

## PUNTOS DE VISTA SOBRE EL PLAN LABORAL

*William Thayer Arteaga*  
Profesor de Derecho del Trabajo

### A. ESTRUCTURA SINDICAL, PARTICIPACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. No es posible proponer una estructura sindical, sin tener en consideración las estructuras de participación y de negociación colectiva.

2. Tres cuestiones: sindicato, participación y negociación se vinculan estrechamente entre sí y con la empresa. El concepto que se tenga de ésta y de su estatuto y fines condiciona el acierto y eficacia de las otras estructuras y su funcionamiento.

3. Para Chile parecieran darse algunos elementos previos, que consideramos datos del problema:

a) Existe un D.L. 1.006, sobre Estatuto Social de la Empresa, y el Acta Constitucional N° 3, que define ésta como una "comunidad humana de trabajo" (art. 1, N° 20). Conforme a ellos, no puede discutirse que el concepto vigente supone la integración de los trabajadores como "parte" de la empresa, y no como "contraparte" de ella (concepto clásico liberal-capitalista-individualista, sacralizado por el marxismo-leninismo. Este supone que toda empresa privada es un medio productivo de explotadores burgueses que le roban al trabajador la plusvalía de la riqueza que él genera);

b) Existe una tradición cincuentenaria en Chile de organización sindical preferente de sindicatos por empresas. Además, una ética de facto en el campo sindical que hace del sindicato un organismo de lucha contra el poder empresarial, que defiende al capital y, como representante de él, manda en la empresa;

c) Existe una similar tradición de negociación colectiva por empresa, salvo casos excepcionales, aunque importantes: marítimos, construcción, agricultura. En este último sector, no podríamos hablar de tradición, sino de algunos años de experiencia de aplicación de la Ley 16.625;

d) El Gobierno ha tenido una actitud vacilante, a saber:

i) En el Anteproyecto de Código de 1975 optó por un sistema preferente de sindicatos por rama de actividad;

ii) Paralelamente, desde el D.L. 670, de 1974, propició las Comisiones Tripartitas, a las que les fue otorgando nuevas atribuciones, con miras a convertirlas en verdaderos centros de negociación por grandes sectores de actividad, y dentro de un ámbito geográfico variable. Se anunció la tendencia a que estas Comisiones Tripartitas funcionarían, después, como

“bipartitas”, conforme a la función subsidiaria del Estado, sirviendo de base a la referida negociación;

iii) Conforme al D.L. 851 se generalizó la norma de poder extender los convenios colectivos, actas de avenimiento o fallos arbitrales que comprendieren a la mayoría de los trabajadores de un determinado sector económico-social;

iv) Con el D.L. 2376 se definió claramente en favor de la negociación colectiva por empresa, rechazando en principio la negociación por ramas de actividad. Incluso, la estructura sindical sólo podría escapar al ámbito de la empresa, cuando en ella no fuere posible constituir un sindicato;

v) El nuevo Plan Laboral estima que para que la negociación colectiva sea eficiente y justa, debe radicarse en cada empresa, sin perjuicio de las excepciones estrictamente necesarias. Explicando esta conclusión, ha dicho el Ministro Piñera: “En efecto, la esencia de la negociación colectiva reside en determinar la forma en que se habrán de distribuir para cada período las ganancias de productividad de la empresa entre capital y el trabajo, y esto lógicamente puede resolverse con seriedad y justicia al interior del ente en que dichas ganancias de productividad, mayores o menores, según los casos, tengan lugar”. “Cabe resaltar que en una economía competitiva y abierta al comercio exterior, la negociación colectiva entre empleadores y trabajadores, aparte de no comprometer directa ni indirectamente a la autoridad gubernativa, dispone de una válvula reguladora que frena pretensiones irreales o excesivas de parte de los trabajadores, al paso que los mecanismos que éstos tendrán en la futura legislación les permitirán ejercer sus derechos con una amplia gama de eficaces instrumentos”. “El equilibrio debe buscarse en la justa retribución económica al trabajo y al capital, considerando su real aporte productivo a la empresa” (discurso del Ministro Piñera el 2 de enero, al exponer el Plan Laboral);

vi) Al designar el Ministro Piñera una Comisión Asesora en el proceso de institucionalización laboral y abrir un amplio diálogo hacia el mundo gremial, pareciera quedar abierta la posibilidad de examinar las modalidades de una negociación justa y eficiente, dentro de la libertad sindical y del régimen de economía social de mercado, que son supuestos inamovibles;

e) El sindicalismo libre universal no acepta un patrón único sindical ni de negociación, dejando a la autonomía de los interesados si se organizan por base empresarial, industrial o profesional, y si negocian al mismo nivel o a otro distinto del que sirve de base al sindicato. En otras palabras, es bien difícil conciliar el postulado de la libre organización sindical, con la prohibición de que existan sindicatos fuera del ámbito de la empresa.

4. De lo expuesto se infiere que hay dos opciones fundamentales que pueden servir de base a la nueva legislación:

- a) sindicalismo y negociación por empresa, y
- b) libertad de organización sindical y de negociación colectiva, sea de nivel empresarial, sectorial, regional, etc.

En el primer caso, habría que considerar siempre "las excepciones estrictamente necesarias".

5. Es interesante recordar que los sectores laborales y empresariales en general rechazaron la idea de sindicación y negociación por rama de actividad que contemplaba el Anteproyecto de 1975, reclamando tener por base la empresa. Al anunciarse el nuevo Plan Laboral y, antes, con el D.L. 2376, han surgido violentas críticas a la organización y negociación por empresa. El Consejo de Estado recomendó, como base, el sindicato y negociación por empresa, con excepciones más o menos amplias.

