

## ***IGUALDAD NEGOCIADORA DE LAS PARTES EN EL ÁMBITO COLECTIVO. ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA EL CASO CHILENO***

### *NEGOTIATING EQUALITY OF THE PARTIES IN THE COLLECTIVE SPHERE. SOME CONSIDERATIONS FOR THE CHILEAN CASE*

JUAN CARLOS DÍAZ PAZOS\*

#### *RESUMEN*

Hay consenso respecto de la desigualdad de poder cuando es el trabajador el que se enfrenta a su empleador. Sin embargo, no hay tal consenso cuando es el sindicato el interlocutor, pues existen diversas visiones, doctrinales y jurisprudenciales, que sitúan a las partes en un pie de igualdad. Tal comprensión, naturalmente, debe escrutarse a la luz de las particularidades del sistema de derecho colectivo chileno. Teniendo presente que, luego de esta investigación, se descarta la existencia de igualdad negociadora entre las partes en Chile, este trabajo se aboca a indagar acerca de esa consideración de equilibrio colectivo, el origen del fenómeno escrutado, el contexto en que el planteamiento de igualdad podría ocurrir, cómo es que ese contexto no se presenta en nuestro ordenamiento legal y constitucional, las consecuencias negativas y positivas de la aplicación de uno y otro entendimiento, así como una tentativa solución coherente con nuestro sistema y realidad jurídica y fáctica.

Palabras claves: Igualdad negociadora, igualdad de partes, derecho colectivo, libertad sindical, negociación colectiva, principio protector, primacía de la realidad.

\*Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Central de Chile, Santiago, Chile, Abogado. Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile. Correo electrónico: [jcdiazpazos@gmail.com](mailto:jcdiazpazos@gmail.com).

Trabajo recibido el 5 de febrero de 2022 y aceptado para su publicación el 26 de junio de 2023.

## *ABSTRACT*

There is consensus regarding the inequality of power when it is the worker who confronts his employer. However, there is no consensus on inequality when it is the workers union that is the interlocutor, since there are various doctrinal and jurisprudential views that place the parties on an equal footing. Such an understanding, of course, must be scrutinized in light of the particularities of the Chilean collective law system.

Bearing in mind that, after this research, the existence of equality of bargaining between the parties in Chile is ruled out, this paper focuses on investigating about such consideration of balance, the origin of the scrutinized phenomenon, the context in which the equality approach could occur, how this context is not present in our legal and constitutional system, the negative and positive consequences of the application of one or the other understanding, as well as a tentative solution consistent with our legal and factual system and reality.

Keywords: Negotiating equality, equality of parties, collective right, freedom of association, collective bargaining, protective principle, the primacy of reality.

## *I. INTRODUCCIÓN*

De acuerdo a la mejor y más fecunda doctrina, no hay dudas sobre el elemento fáctico basal que determina la autonomía como rama y las especialísimas características del Derecho del Trabajo, esto es, la desigualdad económica de las partes en el contexto de una relación entre sujetos privados, cuya traducción jurídica se plasmó en el vínculo de subordinación y dependencia. Se reconoce que la situación de natural desequilibrio entre trabajador y empleador, se alza como el sustento de las más variadas teorías, reglas y principios que conforman la disciplina laboral, desde el sometimiento legal ya referido, pasando por el principio protector, las normas de orden público, hasta la más novedosa y moderna (al menos en nuestro esquema jurídico) teoría de la ciudadanía en la empresa, conjuntamente con su variante de eficacia horizontal u oblicua de los derechos fundamentales inespecíficos.

Sin embargo, pareciera que tal entendimiento no encuentra tan pacífico recibo en el ámbito colectivo del trabajo, donde existen diversas visiones, doctrinales y jurisprudenciales, que sitúan a las partes en un pie de igualdad cuando es el sindicato el interlocutor, especialmente, al momento de la negociación colectiva. Mas, tal aserto, que además deriva de una rigidez interpretativa de los márgenes de las áreas individual y colectiva, pocas veces resulta justificado en nuestro país y muchas parece más un mantra irreflexivo que una revisión concienzuda de los

elementos necesarios para que surta efecto aquello que, en teoría, se postula al respecto; la igualdad negociadora.

En este trabajo nos abocaremos a indagar, en lo que a nuestro sistema jurídico respecta, acerca de esa consideración de equitatividad de partes en el ámbito colectivo, el origen del fenómeno escrutado, el contexto en que el planteamiento de igualdad podría ocurrir, cómo es que ese contexto no se presenta en Chile, las consecuencias negativas y positivas de la aplicación de uno y otro entendimiento, así como una tentativa solución coherente con nuestro sistema y realidad jurídica y fáctica.

Para lo anterior se empleará una metodología de carácter deductivo e inductivo, así como explicativa e histórica, consistente en el estudio de concepciones doctrinales abstractas de libertad sindical y de estimaciones jurisprudenciales chilenas (judiciales y administrativas), lo que se contrastará con los estrechos márgenes constitucionales y legales existentes entre nosotros, teniendo especialmente presente el origen histórico y las particulares las características de nuestro derecho colectivo.

