o en función de la naturaleza de la relación de trabajo.

3. Atendiendo a la naturaleza de la entidad empleadora, se excluye a: (i) los trabajadores de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionan con el Gobierno a través de ese Ministerio; (ii) los trabajadores de empresas del Estado en las que leyes especiales establezcan la prohibición de negociar colectivamente y, (iii) los trabajadores de las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más de un cincuenta por ciento por el Estado - directamente o a través de derechos o impuestos- a menos que se trate de establecimientos educacionales particulares subvencionados conforme a la ley, o de establecimientos educacionales técnico-profesionales administrados por corporaciones privadas, si concurren las condiciones previstas en la legislación.

Corresponde al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo determinar las empresas en las que el Estado tiene aporte, participación o representación mayoritarios. En ellas, la negociación colectiva sólo puede tener lugar en el establecimiento correspondiente, al que se asigna el carácter de empresa.

4. En función de la naturaleza de la relación de trabajo, se excluye: (i) a los trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje en las micro, pequeñas y medianas empresas, si éstas se excusan de negociar con esos trabajadores y, (ii) a los trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como los gerentes y subgerentes. De la existencia de esta exclusión se debe dejar constancia escrita en el contrato de trabajo. A falta de tal estipulación, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente.²⁶

5. Las exclusiones de carácter temporal son dos: (i) para negociar colectivamente en una micro o pequeña empresa, mediana empresa o gran empresa se requiere que hayan transcurrido -a lo menos- dieciocho, doce o seis meses, respectivamente, desde el inicio de las actividades de la empresa y, (ii) ningún trabajador puede ser parte de más de un contrato colectivo celebrado con el mismo empleador. En consecuencia, terminada la vigencia de un contrato colectivo el trabajador puede ser parte de otro distinto con el mismo empleador.

B. Exclusiones referidas a las materias.

1. En forma perentoria, en el penúltimo inciso del artículo 306 se dispone que no serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

²⁶ El trabajador, o el sindicato al que esté afiliado, podrán reclamar ante la Inspección del Trabajo acerca de la circunstancia de no poder negociar colectivamente. La resolución de la Inspección del Trabajo podrá reclamarse judicialmente, dentro del plazo de quince días desde su notificación.

No obstante, tal restricción es relativa si se tiene presente lo dispuesto en los tres primeros incisos del mismo artículo, en los que se establece que son materia de la negociación colectiva: (i) aquellas de interés común de las partes que afecten las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones de trabajo; (ii) las referidas a acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares; el ejercicio de la corresponsabilidad parental; planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad; acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores; constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversias, entre otros; (iii) acuerdos de extensión, a todos o parte, de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical, para la aplicación general o parcial de estipulaciones de un instrumento colectivo y, (iv) pactos sobre condiciones especiales de trabajo regulados en los artículos 374 al 376 del Código del Trabajo.²⁷

C. Limitaciones en el ejercicio del derecho de negociación colectiva.

1. Aunque el derecho de negociar colectivamente en niveles superiores al de la empresa no está prohibido, tampoco está eficazmente promovido y protegido. Más aún, en la normativa constitucional, en forma expresa, se hace referencia al derecho de los trabajadores de negociar colectivamente “con la empresa en que laboren, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar”. (Artículo 19 N° 16 de la Constitución).

²⁷ Esos pactos pueden celebrarse en las empresas con una afiliación sindical igual o superior al treinta por ciento del total de trabajadores. Conjunta o separadamente, las respectivas organizaciones sindicales pueden acordar con el empleador, en forma directa y sin sujeción a las normas de la negociación colectiva, pactos sobre: (i) la distribución de la jornada y, (ii) los sistemas de jornadas que combinen tiempos de trabajo presencial en la empresa y fuera de ella, para los trabajadores con responsabilidades familiares. También esta modalidad de pacto puede ser convenida para aplicarla a trabajadores jóvenes que cursen estudios regulares, a mujeres, a personas con discapacidad o, a otras categorías de trabajadores que definan el empleador y la organización sindical, de común acuerdo.

2. No cabe duda de que el sistema chileno de relaciones colectivas de trabajo es fuertemente descentralizado, no sólo en el nivel de la empresa sino que hasta el nivel de los establecimientos de ella. Si a tal característica se agregan los problemas de identidad real de la empresa, derivados de la definición de ella contenida en el artículo 3° del Código del Trabajo²⁸, la posibilidad de negociar en niveles supraempresariales, principalmente depende de la voluntad del empleador, grupo de empleadores, asociación o asociaciones de empleadores.