6. Las principales objeciones que se formulan al sistema de base empresarial son:

- a) Que la inmensa mayoría de las empresas en Chile no permiten constituir un sindicato de empresa, o, de ser posible, éste sería sumamente pequeño, débil e ineficiente;

- b) Las excepciones son de suyo significativas, porque debieran abarcar todo el sector campesino, el de la construcción, el de las empresas de menos de 25, 60 o 100 trabajadores (según el mínimo que se asigne al sindicato), etc. Todo ello configura una excepción mucho más numerosa que la regla general;

- c) La experiencia de 50 años de vigencia de un sindicalismo por empresa y de negociaciones colectivas por empresa no es estimulante;

- d) La experiencia universal no es propicia a este tipo de sindicación o de negociación, salvo tratándose de grandes empresas.

7. Las principales objeciones que se formulan al sistema de base supraempresarial, que llamaremos de "rama de actividad" son:

- a) Facilita que sectores ajenos a la empresa decidan sobre aspectos que deben ser resueltos en cada empresa;

- b) Destruye el sistema de empresa competitiva, que debe ser libre para fijar las mejores condiciones que desee y atraerse los mejores trabajadores, y debe castigar a las empresas que no saben enfrentar la competencia en condiciones económicas y sociales atractivas (tienen huelgas, o quiebran, o fracasan);

- c) Estimula la politización sindical al llevar los conflictos a niveles superiores al interno de la empresa, que es el ente que produce y paga y que, según su productividad y éxito, debe remunerar.

8. Antes de pronunciarse por una opción, convendría examinar cómo podría funcionar un sistema de negociación sobre la base del régimen sindical del D.L. N° 2376:

a) En cada empresa donde hubiere más de 25 trabajadores podrá constituirse un sindicato de empresa, el que debe tener como mínimo 25 afiliados y representar, como mínimo, el 30% de los trabajadores de la empresa. Pueden darse, como ejemplo, los siguientes casos:

i) En la empresa trabajan menos de 25 trabajadores: no puede haber sindicato. Tendrán que afiliarse a un sindicato que agrupe a trabajadores de más de una empresa, que el D.L. llama "sindicatos profesionales", siguiendo la nomenclatura del Código. Este sindicato podría reunir, por ejemplo, a 1.000 trabajadores de tiendas y paqueterías de la Región Metropolitana, o a 25 vendedores al mostrador de tres cecinotecas de Viña del Mar, etc.;

ii) Si hay 25 trabajadores, tendrá que haber un consenso de todos para que pueda haber sindicato. Si son 26 o un número cercano, el consenso deberá corresponder a cerca del 100%. Tendrán que pertenecer al mismo sindicato aunque tengan conceptos absolutamente opuestos del sindicalismo, o profunda desconfianza en la capacidad y acción de las directivas;

iii) Cuando la empresa tenga 200 o más trabajadores será fácil que, aun cuando se excluya el grupo de altos ejecutivos, que integran la gerencia, subsista un número razonable para que el sindicato sea uno solo, pero libremente decidido así, porque los disidentes podrían haber formado uno de minoría (se requieren 25 trabajadores permanentes que representen el 30% de los trabajadores como mínimo);

iv) Debe recordarse que, conforme al art. 10, si en una empresa trabajan 25 personas permanentemente, no es posible que ninguna se afilie a un sindicato profesional. No hay más alternativa que la señalada en el número ii precedente.

b) Para negociar colectivamente podrían presentarse las siguientes opciones básicas:

i) La mayoría de los trabajadores de cada empresa acuerda una proposición de convenio y elige una delegación que la represente, o confiere poder a la directiva de un sindicato de la empresa, o a un grupo de dirigentes de más de un sindicato, si lo hubiere. En esta hipótesis, decide la "asamblea del personal";

ii) El sindicato más representativo de la empresa, aunque no reúna más del 50% de los trabajadores de ellos, asume ipso jure la representación;

iii) El sindicato más representativo asume tal representación sólo si reúne tal mayoría. Debe advertirse que la cuestión no es simple, porque por espíritu de *unidad* puede haber un número de afiliados sindicales que sean *minoría dentro del sindicato*, pero que sumados a los no sindicalizados, sean la *mayoría del personal*. La opción iii) premia, por consiguiente, al sindicalizado sobre el no sindicalizado y estimula la unidad,

con las ventajas y riesgos de la misma, cuando se opera en unidades o sindicatos pequeños.

9. El D.L. 2376 no trata de sindicalismo de segundo grado (federaciones), ni de la negociación colectiva; pero en este examen de sus eventuales proyecciones hay que analizar estas situaciones:

a) Es posible que en la mayoría de las empresas sólo se constituya un sindicato, y que los recalcitrantes a sindicalizarse no alcancen a reunir el 30%. Este sindicato se afiliará a la Federación que le plazca, de su sector y región, según decisión mayoritaria de sus socios;

b) En las empresas en que se llegue a constituir más de un sindicato, lo probable es que ellos se afilien a federaciones distintas. En tal caso puede darse la situación de que un sindicato más representativo en una empresa (que reúna, por ejemplo, el 60% de sus trabajadores), se afilie a una federación que reúna sólo el 30% de los trabajadores del sector. Por la inversa, podría darse el caso de que el sindicato menos representativo de la empresa (con un 30% de afiliados) pertenezca a la federación más representativa (que agrupe al 60% de los trabajadores del sector). Eso creará tensiones para elevar el nivel de la negociación colectiva y llevarlo al plano de la federación; o para rebajarlo al nivel de la empresa;