## *II. ELEMENTOS DE LOS QUE DERIVA LA PRETENDIDA IGUALDAD DE PARTES*

### *1.- Génesis: Separación entre derecho individual y colectivo del trabajo y la proyección de los efectos del principio de libertad sindical.*

A nuestro juicio, el fenómeno en estudio deriva de la combinación de dos aspectos erróneamente considerados:

a) En primer lugar, habitual resulta la diferenciación del aspecto individual del colectivo, estableciendo una suerte de *frontera* cuyo pasaporte no pareciera adecuarse a la actual configuración laboral, cuyo corolario se manifiesta, entre otros, en la aplicación parcializada de los principios ius laborales fundantes, surtiendo efecto exclusivamente en uno u otro espacio. Así, se considera el principio protector como propio del primer reducto y el de libertad sindical, como característico del segundo, lo que no carece de razonabilidad atendido que el *subsidio* de igualdad requerido se presenta naturalmente cuando el trabajador individualmente considerado debe enfrentarse a su empleador y, el de libertad sindical, cuando el mismo trabajador se asocia con sus pares, con el mismo objeto, pero con diferentes herramientas e intensidades.

Entre nosotros, no existe suficiente claridad en torno a la efectividad de ese límite, así como tampoco el lugar en que se situaría la separación entre ambas dimensiones, ni los elementos y contexto en que una y otra área se comunican, todo lo cual redundaría en interpretaciones inconexas carentes de sustento basal.

b) En segundo lugar, como siempre, no existen definiciones oficiales o definitivas, pero sí podemos acercarnos al contenido del principio de libertad sindical, al sostener que la jurisprudencia lo ha entendido como el “derecho que tiene todo trabajador de constituir libremente organizaciones que los representen, en defensa de sus intereses, afiliarse o desafiarse de las mismas, otorgarse su propia administración, a través de sus estatutos sociales, que contemplen tanto los requisitos de afiliación como desafiación al mismo y los derechos y obligaciones de sus asociados, además del régimen disciplinario interno, y en ese sentido, las organizaciones que constituyen estas (sic) facultadas para representar los intereses de sus asociados y en virtud de ello, pactar con el empleador condiciones comunes de trabajo y remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, por un tiempo determinado, conforme a la normativa establecida al efecto”.<sup>1</sup> Por su parte, el mundo académico se ha referido a este principio como “el derecho de los trabajadores a organizarse, constituir organizaciones sindicales o afiliarse a ellas o no pertenecer a las mismas, y el derecho de dichas organizaciones a la plena autonomía para la actuación en defensa de sus intereses, pudiendo incluso para ello utilizar la huelga”.<sup>2</sup>

Como se observa, incluso de las precedentes conceptualizaciones, en extremo detalladas y esquematizadas, no es posible enfrentarse derechamente al asunto aquí ventilado, en la medida que sólo tangencialmente, al referirse a la negociación entre las partes, puede desprenderse que allí aparece un espacio para la fértil discusión que sí se ha dado, más o menos explícitamente, en el ámbito doctrinario. Más próximo al objeto de este estudio, aunque aún sin la suficiente precisión, es la comprensión de la huelga como “un acto legítimo de los trabajadores para defender sus derechos sociales en forma colectiva, y el derecho a negociar en forma colectiva y libremente las condiciones de trabajo con sus empleadores”.<sup>3</sup>

La proyección de ese espacio ha devenido, como se verá, en la atribución al principio de libertad sindical de un *efecto* igualador de las partes, alejándolo de la acertada consideración de mera *expectativa* de equitatividad, comprensión a la que ha contribuido, además, la diferenciación entre los principios que rigen ambas ramas ius laboristas, como consecuencia de la división taxativa de las dimensiones individual y colectiva.

<sup>1</sup> 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 7 de marzo de 2019, RIT S-42-2018, considerando 15°.

<sup>2</sup> CABALLERO, Rodolfo, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Der Ediciones, Santiago, 2018, p. 20.

<sup>3</sup> BALTERA, Pablo, “La Libertad Sindical: Incertidumbre de un Derecho de los Trabajadores”, Cuaderno de Investigación N° 59, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago, 2016, p. 7, en línea: [https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110566\\_recurso\\_1.pdf](https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110566_recurso_1.pdf), consultada: 06 de noviembre de 2020.

## 2.- Doctrina, tratamiento

a) Siguiendo el mismo orden, la mentada frontera se observa con claridad cuando GAMONAL estima que “toda la construcción dogmática del derecho del trabajo se basa en las limitaciones a la autonomía privada. Aunque ésta mantiene un rol, se trata de un rol subsidiario, en donde prima el orden público y la autonomía colectiva sindical por sobre los acuerdos individuales”,<sup>4</sup> circunstancia que se torna evidente al diferenciar, como técnica de regulación, por un lado, el orden público laboral y sus leyes imperativas, y la autonomía colectiva y la sobrevenida libertad sindical, por otro, dependiendo del ámbito en cuestión.