3.3. Exclusiones y limitaciones en el ejercicio del derecho de huelga

A. Exclusiones.

1. En el ya mencionado artículo 19° N° 16 de la Constitución se establece que no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tal prohibición también se aplica a *“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*

²⁸ En el artículo 3° del Código del trabajo se establece que para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social: (i) *“se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”* y, (ii) que dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador *“cuando tengan una dirección laboral común, y concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común”*. Esta figura jurídica de unidad de empresa no se entiende presente por la *“mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas.”* Además, en el artículo 3° se dispone que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador: (i) *“podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes”*; (ii) *podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas.”* Además, en ese artículo del Código se expresa: (i) que *“los sindicatos interempresa que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador, podrán presentar proyectos de contrato colectivo, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos”* y, (ii) que *“la presentación y tramitación de los proyectos de contrato colectivo se regirán por las normas de la negociación colectiva reglada.”*

población o a la seguridad nacional.” La determinación de los trabajadores sometidos a esta prohibición corresponde a la ley.

2. En la misma norma constitucional se dispone que la ley “*señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse “a arbitraje obligatorio”,* a cargo de tribunales especiales de expertos establecidos por ley.

3. Cabe advertir que estas normas constitucionales excluyentes, están expresadas inmediatamente después de la norma constitucional referida a la negociación colectiva. A la vez, en el Código del Trabajo, lo concerniente a la huelga está normado en los Capítulos VI (Derecho a huelga) y VII (Limitaciones al ejercicio del derecho a huelga), que forman parte del Título IV (El procedimiento de negociación colectiva reglada) del Libro IV del Código del Trabajo (De la negociación colectiva). Ello permite suponer que en la legislación chilena el derecho a huelga no solo constituye un derecho inherente al derecho de sindicación y de libertad sindical, sino que, además, es parte integrante de uno de los procedimientos establecidos para negociar colectivamente.

4. A las mencionadas exclusiones de rango constitucional, se debe agregar la exclusión de carácter general establecida en el ya mencionado artículo 1° del Código del Trabajo.²⁹

5. Finalmente, en el artículo 362 del Código del Trabajo se dispone que no podrán declarar la huelga “*los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.*”

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas, es efectuada cada dos años mediante una resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento

²⁹ En él se dispone que sus normas no se aplican a: (i) los funcionarios de la administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial; (ii) los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. No obstante, se les aplicarán las normas del Código del Trabajo en los aspectos o materias no reguladas en esos estatutos, en lo que no fueren contrarias a ellos.

y Turismo, *“previa solicitud fundada de parte.”* Tal solicitud se debe poner en conocimiento *“de la contraparte empleadora o trabajadora para que formule las observaciones que estime pertinentes.”*

La mencionada resolución se debe publicar en el Diario Oficial y puede ser reclamada ante la Corte de Apelaciones de Santiago o la del lugar donde se encuentre el reclamante, según lo establecido en las normas del Código del Trabajo sobre los procedimientos judiciales en la negociación colectiva, Sólo por causa sobreviniente se puede revisar la permanencia de una empresa en la mencionada resolución ministerial conjunta.

B. Limitaciones.

Las normas que limitan el ejercicio del derecho a huelga están contenidas en los artículos 359 al 362 del Código del Trabajo, referidas a la calificación y provisión de servicios mínimos y equipos de emergencia, y 363, que regula la reanudación de faenas ordenada judicialmente.

1. *La provisión de servicios mínimos y equipos de emergencia.*

Al inicio del artículo 359, en forma categórica se afirma que la obligación del sindicato de proveer servicios mínimos no debe *“afectar el derecho a huelga en su esencia”*. Por lo tanto, sin duda, se debe entender que la provisión de esos servicios es excepcional y que las normas que la regulan deben interpretarse restrictivamente.