c) Es perfectamente posible que el sindicato de trabajadores de las empresas chicas (sindicato profesional de trabajadores de las empresas con menos de 25 trabajadores) sea, al nivel de la federación, el más representativo;

d) Podría sostenerse que es forzoso mantener la negociación siempre en el nivel de cada empresa, aunque tenga, por ejemplo, cinco trabajadores, para evitar las influencias extraempresariales. Pero no parece probable conseguirlo dentro de un régimen de libertad sindical en el que esos cinco trabajadores de la empresa chica forman parte de un sindicato mayor, donde discutirán inevitablemente sus aspiraciones y conquistas, y, más aun, se encontrará en la federación con los demás sindicatos. Pretender evitarlo conduce a una de dos cosas: impedir el sindicalismo libre, o entregarlo a la coordinación superior política, que es lo acontecido en Chile con la tradicional prohibición legal de federarse para los sindicatos industriales y la generalidad de los profesionales, en el Código del Trabajo.

10. Todo lo examinado en el N° 9 obliga a considerar la necesidad de una instancia en que se examine, con anterioridad a la negociación, la manera de asegurar la más amplia y universal representatividad. Llegado a un acuerdo para tal fin, los sectores que quieran escapar a los efectos del convenio serán comprometidos por una de dos razones: o porque al nivel de la empresa los beneficios y deberes obligarán a sindicalizados y no sindicalizados; o al nivel supraempresarial, tenderá a aplicarse un mecanismo de extensión como el del D.L. 851, o el de la ley 16.625.

11. Examinadas las principales alternativas que derivarían de aplicar los principios del D.L. 2376 a la negociación colectiva, cabe concluir que inevitablemente, o al menos, con toda probabilidad, escaparán a la negociación por empresa:

- a) los trabajadores de empresas de menos de 25 personas;
- b) los que tengan un amplio lapso de experiencia en negociación a nivel supraempresarial, como la construcción, el cuero y calzado, los estibadores, etc.;
- c) los campesinos regidos por la ley 16.625;
- d) los de la Gran Minería del Cobre, que probablemente negociarán por "divisiones";
- e) los de algunas grandes empresas, que tal vez negocien por fábricas o establecimientos, a menos que prefieran mecanismos especiales (CAP, Papeles y Cartones, etc.).

12. No es menudo asunto por resolver el que deriva de que los actuales sindicatos de "trabajadores" de una empresa, antiguos de empleados u obreros, tienen beneficios sumamente distintos en muchos casos, cuya nivelación dará origen a delicadas situaciones. A su vez, estas situaciones tendrán aspectos peculiares en cada empresa, pero las más de las veces, la asimilación corresponderá a pautas de carácter general.

13. La perspectiva de salirse del margen del D.L. 2376 para abordar la negociación colectiva, plantea la siguiente alternativa, que ya hemos mencionado:

- a) volver a las ramas de actividad, de que trataba el Anteproyecto de 1975; y
- b) operar flexiblemente, dejando a los propios interesados que convengan en el seno de reuniones bipartitas su sistema propio de negociación, actuando subsidiariamente el Estado para resolver los casos en que no se produzca acuerdo, o en que, de producirse, éste perjudique el bien común del país por alguna causa.

14. Nuestra opción es por lo expuesto en la letra b) del número anterior. Ahora bien, para tal evento, es necesario hacerse cargo de las objeciones mencionadas en el N° 7 de este estudio, ya que dicha letra b) supondrá que eventualmente haya muchas negociaciones de nivel supraempresarial.

15. En nuestro concepto, la respuesta a lo señalado en el N° 7 podría precisarse así, siguiendo el mismo orden alfabético allí establecido:

*En cuanto a la letra a)*

La negociación colectiva supone de suyo cuestiones que deben resolverse a nivel de la empresa, y cuestiones que NO DEBEN resolverse a ese nivel, sino a nivel superior. Lo que diferencia la economía liberal-

individualista de mercado, a la economía social de mercado, es que ésta cuida de que las bases de la libre competencia no hagan posible el trato abusivo del trabajador que conocieron los siglos XVIII (a fines) XIX y XX. Contra ello se levantaron la OIT, el Derecho del Trabajo y todo un pensamiento social que, aplicado a la economía de libre mercado, dio origen a la economía social de mercado —con cualquier nombre que se la quiera bautizar—. Fijar *bases humanas* para la libre competencia, a fin de que ésta no sea *desleal* ni *inhumana* es la primera tarea de la negociación colectiva en un régimen moderno de *empresa privada competitiva*. Cuando un país no puede proporcionar ocupación plena, existe la tendencia a emplearse en cualquier condición, y siempre hay empresas que son capaces de resistir por un tiempo al menos, la competencia sobre la base de la injusticia social. El que dichas empresas puedan sucumbir a la larga —no siempre ocurre— en nada obsta a que mientras tanto subsistan condiciones sociales insoportables, que arrastran a todo el sistema a niveles *inhumanos*. De ninguna manera la cuestión se solucionará sobre la base de la competencia internacional, porque en la esfera internacional rigen, generalmente, convenios colectivos y las grandes federaciones internacionales, con el pleno amparo de la OIT, están atentas a que se cuide el solemne compromiso del Tratado de Versailles que dio origen a ese organismo: *impedir que los países que no cumplan con los deberes de un trato social humano a los trabajadores derroten a los que tienen costos más altos por cumplir dichos compromisos*.