Más explícitamente, se ha dicho que “el gran principio del derecho individual del trabajo es el de protección y que la irrenunciabilidad, la continuidad y la primacía de la realidad son manifestaciones y caracteres de este principio”, para luego anotar que “además, hemos agregado el principio de libertad sindical, gran eje de base del derecho colectivo del trabajo”.<sup>5</sup>

Otros han expresado que “en las relaciones individuales de trabajo, nos encontramos ante el principio protector o de protección, que se refiere al criterio fundamental que orienta al derecho laboral, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”,<sup>6</sup> resultando sencillo colegir de aquello la pretensión de igualdad que corresponde al principio de libertad sindical, propio del ámbito colectivo y, de allí, constatar la separación entre ambos espacios.

Considerando que “la distinción entre lo individual y lo colectivo se ha convertido, en muchos sentidos, en la *suma divisio* de este derecho”,<sup>7</sup> comienza a perfilarse un rígido escenario que torna compleja la integración del sistema jurídico laboral, como *la herramienta, unitaria y coherente en sí misma*, destinada a salvaguardar al sujeto débil de la relación laboral, toda vez que los diversos principios tienden a radicarse de manera exclusiva y excluyente en una determinada área, no siendo posible su utilización en escenarios caracterizados por una realidad fáctica y jurídica dinámica que demanda soluciones integradoras y fieles al rol tuitivo. Al mismo tiempo, tal frontera permitirá, como se dirá, argumentar variadas consideraciones erróneas -tales como que el principio de primacía de la realidad *no puede* operar en materia colectiva y que en ésta hay igualdad de partes- e

<sup>4</sup> GAMONAL, Sergio, *La Eficacia Diagonal u Oblicua y los Estándares de Conducta en el Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 61.

<sup>5</sup> GAMONAL, Sergio, *Fundamentos de Derecho Laboral*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 151.

<sup>6</sup> PLÁ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, Editorial IDEA, Montevideo, 2000, T.I, p. 38.

<sup>7</sup> SUPLOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 1996, p. 149.

incongruentes – pues, por un lado, se argumenta que la regla in dubio pro operario forma parte del principio protector y que éste se sitúa en el derecho individual y, por otro, que esa misma regla aplica para la interpretación de contratos colectivos—. <sup>8</sup>

b) A su turno, en Chile, María Ester FERES es explícita en reconocer en nuestra disciplina un “agente democratizador de la sociedad” adicionando que representa un “actor estratégico en la redistribución económica y de poder, es decir, en la democratización de la sociedad, con roles insustituibles en la lucha por la reducción de las desigualdades”. <sup>9</sup> Ello, resulta coherente con lo entendido por GAMONAL cuando se pregunta ¿cómo se compensa el déficit de imparcialidad?, referente a la situación de juez y parte del patrono, esgrimiendo que “se reequilibra a través del orden público laboral (leyes imperativas) y la autonomía colectiva (libertad sindical)”, <sup>10</sup> para precisar que *la paradoja del derecho laboral*, consistente en la legitimación de la potestad del empleador a través su reconocimiento legal y constitucional y la protección a la parte débil de la relación laboral, “sólo logra conjurarse en el momento colectivo (libertad sindical), con el sindicalismo, la negociación colectiva y la huelga”, <sup>11</sup> posicionando al ámbito colectivo con un claro carácter de resultado equiparador.

En igual sentido, pero fuera de nuestros límites geográficos, el profesor ERMIDA, citando a DE BUEN, hace referencia a la “función equilibradora de la huelga, que es una manera distinta de hablar de autotutela”, añadiendo que “tanto el sindicato, como el convenio colectivo, como la huelga, tienen la finalidad de construir un determinado poder que tiende a reequilibrar las fuerzas de las partes sociales (trabajadores y empleadores), a producir un equilibrio que había sido alterado por el poder económico del empresario”. <sup>12</sup>

Aun en nuestro continente, cuyo principal aporte ha sido el desarrollo de los principios del derecho individual del trabajo, PLÁ ha expresado que “la desigualdad compensatoria se [obtiene] por otra vía más propia -en el sentido de más suya y más apropiada-, creando la fuerza que deriva de la unión”, lo que es complementado al decir que “una vez reestablecida la igualdad por medio de la fuerza gremial que deriva de la unión, desaparece la razón de ser del trato desigual por parte

<sup>8</sup> Véase nota n° 22.

<sup>9</sup> FERES, María Ester, “Los proyectos de Reforma Legal sobre la Negociación Colectiva: ¿esfuerzos azarosos y logros marginales o infructuosos”, en DIRECCIÓN DEL TRABAJO (Ed.), *Negociación colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible*, División de Estudios Dirección del Trabajo, Santiago, 2009, pp. 119, en línea: [https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-97510\\_recurso\\_1.pdf](https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-97510_recurso_1.pdf), consultada: 05 de octubre de 2020.