En consecuencia -teniendo presente el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena- los servicios mínimos requeridos deben ser los *“estrictamente necesarios”* para: (i) *“proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes”*; (ii) garantizar: (a) *“la prestación de servicios de utilidad pública”*, (b) *“la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas”*, y (c) *“la prevención de daños ambientales o sanitarios.”*

El equipo de emergencia encargado de atender los servicios mínimos durante la huelga estará integrado *“por trabajadores involucrados en el proceso de negociación”*, los que deben *“percibir remuneraciones por el tiempo trabajado.”*

Si el sindicato no provee el equipo de emergencia, *“la empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios.”* No obstante, esas medidas *“no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato, salvo que la Inspección del Trabajo autorice fundadamente uno distinto.”*

Según lo establecido en el artículo 360 del Código, antes del inicio de la negociación colectiva, *los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberán ser calificados.* La calificación consiste en identificar: (i) *los servicios mínimos de la empresa y, (ii) el número y las competencias profesionales o técnicas de los trabajadores que deberán conformar los equipos de emergencia.*

La calificación debe ceñirse a las siguientes normas centrales: (i) corresponde al empleador proponer por escrito al sindicato o sindicatos, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia, con una anticipación mínima de ciento ochenta días antes del vencimiento del instrumento colectivo vigente en la empresa, enviando copia de ella a la Inspección del Trabajo; (ii) los sindicatos tienen un plazo de quince días para responder, conjunta o separadamente; (iii) si se produce acuerdo, éste debe constar en un acta firmada por el empleador y los sindicatos concurrentes a la calificación, enviándose copia a la Inspección del Trabajo, *“dentro de los cinco días siguientes”*; (iv) si no se produce acuerdo o éste no involucra a todos los sindicatos, cualquiera de las partes puede requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo; (v) La Dirección Regional del Trabajo debe: (a) oír a las partes; (b) *“solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda”*; (c) *“realizar visitas inspectivas, a requerimiento de parte”* y, (d) recibir los informes técnicos acompañados por las partes; (vi) la correspondiente resolución que dicte la Dirección Regional del Trabajo debe ser fundada y emitida dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento”. Tal resolución

es reclamable ante el Director Nacional del Trabajo y, (vii) en presencia de una solicitud fundada de parte *“la calificación podrá ser revisada si cambian las condiciones que motivaron su determinación”*.³⁰

La fase calificatoria recién evocada, es seguida por otra de confirmación y provisión de los equipos de emergencia, regulada en el artículo 361 del Código. Esta fase comienza cuando el empleador, en su respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por el sindicato o sindicatos, propone a la comisión negociadora sindical *“los trabajadores afiliados al sindicato que conformarán los equipos de emergencia, cuando corresponda.”*

La comisión negociadora tiene un plazo de cuarenta y ocho horas para responder. Si no responde, se entiende aceptado lo propuesto por el empleador.

Si la respuesta es negativa o existe discrepancia *“en el número e identidad de los trabajadores del sindicato que deben conformar los equipos de emergencia”*, el empleador -dentro del plazo de cinco días de recibida la respuesta- debe solicitar a la Inspección del Trabajo que se pronuncie. Ésta debe resolver ese requerimiento dentro del plazo de diez días. En contra de su resolución sólo procede el recurso de reposición.

2. La reanudación de faenas.

Según lo dispuesto en el artículo 363 del Código del Trabajo, si se produce *“una huelga o el cierre temporal de la empresa, que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al medio ambiente, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional”*, el Tribunal de Letras del Trabajo respectivo podrá decretar la reanudación de faenas, previa solicitud de parte. En tal caso, las

³⁰ A esas normas centrales se agregan las siguientes normas complementarias: (i) si en la empresa existe más de un instrumento colectivo vigente, el plazo mencionado se aplica considerando a aquél *“más próximo a vencer”*; (ii) tratándose de sindicatos recién constituidos se establecen plazos especiales; (iii) si existen establecimiento o faenas de la empresa en dos o más regiones, el requerimiento de calificación debe formularse en la correspondiente al domicilio del requirente; (iv) si ha sido requerida la intervención de dos o más Direcciones Regionales, corresponde a la Dirección del Trabajo determinar cuál de ellas resolverá todos los requerimientos formulados” y, (v) en el mes de abril de cada año, la Dirección del Trabajo debe publicar *“los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia.”*

faenas se reanudan en las mismas condiciones vigentes en el momento en que fue presentado el correspondiente proyecto de contrato colectivo.