Como en todo el ámbito económico-social, esta es una cuestión que tiene extremos liberales y extremos intervencionistas; pero Chile tiene que desenvolverse dentro de un marco institucional consciente de sus compromisos jurídicos y de su circunstancia política interna e internacional. Un sistema de guerra con el mundo sindical exterior sería desastroso.

*En cuanto a la letra b)*

Es una complementación de lo anterior. Lo que se fija por la vía del convenio interempresarial, es lo mismo que se fija por la ley, pero aplicado, especificado o mejorado para el sector: bases mínimas para categorías profesionales; bases mínimas como sistemas de participación en las utilidades; bases mínimas en cuanto a garantías de permisos, feriados, jornadas, trabajo extraordinario, indemnizaciones, etc. Estas bases, incluso, pueden diferenciar tipos de empresas, siendo las más débiles afectas a menos obligaciones (cercasas a los mínimos legales, o dichos mismos mínimos incluso). En la medida en que la empresa se fortalece, se tecnifica, se capitaliza, crece, sube de nivel, rigen para ella obligaciones más plenas, dentro del rango que comprende el convenio. Por último:

*el total* de los beneficios que perciba el trabajador *NO LO DA NUNCA EL CONVENIO, sino el resultado de cada empresa*. Las que tengan éxito otorgarán una participación *mayor*, porque habrá excedentes mayores, que no los tendrán las empresas derrotadas.

Quando se negocia empresa por empresa, hay la tendencia —hasta ahora incoercible en la generalidad de los casos— a transformar en salarios más altos, o beneficios *estables*, los frutos de un ejercicio financiero exitoso. Eso es precisamente lo que caracteriza el convenio colectivo empresarial o por rama de actividades: bases mínimas comunes y diferencias en los frutos que los mecanismos de participación concedan a los trabajadores de cada empresa al fin de cada ejercicio.

La sola regulación por la vía de la quiebra, el conflicto, el desplazamiento de los trabajadores de una empresa a otra no basta. Es posible que, en definitiva, sólo subsistan las empresa más eficaces, pero la dinámica de empresas que quiebran y prosperan, despiden y contratan, suben o bajan remuneraciones sin limitaciones, mantiene un cuadro social que puede ser insoportable, incluso en sus proyecciones políticas. En todo caso, de hecho, los grandes sindicatos y federaciones buscan, nacional e internacionalmente, los medios de defensa con garantías especiales contra el despido, salarios mínimos por ley o por convenio, conflictos, huelgas, etc.

#### *En cuanto a la letra c)*

Esta puede ser una consideración muy equivocada. Es incontenible el afán de contacto y solidaridad laborales para objetivos que trascienden a la empresa (salarios bases, condiciones de vida y trabajo comúnmente estimadas u ordinariamente aceptadas para las diversas regiones, categorías o calificaciones profesionales, programas sociales comunes, permanente intercambio de informaciones sobre niveles de vida y formas de trato, permisos sindicales, etc.). Este examen de las condiciones comparativas de vida y trabajo se repite a todos los niveles supra empresariales (sectorial, regional, nacional, internacional). Si no existen organismos sindicales que cumplan esta función de apoyo y solidaridad a los sectores más débiles, la cumplirán indefectiblemente organismos no sindicales, especialmente los movimientos y partidos políticos. En Chile la experiencia es absolutamente clara: la politización ha marchado a parejas con la falta de reconocimiento legal. Las federaciones, confederaciones y centrales han sido prohibidas; su función nacional de coordinación y apoyo fue suplida o interferida por los partidos y dirigentes políticos, incluso parlamentarios, que tenían reconocimiento nacional, gozaban de fuero, tribuna, etc.

Nos parece un gravísimo error creer que el movimiento sindical chileno se va a mantener, como en compartimentos estancos, en cada empresa.

Se federará y confederará legal o ilegalmente, sólo que si lo hace ilegalmente, va a predominar el sentimiento revolucionario, de oposición a un sistema que rechaza la federación y ésta buscará el amparo de las fuerzas políticas revolucionarias. Además, tal perspectiva sería incompatible con la libertad sindical.

Por último, pensar que va a existir un sindicalismo libre de segundo o tercer grado (federaciones y confederaciones), pero que le será prohibido intervenir en las negociaciones colectivas, es absolutamente ilusorio. Lo que sí puede establecerse es que, en determinadas condiciones, los acuerdos o convenios colectivos, cuando haya criterios sindicales discrepantes, sean sometidos a ratificación de asambleas (cuestión que no siempre es conveniente), y que cualquier acuerdo de huelga, por haber fracasado todas las gestiones, debe ser aprobada por el personal de *cada empresa*, ya que no pueden admitirse en las empresas huelgas parciales, en el sentido de que un grupo sindical va a la huelga, y otro sigue trabajando. La empresa como tal funciona o paraliza, quedando en este último caso el personal de emergencia, como lo estipula la ley 16.625.

#### 16. *En conclusión:*

a) Estimamos que debe dejarse a los organismos gremiales de carácter laboral y empresarial que concierten la manera de negociar, estableciendo un organismo bipartito en el seno del cual se desarrollen las conversaciones y acuerdos colectivos;

b) En estos convenios libremente podrán pactar la negociación por empresa o por unidades o agrupaciones mayores;

c) Sólo una negociación por unidades grandes permite asesoría, mediación y atención eficaces. No es posible mediar en 10.000 ó 20.000 conflictos o negociaciones;

d) Es indispensable acelerar la constitución del cuadro oficial de actividades y ocupaciones nacionales dispuesto por el art. 2º del D.L. 1.765, para hacer posible el funcionamiento de las entidades más representativas;

e) Es dogmático y presuntuoso afirmar que toda la negociación colectiva puede concertarse a nivel empresarial, o a nivel de rama de actividad, o a cualquier otro nivel. Hay asuntos que escapan a la regulación de la empresa, y otros que son, necesariamente, intraempresarial;

f) No puede olvidarse que la "participación" en la empresa no será reemplazada jamás por la negociación colectiva. Por el contrario, en la medida en que la participación se desarrolla, es la negociación la que se aliviana. Las empresas y grupos laborales, con tanto grado de experiencia participativa, van a estar por sobre los niveles del convenio, o se desinteresarán de él en razón de considerar superadas sus cláusulas;

g) El Consejo del Trabajo sólo tiene efectividad como coronación de una estructura sindical, de negociación y de participación armónica e integral.