<sup>10</sup> GAMONAL, cit. (n. 4), p. 42.

<sup>11</sup> GAMONAL, cit. (n. 4), p. 40.

<sup>12</sup> ERMIDA, Óscar, *Apuntes Sobre la Huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, p. 11.

del Estado”, advirtiendo, en todo caso, que “la desigualdad compensatoria se debe buscar por una vía o por la otra, ya que establecerla simultáneamente por ambas vías puede significar una superposición de protecciones que engendre otro desequilibrio de sentido opuesto, que tendría un efecto perturbador”.<sup>13</sup>

En sus propios términos, Hugo SINZHEIMER se refiere a la función de autonomía y democracia del espacio colectivo, al exponer que “una regulación de [las condiciones de trabajo] que excluya a la coligación<sup>14</sup> y el convenio colectivo, no será otra cosa que un dictado del patrono”, agregando que “excluir a las coligaciones de la codecisión de las condiciones salariales y de trabajo llevaría, no a una política laboral libre e independiente, sino al señorío ilimitado de las asociaciones patronales”.<sup>15</sup> A juicio de este profesor, la potencia del trabajador, al amparo del sindicato, no terminaba en la simple negociación de las condiciones laborales clásicas, sino que se extendía a la generación misma del denominado Derecho Social, de manera que el sujeto colectivo está llamado a cumplir un rol que excede con creces los contornos del Derecho del Trabajo y, por tanto, de la simple equiparación de poderes entre los sujetos intervinientes de la relación laboral.

Por su parte, cuando SUPLOT aborda las paradojas y las insuperables dificultades jurídicas generadas por el encuentro entre la subordinación o dependencia (libremente consentida), propias del Derecho del Trabajo, y la teoría clásica del contrato (al alero de los principios de libertad e igualdad), propio del Derecho común, plantea que “la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo sólo tiene sentido (en la) perspectiva de superación de las aporías de la subordinación de la voluntad”,<sup>16</sup> con lo que, nuevamente, se le asigna un papel protagónico en la derrota de la inmanente desigualdad de los sujetos contratantes. En la misma línea, pero de manera explícita, el mismo autor plantea que “la invención de la dimensión colectiva ha permitido salir del dilema de la subordinación voluntaria, restituyendo al trabajador su cualidad de sujeto libre, sin cuestionar su situación subordinada: se le da en el plano colectivo la autonomía de que se le priva en el plano individual”.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> PLÁ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, p. 58.

<sup>14</sup> Haciendo referencia a la fuerza que yace detrás de los trabajadores singulares y sus representantes, derivada de la posición, jurídicamente asegurada, que le debe corresponder al trabajo dependiente en la concepción de la empresa, entendida como una unidad social con subjetividad jurídica propia, y no como una mera propiedad del empleador.

<sup>15</sup> SINZHEIMER, Hugo, *La Lucha por el Nuevo Derecho del Trabajo*, Edeval, Valparaíso, 2017, p. 87.

<sup>16</sup> SUPLOT, cit. (n. 7), p. 148.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 164.

### 3.- *Jurisprudencia judicial, el efecto*

La distinción en comento ha tenido impacto jurisprudencial expreso, especialmente cuando se ha problematizado las reglas de interpretación de los contratos colectivos, sobre lo cual los sentenciadores emplean, de manera usual, la separación entre el aspecto individual y colectivo, para efectos de señalar la improcedencia de utilizar una u otra herramienta hermenéutica, tal como se observa en sentencia dictada en causa RIT O-3640-2011, del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que se analizará más adelante.

Puesto que lo colectivo carga sobre sí las consideraciones previamente reseñadas, no debe extrañar que nuestros tribunales reflexionen a su respecto como una herramienta de *resultado automático* de equilibrio entre las partes, tal como se aprecia en el considerando undécimo de la sentencia dictada por el 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago que, en el marco de una práctica antisindical, estimó que las estipulaciones de un contrato colectivo de un sindicato, comparadas con las de otro sindicato del mismo empleador, son

“perfectamente permitid(as) en el ámbito de la negociación colectiva, en la cual *participan en un pie de igualdad el grupo de trabajadores con la empresa*, para obtener mejores condiciones remuneracionales y beneficios anexos en la prestación de servicios (el destacado es nuestro).<sup>18</sup>

Mismo entendimiento se desprende del párrafo tercero del considerando duodécimo, a propósito de las cláusulas tácitas en el ámbito colectivo, al plantear otro sentenciador que