Si atendemos a sus resultados, en esencia esta norma establece una modalidad de exclusión del ejercicio del derecho de huelga, regulada por dos categorías de consideraciones. Una, referida a las características, oportunidad o duración de la huelga. La otra, relacionada con los bienes jurídicos gravemente afectados por ella: (i) la salud; (ii) el medio ambiente; (iii) el abastecimiento de bienes o servicios de la población; (iv) la economía del país o, (v) la seguridad nacional.

Lo solicitado se tramita aplicando el procedimiento abreviado denominado “monitorio”, regulado en los artículos 496 al 502 del Código del Trabajo, con excepción del procedimiento preliminar ante la Inspección del Trabajo.

La sentencia definitiva del Tribunal se debe notificar a la Dirección Regional del Trabajo para la designación del correspondiente tribunal arbitral, de común acuerdo entre las partes. La audiencia se realiza con cualquiera de las partes que asista o en ausencia de ellas. En la audiencia se designa a tres árbitros titulares y dos suplentes, entre aquellos inscritos en la Nómina Nacional de Árbitros. En ausencia de las partes, corresponde a la Dirección Regional del Trabajo designar a aquellos que más se acerquen a las preferencias de las mismas. Si las partes no manifestaren preferencias, la designación se hará por sorteo”.³¹

Doctrina sustentada por Ermida. Como ya lo evoqué en la primera parte de esta monografía, al precisar el contenido de la autonomía sindical, Ermida expresa que una de sus expresiones es *“la facultad de acción sindical referida a la actividad del sindicato que debe ser elegida, proyectada y realizada libremente por éste, utilizando los medios necesarios para la realización de sus fines, tales como la negociación colectiva, la huelga, etc.”*

Al examinar lo referido a los derechos sindicales ante el Estado y los empleadores y sus organizaciones, Ermida afirma: que *“es absolutamente obvio que la libertad sindical incluye el derecho a la acción sindical, esto es, a ejercer efectivamente los hechos, las funciones atribuidas a los sindicatos. Así, en el*

³¹ Artículos 363 y 387 del Código del Trabajo.

marco de la llamada libertad sindical colectiva y dentro de ella, entre los derechos colectivos que posee el sindicato frente al estado y a los empleadores, que se incluyen, sin hesitaciones, la acción reivindicativa y participativa, así como el ejercicio de la negociación colectiva y de la huelga".³²

Asimismo, afirma que *"el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva es uno de los aspectos más relevantes del derecho a la libertad sindical"*. En apoyo de esta aseveración, Ermida subraya que *"el propio Convenio 98 de la OIT haya dispuesto el estímulo y fomento de la negociación colectiva hasta alcanzar su pleno desarrollo", lo que ha sido recientemente reafirmado por el Convenio 154 sobre fomento de la negociación colectiva*".³³

A la vez, Ermida sostiene que *"el derecho de huelga es actualmente reconocido como uno de los derechos esenciales para la defensa y promoción de los intereses profesionales"*.³⁴

También recuerda que *"en sus orígenes el movimiento sindical adoptó exclusivamente una acción de reivindicación o contestación, actitud que aún predomina, siendo esencial e irrenunciable, modernamente ha venido a agregársele, con carácter más o menos subordinado, accesorio o complementario, una acción participativa. Si bien es cierto que en el seno del propio movimiento sindical se discuten aún la procedencia teórica y la conveniencia táctica de abordar la acción participativa, no es menos cierto que hoy en día la participación del sindicato en la vida pública de los países ya es una de las funciones sindicales importantes. Hoy el sindicato participa ampliamente en la vida social, económica y política de numerosos países, poseyendo representantes en gran cantidad de órganos gubernamentales y de las propias empresas, públicas y privadas"*.³⁵

Finalmente, enfática y acertadamente, Ermida nos recuerda que "el sindicato, la negociación colectiva y la huelga" son "los tres pilares indispensables e interdependientes sobre los que se basa todo el derecho

³² Ob.cit, p. 45.

³³ Ob.cit, pp. 45-46.

³⁴ Ob.cit, p.46.

³⁵ Ob.cit, p. 47.

colectivo del trabajo, al extremo de que la ausencia de cualquiera de ellos impida el funcionamiento de éste”.³⁶

³⁶ Ob.cit, p. 46.

Bibliografía

ERMIDA URIARTE, O. (2016). *Sindicatos en Libertad Sindical*, FCU, Quinta Edición, Montevideo – Uruguay.