#### B. PLIEGOS MÚLTIPLES

1. La cuestión suscitada con la eventual presentación de más de un pliego de peticiones por empresa, establecimiento o faena arranca de una opción que es básica en el Derecho Laboral:

a) El conflicto colectivo se origina en una *cuestión común a una colectividad de trabajadores según su relación con la empresa*;

b) El conflicto colectivo se origina en una *cuestión que "se considera" común a una colectividad de trabajadores según el sindicato a que pertenezcan*.

2. El solo planteamiento del asunto evidencia su artificialidad. La opción a) es correcta; la opción b) es incorrecta. El contenido de toda convención colectiva (convenio, acta de avenimiento, fallo arbitral) dice referencia a la regulación o mejoramiento de las condiciones de vida y trabajo respecto de los deberes recíprocos entre *trabajador y empresa*; no respecto de *trabajador y sindicato*, o de *sindicato y empresa*.

3. La única oportunidad en que la relación "trabajador-empresa" se identifica con la relación "trabajador-sindicato", y "sindicato-empresa", es cuando un *artificio legal desnaturaliza la asociación sindical*, deroga la libertad sindical (que es forma particular de la libertad de asociarse) e impone la afiliación *ipso jure* de todo trabajador de una empresa a un sindicato, por el solo hecho de entrar a laborar en esa empresa. Ese artificio fue una particularidad o anomalía de nuestra legislación del trabajo, introducido con el famoso proyecto de ley, incorporado al Código, de los "*sindicatos industriales*".

4. Restablecido el principio de la libertad sindical, que supone organización, afiliación, desafiliación, federación y confederación libres, el problema desaparece. Los sindicatos son instrumentos que asesoran o representan a los trabajadores, y no sólo a los que están afiliados a ellos, sino a *quienes les confieren mandato o representación*, o a *quienes por disposición de la ley* que ampara la función de las entidades más representativas, son legalmente representados por ellos. En el derecho laboral, lo mismo que en el derecho civil, hay representantes autorizados por mandato específico o por disposición legal.

5. Cuando el régimen sindical no tiene por base la empresa —como ocurre por ejemplo en la ley 16.625 —esto es de una evidencia que no puede inducir a confusiones. Los trabajadores deciden en sus asambleas, con un quórum referido a todo el colectivo de trabajadores de la empresa, fundo, faena o establecimiento, su pliego o proposición de convenio, y

designan a quienes deben representarlos en las negociaciones colectivas. Esta representación recae, generalmente, en las directivas de los sindicatos más representativos del sector en que opera la empresa. Además, el convenio colectivo que se busca, no pretende regular *todos los beneficios que ha de proporcionar la empresa a sus trabajadores*, sino las *bases comunes* que han de asegurar una *competencial leal y humanizada* entre empresas de una misma actividad, quedando como factor esencialmente ajeno al conflicto, las ventajas que redundarán de la empresa exitosa, y las desventajas de la empresa fracasada. A lo más, el convenio podrá señalar bases comunes para los casos de éxito o fracaso relativo. Por ejemplo: distribución de un 5% de los excedentes, una vez cubiertas todas las obligaciones legales y contractuales, siempre que la empresa haya superado determinados niveles de utilidades líquidas. La norma del 5% podría ser común, pero el significado del 5% variará del cero al infinito.

6. Cuando el régimen sindical es el de empresa, ocurren las siguientes situaciones:

a) Se desarrolla una tendencia, apoyada en la vieja tradición del sindicato industrial de nuestro Código, por volver al sindicato único de empresa, con afiliación obligatoria, cotización obligatoria, etc. acusándose al sindicalismo libre de ser divisionista, de fomentar el "paralelismo sindical", de destruir la unidad de la *clase obrera*;

b) Si hay más de un sindicato en la empresa, establecimiento o faena; (no nos referimos a los sindicatos regionales de las grandes empresas, tipo CODELCO), la norma principal será que una mayoría de los trabajadores (2/3, mayoría absoluta, mayoría simple, con quórum calificado, etc.) designará a quienes representan a *todos* en la negociación;

c) Si uno de los sindicatos es ampliamente mayoritario, probablemente será su directiva la que intervenga, exclusiva o mayoritariamente, en la comisión negociadora;

d) Alternativamente, la ley puede asignar, por derecho propio, al sindicato que alcanza a reunir más de un cierto porcentaje (51%, 66% etc.) de un sector laboral comprometido en un conflicto o negociación, la representación legal, tan normal, como la que tiene el gerente, para ciertos fines de la empresa; el presidente de las Corporaciones, el alcalde en los municipios, o el padre o curador de un hijo de familia o un menor.

7. La pseudo-solución consistente en autorizar que cada sindicato negocie *para sus* afiliados, obtenga beneficios *para ellos*, y *sólo para los que eran afiliados al momento de un convenio*, beneficios que no alcanzarán a los que después entren al sindicato o a la empresa, generaría una tensión social y política inmanejable frente a cualquier desahucio, reducción de personal, recontractación, etc.