“yerra en su explicación al tratar de fundar el otorgamiento de tal beneficio en su otorgamiento permanente durante ocho años a ‘todos’ los trabajadores y por ende parte de sus contratos individuales de trabajo, toda vez que en este caso se trata de un instrumento colectivo de trabajo, en el cual no existen las cláusulas tácitas, por cuanto los beneficios y condiciones pactadas en un contrato colectivo nacen de *una negociación entre trabajadores representados a través de un sindicato y el empleador, en igualdad de condiciones*, que pactan condiciones comunes de trabajo, que se refieren a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, pasando las estipulaciones del instrumento colectivo de trabajo a remplazar en lo pertinente a las

<sup>18</sup> 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 2 de septiembre de 2011, RIT O-1714-2011.



contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos” (el destacado es nuestro).<sup>19</sup>

Luego, diverso sentenciador reflexionó que,

“si las partes acordaron compensar adicionalmente tales días de descanso, ello no corresponde al pago específico del beneficio de semana corrida, *ya que en el propio contrato colectivo, en que las partes estaban en igualdad de condiciones*, así no fue estipulado, debiendo también ser rechazado este aserto que pretende impugnar el pago de la semana corrida, ya que tal como fue establecido en el instrumento colectivo corresponde a un acuerdo sobre el mínimo legal, que constituye el pago de la semana corrida” (el destacado es nuestro).<sup>20</sup>

En fin, también se ha estimado por nuestros tribunales que,

“la conclusión a la que se ha arribado no se encuentra en oposición a lo establecido en el artículo 311 del Código del ramo que dispone que las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar la disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del contrato, convenio colectivo o del fallo arbitral por el que esté regido, toda vez que *al encontrarnos ante una negociación colectiva, las partes se encuentran en igualdad de condiciones para negociar, debiendo interpretarse las cláusulas en caso de dispareceres de acuerdo a lo más próximo que se tuvo en vista al momento de contratar*, pero no para la circunstancia de estar en conocimiento de lo que pretende una de las partes y aceptarla para obtener sus beneficios y objetarla al momento de serle desfavorable, desatendiendo la voluntad manifestada” (el destacado es nuestro).<sup>21</sup>

Simultáneamente, este parecer jurisprudencial contiene la mentada separación entre los ámbitos individual y colectivo, siendo aplicable las reglas de interpretación más favorables a los trabajadores, sólo en el primer reducto,

<sup>19</sup> 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, cit. (n. 1).

<sup>20</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 3 de octubre de 2018, RIT I-53-2018.

<sup>21</sup> 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 16 de abril de 2012, RIT O-3640-2011, párrafo 3° del considerando 13°.

precisamente por existir allí -y no en otro lugar- la necesidad de suplir la desigualdad de poder entre los sujetos.

#### 4.- *Jurisprudencia administrativa, consolidación*

La Dirección del Trabajo no se ha quedado atrás, pues también ha delimitado la aplicación de los principios del Derecho del Trabajo, en razón del ámbito de que se trate. Particularmente decidora resulta la jurisprudencia contenida en Dictamen Ord. N° 3787, de 6 de octubre de 2014,<sup>22</sup> que manifiesta que

“el contrato que celebran las partes involucradas en un proceso de negociación colectiva es un contrato solemne, toda vez que, para que nazca a la vida del derecho y, por consiguiente, produzca todos los efectos que le son propios, requiere necesariamente de una formalidad especial, cual es la escrituración del documento, resultando inconcusos que el mismo requisito deberá observar toda modificación que las partes puedan pactar sobre el contenido del instrumento”. “La incidencia de una cláusula tácita en este particular no altera el criterio señalado. Ello por cuanto *tal figura participa sólo dentro del ámbito del contrato individual, campo donde encuentra su origen, fundamento y contenido*, no pudiendo, por ende, ser apta para modificar el contenido de un instituto que pertenece a una esfera distinta como es la del contrato colectivo” (descartando tal figura, adicionalmente, para efectos de crear acuerdo colectivo. Lo destacado es nuestro).

Sin perjuicio de la liviandad con que el órgano fiscalizador insiste en calificar como necesariamente solemne todo acuerdo en materia colectiva, asunto que más adelante se cuestionará, deja de manifiesto que el principio de primacía de la realidad, que es el fundamento de las cláusulas tácitas, a su vez, una de las representaciones concretas del principio protector, no tiene incidencia en materia colectiva, con lo que establece una separación clara entre lo individual y lo colectivo para efectos de la aplicabilidad de los principios.

#### 5.- *La “media tinta” política*

No idéntico, pero similar al *efecto igualador* que asocia la citada doctrina y jurisprudencia al principio de libertad sindical, ha sido la apreciación política, que

<sup>22</sup> Dirección del Trabajo, 06 de octubre de 2014, Ord. N° 3787, <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-104173.html>, consultada: 01 de septiembre de 2019.

sitúa este fenómeno a medio camino entre tal concepción y una mera *expectativa*, mas, en esta ocasión, sin establecer criterios que otorguen el necesario rigor técnico que funde la posición. Así, del programa de gobierno del segundo mandato de la ex presidente Michelle Bachelet Jeria, se desprende la necesidad de “promover la capacidad y autonomía de las partes para negociar en igualdad de condiciones”, para posteriormente matizar la nota al decir que “fortalecer la actividad sindical y la negociación colectiva son materias que apuntan a enfrentar la desigualdad en el mundo laboral”.<sup>23</sup>

En suma, cualquiera sea el sector de influencia analizado, lo cierto es que en todos puede hallarse posiciones que, más o menos fundadas, conducen al escenario de la equidad negociadora y, con todo, omitiendo cualquier atisbo de aquella solidez y detalle que demanda un examen concreto de la realidad jurídica y fáctica donde se enarbola.

### *III. ESCENARIO ACTUAL EN TÉRMINOS DE EQUIDAD NEGOCIADORA: PRINCIPIO DE LIBERTAD SINDICAL JIBARIZADO*

#### *I.- Problematicación*

¿Cómo es posible entender que el ámbito colectivo del trabajo sitúa a las partes en igualdad de posiciones, si la huelga se entiende como el “ejercicio mínimo de fuerza”?<sup>24</sup> La pregunta planteada es una de las tantas que permite observar una faceta del sistema laboral que vacía de contenido el principio de libertad sindical, al restar eficacia a los subprincipios que lo componen, produciéndose, en consecuencia, una evidente incoherencia entre lo que los tratados internacionales pertinentes suscritos y ratificados por Chile plantean, permiten y esperan en términos de potencia negocial, con aquello que, en efecto, ocurre en la dimensión constitucional, legal y, en muchos casos, jurisprudencial y doctrinaria local.

Precisamente por ello es que algunos autores han sido enfáticos en señalar que “la ley sindical no basta para proteger al trabajador (pues) debe ir siempre acompañada por un poder real de los trabajadores, por medio de la autotutela

<sup>23</sup> BACHELET, Michelle, “Chile de Todos. Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018”, Nueva Mayoría, Santiago, 2013, en línea: [http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/noticias/archivos/programamb\\_1\\_0.pdf](http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/noticias/archivos/programamb_1_0.pdf), consultada: 05 de octubre de 2020.

<sup>24</sup> GAMONAL, Sergio, “El Derecho de Huelga en la Constitución Chilena”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2013, Vol. 20, N° 1, p. 110, en línea: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532013000100005&lng=es&nrm=iso&tlng=es](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000100005&lng=es&nrm=iso&tlng=es), consultada: 30 de octubre de 2019.

colectiva o sindical”,<sup>25</sup> siendo éste el estándar mínimo para considerar plausible y coherente el mencionado efecto emparejador; todo lo cual, además, debe ser tolerado y promovido por el sistema normativo.

Dicho de otra manera, no basta la simple existencia del principio de libertad sindical -reconocido en toda su extensión a fuerza en Chile a través de ingeniosas y diversas teorías-, para extraer de él, inmediatamente, las consecuencias pretendidas. Si el Código del Trabajo (en adelante CT) fuera coherente con este principio y valorara como es debido a la negociación colectiva y, sobre todo, la huelga como expresión legítima de la libertad sindical, supondría la existencia de una normativa mínima, no interventora ni limitadora, enfocada fundamentalmente en el reconocimiento y la garantía de condiciones que permitan superar el desajuste social que le da origen a nuestra disciplina.

Sin embargo, el escenario es totalmente diverso, pues la desconfianza es tal que el legislador indica cuántos deben negociar (Art. 227 CT), cuándo (Art. 308 y 323 y ss. del CT), cómo (Art. 303, 311, 313, 314, 322, 324 y 327 y ss. del CT), dónde (Art. 19 N° 16 inc. 4° de la Constitución Política de la República y 304 del CT) y qué (Art. 306 y 321 del CT) puede debatirse. La ley cumple, así, el rol de establecer máximos o límites que devienen en escollos para el colectivo y no estándares o mínimos de actuación que permitan el anhelado espacio de igualdad. La situación es aún más dramática en el caso de las negociaciones en empresas contratistas y subcontratistas, en que no tienen siquiera la virtud de afectar, respecto de la empresa principal, la provisión de la obra o el servicio subcontratado (Art. 306 inciso final CT).

Luego, si el derecho de huelga representa “el instrumento que ha permitido a los trabajadores negociar de igual a igual frente a sus empleadores”,<sup>26</sup> cómo se entiende que, en definitiva, éste conserve a todo evento la última palabra, a través de la institución del Cierre de Faena (Art. 353 del CT), para lo cual, además, se han conformado sendas teorías como la *huelga abusiva* y la *huelga ilegal*, en cuyos casos, la eventual sanción se radica en el ámbito individual, en su versión de incumplimiento injustificado de contrato (con el riesgo de un eventual despido), y no el marco propio de la actividad negocial. Naturalmente, en una relación de equitatividad, la última palabra estaría radicada a la coyuntura de poder del caso concreto, mas, la estructura legal se obstina en establecer mecanismos que difuminan todo trayecto en una dirección de equidad.