8. No puede olvidarse una regla de oro: el Estado tiene un papel subsidiario. Los empresarios y los trabajadores tienen libertad para organizarse, ellos sabrán el tipo de empresa que les acomoda y el tipo de sindicato que los beneficia. Es inevitable que los trabajadores busquen organismos sindicales *poderosos* y no *débiles*, por mil razones. Si se les *impone* un sindicalismo de empresa, aparte de ser ello una indebida intromisión, el mecanismo de negociación colectiva será manejado al nivel de la federaciones de sindicatos chicos o medianos (compárase: BATA y Federación del Cuero y Calzado). La complejidad de nuestra realidad socio-económica hace aconsejables muy diversos tipos de estructuras. Nosotros mismos hemos tenido activa participación en la elaboración de dos regímenes tan diversos como el Estatuto de los Trabajadores del Cobre y la ley de Sindicación Campesina.

9. Para la negociación colectiva hay que tener presente, además, que en teoría hay dos formas de negociar: *voluntariamente*, y *forzadamente*. Esta última, es la que en nuestra legislación se ha llamado generalmente "planteamiento de un conflicto", que obliga a la empresa a dialogar y que puede terminar en una huelga (o lock-out, en su caso). La negociación voluntaria se ha desarrollado muy poco en Chile, tal vez por la debilidad de los organismos sindicales.

10. Por último, tengamos presente que nuestra legislación laboral estimuló la formación de sindicatos industriales —o sea, sindicatos únicos de empresas de obreros— mediante una participación en las utilidades. En cambio, prohibió la federación para fines económicos de dichos sindicatos. Ello, en nuestro concepto, contribuyó poderosamente a que la coordinación o federación, prohibida por la ley, se buscara por la vía política. Los partidos políticos eran lícitos a nivel nacional, lo mismo que las entidades empresariales; pero no las de trabajadores. Es lo que debe evitar el Plan Laboral.

### C. SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS

1. La negociación colectiva puede revestir dos formas: voluntaria y forzada. La voluntaria *no exige* reglamentación especial; puede suscitarse en cualquier momento y depende del asentimiento de ambas partes para llevarla adelante.

Con todo, pensamos que es conveniente proporcionar orientaciones para el buen desarrollo de las negociaciones colectivas voluntarias, que podrían ser la norma general, en lugar de una "rara avis" en nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo. Por ejemplo: podría reservarse el primero de los dos meses que preceden a la expiración de un convenio colectivo o acta de avenimiento, a una negociación voluntaria o libre entre las partes.

2. El Código fracasó en el sistema de estímulos que estableció para quienes aceptaban el arbitraje, o lo rechazaban, en relación con la vigencia retroactiva que se daría a los beneficios del convenio o avenimiento anterior. Sin embargo, no porque tal estímulo haya fracasado, incluso hasta el límite de haberse modificado torpemente la legislación al respecto, debiera concluirse que no hay estímulos posibles para el arreglo directo, frente al avenimiento, una vez iniciado el procedimiento forzoso.

Uno de los elementos que debiera trabajarse es la relación entre los antecedentes ofrecidos por ambas partes para la solución directa, y los que se evidencien posteriormente a través de los procedimientos de conciliación y mediación. La parte que "muestra antes sus cartas" debiera ser favorecida de alguna manera.

3. Fracasado el acuerdo directo —haya o no mediado un período de negociaciones voluntarias anterior a la proposición de convenio o pliego de peticiones—, en nuestro concepto debe entrarse a la instancia de *mediación*. El mediador *purifica* el pliego y la respuesta de todo elemento de *irracionalidad*, de todo lo excesivo, lo burdo. Incluso, podría el mediador declarar *abusivas* determinadas posiciones de alguna de las partes, por ejemplo: los trabajadores mejor pagados de un sector que exigen una duplicación de sus rentas para una empresa que trabaja con un margen estrecho de comercialización; o el empleador que se niega a proporcionar mejoramientos a grupos laborales comparativamente muy desmejorados, no obstante evidenciarse fuerte margen de excedentes en ejercicios reiterados.

4. Si alguna de las partes requiriera un pronunciamiento judicial —por ejemplo— un recurso directo ante la Corte del Trabajo, invocando abuso del derecho, por peticiones o respuestas abusivas, el dictamen del mediador podría ser requerido de oficio, o a petición de cualquiera de las partes. Si fuere el mediador quien hubiera declarado abusiva una exigencia o negativa, sería contra esta resolución de la que podría recurrirse.

5. La ley podría, a manera ejemplar, señalar una enumeración de actitudes abusivas en la negociación colectiva, que sirva de orientación al juez. Por ejemplo:

- a) Persistencia en exigir lo que está fuera de toda comparación o competencia;
- b) Persistencia en negar lo que ostensiblemente repara un desnivel y se está en amplias condiciones de conceder;
- c) Exigir lo que obliga a trabajar a pérdida y genera desfinanciamientos;
- d) Negativa a conceder lo que está en el uso común de un sector, es posible absorber en los márgenes de comercialización y no hay motivos fundados especiales que impidan otorgarlo.

e) Reajustes compensatorios del alza del costo de la vida sin relación con los índices del IPC; etc.

La jurisprudencia administrativa o judicial podrá ir delineando criterios más precisos.

6. Aunque el Gobierno ha insistido en la negociación por "empresa", no puede desconsiderarse la existencia de criterios o acuerdos generales, para un sector, región o área, provenientes del trato directo entre las organizaciones más representativas y que enmarquen una situación de suyo conflictiva. Por ejemplo: si los organismos más representativos del sector agrícola en la Sexta Región llegan a un acuerdo de general aplicación para regirse durante tres años por un convenio colectivo podría considerarse abusiva la posición de la parte que, sin aducir razones convincentes, pretende mantenerse al margen y ser un foco de incertidumbre, agitación o competencia desleal en la región.

7. Fracasadas todas las posibilidades de solución *sin huelga*, hay que examinar esta eventualidad.

8. Los casos que cabría distinguir son los siguientes, para atenerse a los principales:

- a) Funcionarios públicos;
- b) Empresas de utilidad públicas;
- c) Empresas públicas vitales para la seguridad o la economía nacional;
- d) Empresas públicas que no revisten ese carácter;
- e) Empresas privadas, vitales para la seguridad o la economía nacional;
- f) Empresas privadas que no revisten ese carácter;
- g) Situaciones especiales que obligan a normas especiales.

9. El arsenal de medios para enfrentar la huelga teóricamente comprende, por ejemplo:

- a) Prohibir la huelga y declarar delictuosa la *participación* en ella;
- b) Prohibir la huelga y declarar delictuosa la *incitación o la dirección* de ella;
- c) Prohibir la huelga, quedando como ilegal la paralización. De ello se sigue la caducidad de los contratos de trabajo y la procedencia del desafuero de los dirigentes;
- d) Prohibir la huelga y establecer el arbitraje obligatorio como norma invariable;
- e) Facultar a alguna autoridad para que declare ilegal o abusiva la huelga, con recurso de reclamación a la Corte del Trabajo;
- f) Decretar la reanudación de faenas con arbitraje obligatorio;
- g) Decretar la reanudación de faenas sin arbitraje obligatorio;

h) Nombrar un interventor, con facultades para procurar la solución del conflicto;

i) Nombrar un mediador con facultades para arbitrar;

j) Nombrar un mediador sin facultades para arbitrar (sólo para limar asperezas y facilitar una solución);

k) Permitir la huelga, estimulando el arbitraje voluntario;

l) Decretar el arbitraje obligatorio cuando el conflicto se prolonga excesivamente, con consecuencias económicas, sociales, morales, que lo asimila al de una actividad vital;

ll) Autorizar el cierre temporal o definitivo de la empresa;

m) Autorizar la contratación temporal o definitiva de los huelguistas en otras actividades, con término de su relación laboral;

n) Dictar una legislación especial.

10. Podría parecer que, en razón de lo expuesto, se da una cantidad innumerable de variables. No hay tal, salvo tratándose de situaciones muy especiales. Por lo común, la norma será:

a) No puede haber huelga en los *servicios* públicos y de utilidad pública. Si éstos están sometidos al régimen de contratos de trabajo, las negociaciones desembocan necesariamente en el arbitraje obligatorio;

b) En las *empresas*, esto es, establecimientos que se autofinancian, con la venta de bienes o servicios al público, y que tienen libertad de contratar y desahuciar al personal, según los términos comunes del D.L. 2.200, en principio es procedente la huelga;

c) La situación de las empresas del Estado que no *atienden servicios públicos*, sino que compiten en el mercado y su personal está regido por contratos de trabajo, es la misma que sus similares del sector privado. La distinción no proviene de ser públicas o privadas, sino de examinar si *su paralización* produce un daño desproporcionado a la economía nacional, a la paz social o a la seguridad pública;

d) La situación de empresas de menor importancia puede asimilarse a las mayores, si la prolongación del conflicto u otras circunstancias así lo impusieran;

e) La experiencia demuestra que la reanudación de faenas no es efectiva sino en las siguientes circunstancias:

i) Aunque parezca contrasentido, antes de paralizarse las faenas. Esto es, el decreto se dictaría con antelación al momento de hacer efectiva la huelga;

ii) Cuando lo solicitan los trabajadores;

iii) Cuando el conflicto se ha prolongado demasiado y hay hastío en él.

f) Como norma general, todo acto que ponga término a una huelga o la impida, debe comprender un mecanismo arbitral, y una consideración preferente de las *mejores ofertas* ya formuladas para la solución definitiva.

En principio, se reanudarían faenas en las condiciones de la mejor oferta, perdiéndose sólo el tiempo no trabajado;

g) Las normas que impiden la huelga o le ponen término forzado son excepcionales en la actividad privada y competitiva;

h) La huelga es un extremo elemento de defensa de los trabajadores, que implica soportar privaciones, con miras a mejorar su condición. Mientras no se ejercite *abusivamente*, no sólo debe ser respetada, sino que, cuando el bien común exige ponerle término, debe ser compensada la privación de ese derecho;

i) Toda votación de huelga es una opción entre la mejor oferta y la paralización de faenas. El rechazo de la huelga es la aceptación de dicha oferta.

11. En general, dentro de un cuadro de normalidad democrática, económica y social, la huelga puede ser reducida a casos excepcionales, como ha ocurrido en Alemania Federal. Establecer como principio el arbitraje obligatorio es negar al mismo tiempo la libertad de trabajo, la libertad sindical y la libertad de empresa. Sólo no hay huelga donde no existe empresa privada o donde no existe asociación sindical libre.