<sup>25</sup> GAMONAL, cit. (n. 24), p. 108.

<sup>26</sup> GAMONAL, cit. (n. 24), p. 106.

## 2.- Factores estructurales y políticos existentes

Con todo, cabe señalar que el escenario descrito no es fruto del espontáneo y democrático devenir legislativo y político, y mucho menos consecuencia de planteamientos vinculados a la especialidad laboral, sino que es una manifestación, originaria o subsecuente, directa o indirecta, de los lineamientos estructurales establecidos por el denominado Plan Laboral impulsado por la dictadura militar, el que “plantea un modelo de negociación colectiva bastante particular, tanto desde la perspectiva del antiguo sistema de relaciones laborales, regulado por el Código del Trabajo de 1931, como del Derecho Comparado”,<sup>27</sup> así como también respecto del principio de libertad sindical. Esto explica cómo y por qué la configuración del derecho colectivo chileno resulta tan ajena a consideraciones técnicas y cede ante influjos de orden político y económico, desechando gran parte de los lineamientos comparados existentes en la materia.

En lo medular, el actual modelo de relaciones laborales chileno se erige sobre la base de dos grandes instituciones. Desde el punto de vista del derecho individual del trabajo, se sustenta en la estructura del Código del Trabajo dictado en 1931. En el aspecto colectivo, rige aquello que en 1979 se denominó “Plan Laboral”, entramado normativo diseñado desde el Ministerio del Trabajo, compuesto por los siguientes decretos leyes: Decreto Ley 2.756 de 1979 sobre organizaciones sindicales; Decreto Ley 2.758 de 1979 sobre negociación colectiva y, Decreto Ley 2.757 sobre asociaciones empresariales.

Las ideas básicas del Plan Laboral, y que subsisten hasta la actualidad, dicen relación con la prohibición de la negociación más allá del nivel de la empresa, la exclusión de la negociación colectiva de un gran número de trabajadores (funcionarios públicos, cargos directivos de las empresas y de los trabajadores vinculados contractualmente mediante contratos de aprendizaje y de temporada), la circunscripción del derecho a huelga exclusivamente al marco de la negociación colectiva y con una serie de restricciones para su ejercicio, erradicando las huelgas por incumplimiento de contrato o de derechos en general. Junto con lo anterior, se estableció un procedimiento de negociación colectiva particularmente rígido, tal como se expuso previamente, definiendo el momento en que se debe presentar el proyecto de contrato o convenio, los requisitos del proyecto, el plazo para la respuesta, los efectos de no responder, entre otros acabados detalles. Además, se diluyó el concepto de titularidad sindical al generar un paralelismo negociador

<sup>27</sup> ROJAS, Irene, “Las Reformas Laborales al Modelo Normativo de Negociación Colectiva del Plan Laboral”, *Ius et Praxis*, 2007, Vol. 13, N° 2, pp. 195-221, disponible en línea: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200009&lng=es&nrm=iso), consultada: 28 de febrero de 2022.

entre diversos órganos con facultades negociadoras simultáneas (sindicatos y grupos negociadores).

Ahora bien, desde el retorno a la democracia hasta hoy, ha habido numerosas modificaciones legislativas que, en lo sustancial, no han afectado el marco general antes descrito. En efecto, la profesora LANATA refiere que “en esta época se mantiene la estructura general del Plan Laboral”, agregando, respecto del principio de libertad sindical, que “si bien se constata un gran avance en su reconocimiento, se han mantenido importantes limitaciones en materia de negociación colectiva”.<sup>28</sup>

### 3.- Corolario

No cabe duda, como señala GAMONAL, que “el derecho de huelga y las medidas de autotutela en general se configuran como un reequilibrio mínimo de fuerza entre empleadores y trabajadores”,<sup>29</sup> reconocimiento que interpela directamente la ficción consistente en que los sujetos que asisten al proceso productivo poseen iguales capacidades y libertades para convenir.

A mayor abundamiento, para nadie ha de representar una novedad “la idea restrictiva de huelga [vigente en] buena parte de la doctrina latinoamericana”<sup>30</sup> y, desde luego, en Chile, que la reconoce constitucionalmente de manera indirecta, para luego ser situada legalmente únicamente en el marco de la negociación colectiva reglada en función del contrato colectivo (lo que se ha denominado como huelga contractual), obviando la más básica técnica interpretativa de los derechos fundamentales (pro homine) y la total inexistencia de disposición legal que impida la huelga fuera de los dominios del Libro IV del CT.

Al respecto, vale señalar que aun una eventual reforma constitucional que contemple el mejor estándar normativo, no importaría una recalibración inmediata de los elementos en estudio en aras del afinamiento de la potencia negocial, pues, tal como señaló UGARTE, la materia en análisis está atravesada por un mero espejismo jurídico,<sup>31</sup> tan carente de sustento legal como enraizado en una cultura de hacer y entender los fenómenos laborales de una determinada y particular manera.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> LANATA, Gabriela, *Sindicatos y Negociación Colectiva*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, p. 46.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>30</sup> UGARTE, José Luis, *Huelga y Derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 33.