12. La manera de *desterrar en el hecho la huelga*, es el establecimiento de *buenos sistemas de mediación y arbitraje*. Para tales efectos, pueden considerarse las siguientes medidas:

a) Los mediadores y árbitros deben tener capacidad y formación similares, pero su función es diferente y, salvo que las partes lo soliciten, el mediador no deviene árbitro;

b) Deben existir nóminas públicas y conocidas de unos y otros. Podrían ser las mismas personas, pero serían requeridas para una de las dos funciones, según los casos;

c) En la norma, la designación sería de común acuerdo, por acción de un mecanismo *gremial* (empleadores y trabajadores), o por la justicia. Tratándose de empresas del Estado, éste tendría poder de veto, por ejemplo, tres veces, al cabo de los cuales el árbitro lo nombraría la Corte Suprema con quórum especial.

Es indispensable estimular la organización de sistemas gremiales de mediación y arbitraje (en la construcción, en la industria metalúrgica, en el cuero y calzado —ya existe una experiencia que debe evaluarse—, en la agricultura, etc.), a los que acudan las empresas y sindicatos del sector. El juez —no lo olvidemos— es un funcionario del *Estado* (aunque no del Poder Ejecutivo) y también su papel debe ser subsidiario al de los cuerpos intermedios;

d) Nada podrá abastecer suficientemente un sistema de mediaciones y arbitrajes si hay que atender 20.000 conflictos al año. Por la inversa, si se mantiene al nivel de la *empresa* la decisión de conferir mandato para ne-

gociar a una directiva o comisión negociadora, y también al nivel de la empresa, la decisión de aceptar o rechazar el acuerdo negociado, es posible encerrar en unas 200 ó 300 negociaciones fundamentales la inmensa mayoría de situaciones empresariales. *Las modalidades propias de aplicación del convenio a cada empresa* serán examinadas internamente a través de los órganos de *participación* (Comités de Empresa, Estatuto Social de la Empresa).

Para entender lo anterior hay que reiterar que los convenios colectivos *aplicables a todo un sector* —aunque se adhiera a ellos empresa por empresa— tienen un contenido distinto de los “convenios empresa por empresa” para distinguirlos. Siempre tendrá que haber un acuerdo interno, propio, en cada empresa. La cuestión está en si se busca para este acuerdo el mecanismo de la participación, no conflictiva, en el marco de un convenio general, o si se negocia vía conflicto toda la relación obrero-patronal, como ha sido la controvertida experiencia chilena del pasado.

Una vez más queremos expresar nuestra convicción de que los empleadores y trabajadores sabrán ajustarse las más de las veces a marcos de negociación que privilegiarán el nivel de sector, de la empresa, de la fábrica y, aun, de la profesión en ciertos casos.

a) Por último, debemos expresar que la esencia de los convenios colectivos de nivel supraempresarial consiste en precisar lo que en la economía social de mercado se denomina “el salario o remuneración básicos común o habitual en la zona o sector de competencia para trabajadores de parecida calificación”. También pueden establecerse sistemas comunes de participación en las utilidades (aunque esto es menos frecuente), que replacen los que establece la legislación general (D.L. 2.200). Siempre quedará como asunto propio de cada empresa:

- i) Los sistemas de estímulos e incentivos;
- ii) La organización administrativa; descripción y evaluación de tareas, etcétera;
- iii) Las formas de participación en la información, iniciativas, gestión social, gestión económica, etc.;
- iv) El resultado global de la operación, si la empresa tiene éxito en su competencia, enfrentándola sobre bases leales y humanas (no desleales e inhumanas).

13. No parece difícil encerrar estas normas en unos 50 artículos que comprendan estructura sindical y de negociación colectiva.

14. Aunque la cuestión no está investigada, nos parece que uno de los factores de la inflación tradicional chilena ha sido el sistema de negociaciones colectivas, no sólo en cuanto los regímenes aduaneros proteccionistas facilitaban el traslado a los precios de las alzas de remuneraciones, sino por la creencia de que el objeto de la negociación colectiva es *negociar*

según los resultados del ejercicio financiero anual de la empresa. Los empleadores han rehuído los sistemas de participación en las utilidades y consagrado la práctica de “pasar a salarios” —beneficio estable— lo que proviene de una situación eventual: un buen balance. Elevados los salarios como consecuencia de un buen balance, se eleva la base de todos los cálculos para el conflicto siguiente, aun cuando en el nuevo período el balance no sea satisfactorio.

15. Hay que advertir que, si se introduce la práctica de convenios de duración trienal (con tres o seis ejercicios dentro de él), el convenio negociado NO podrá referirse a lo que señala la exposición del Sr. Ministro del 2 de enero: “La esencia de la negociación colectiva reside en determinar la forma en que se habrá de distribuir para cada período las ganancias de productividad de la empresa entre el capital y el trabajo, y esto lógicamente sólo puede resolverse con seriedad y justicia al interior del ente en que dichas ganancias de productividad, mayores o menores, según los casos, tienen lugar”. Como se ha dicho reiteradamente, la esencia del convenio colectivo varía según los casos:

a) fijar bases humana, social y económicamente aceptables a la competencia (convenios colectivos sectoriales, dentro de una economía social de mercado); y

b) Repartir las ganancias de una empresa en un período determinado (convenios por empresa, a usanza tradicional).

En la alternativa a), el reparto de los beneficios de cada período es función de los mecanismos del Estatuto Social de la Empresa y demás mecanismos de participación, que premian la contribución al producto social según su cooperación a él (gratificaciones, incentivos, participaciones; ascensos; promociones, etc.).

Naturalmente que hay casos de grandes empresas que equivalen a un sector y en las cuales la competencia se produce entre fábricas, secciones, etc., y su negociación debe estar sometida a normas especiales (CODELCO, CAP, C.M.P., tal vez BATA, etc.).