<sup>31</sup> UGARTE, José Luis, “La huelga en el derecho laboral chileno: Superando el espejismo”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2014, Vol. 2, N° 4, pp. 63-71.

<sup>32</sup> Una nueva configuración del principio de libertad sindical, moderna y potenciada en toda su extensión, como resultado de una eventual reforma o cambio constitucional, que no irrogue las modificaciones pertinentes en el CT, lejos de disminuir, aumentará la pulsión por sostener la equidad negociadora, siendo ese mismo impulso el que demandará una visión razonada en los términos acá propuestos.

Por tanto, la relación existente entre empleador y sindicato, al menos en Chile, no es *horizontal*, como se le ha considerado, sino que, en su mejor versión, *diagonal*,<sup>33</sup> circunstancia que está profundamente vinculada con el modelo estructural de orden público laboral vigente que, como se expuso, decanta por el “binomio público-individual, [de manera que] la relación privado-colectiva tiene poco desarrollo y tiende a ser limitada o intervenida por el Estado, por medio del binomio público-colectivo”,<sup>34</sup> instituyendo, en suma, un garantismo individual estatal de corte paternalista. Tal aserto es constatado por el profesor CAAMAÑO, al expresar que “el desarrollo normativo de nuestro sistema de relaciones laborales colectivas ha tenido desde sus orígenes un marcado carácter heterónomo, habiendo sido la ley, más que la acción misma de los actores sindicales y empresariales, la que trazó originalmente el rumbo y el ámbito para su actuación”.<sup>35</sup>

#### IV. EL YERRO DE LA EQUIDAD NEGOCIADORA

Advertida la inexistencia entre nosotros de elementos mínimos que permitan la potencia del principio de libertad sindical, se evidencia de igual modo la inexistencia de argumentos para sostener el pretendido efecto de igualdad estructural o sistémica, apareciendo éste, en el escenario más auspicioso, de manera simplemente coyuntural y, en cualquier caso, casuístico.

Aun si aceptáramos que la perspectiva colectiva se alza como equilibradora de la situación de poder de los intervinientes, no puede dejar de reconocerse que aquello ocurriría exclusivamente al activarse con toda su potencia los subprincipios conformadores de la libertad sindical, con lo que el carácter coyuntural está vinculado a la transitoriedad de las medidas coercitivas propias del momento y potestad negociadora. A su turno, la potestad coercitiva también se reconoce en el empleador, con la diferencia que el ordenamiento jurídico “permite que se ejerza constantemente (...) y que [esté] revestida de legalidad”.<sup>36</sup> Adicionalmente, cabe señalar que, en términos generales, la potestad patronal está configurada de manera más o menos abierta e indeterminada, tal como acontece con la institución del

<sup>33</sup> Misma lógica exhibe el profesor Gamonal al variar desde la horizontalidad a la *diagonalidad* en materia de eficacia de derechos fundamentales, en GAMONAL, cit. (n. 4).

<sup>34</sup> GAMONAL, Sergio, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Ed. Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 1998, p. 114.

<sup>35</sup> CAAMAÑO, Eduardo, “Crítica a las ideas fundantes del actual Modelo Normativo de Negociación Colectiva en Chile y a su reforma”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2016, N° 46, pp. 383, en línea: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512016000100012&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000100012&lng=es&nrm=iso), consultada: 30 de septiembre de 2019.

<sup>36</sup> GAMONAL, cit. (n. 24), p. 109.

artículo 12 del CT (*ius variandi*), la determinación del contenido del reglamento interno de orden, la facultad disciplinaria, la de organizar, dirigir y administrar la empresa, entre otras. La diferencia es, entonces, radical.

Planteamos, entonces, que la igualdad de las partes en materia colectiva podría tratarse de una especie de *ficción*, elevada al carácter de *conclusión* en el marco de un ejercicio interpretativo del principio de libertad sindical, derivado de su *aplicación inconexa*.

La urgente vocación de búsqueda de la realidad que distingue al Derecho del Trabajo,<sup>37</sup> le ha significado alianzas y hostilidades. Dentro de las primeras encontramos las presunciones de derecho (entre ellas, los formidables artículos 4, 8 y 9 del CT), en la medida que resultan útiles para la consecución de los objetivos inherentes en un contexto de subordinación y dependencia. Dentro de las segundas, encontramos a las ficciones, entendidas como construcciones jurídicas mediante las que se ignora deliberadamente una realidad de hecho y se la reemplaza por otra realidad puramente jurídica. Así las cosas, la consideración de equivalencia de las posiciones en el contexto colectivo del trabajo, puede catalogarse como una especie<sup>38</sup> de ficción, toda vez que se ignora una configuración fáctica determinada -desigualdad de poder material y jurídico-, para arribar a una apreciación jurídica diversa -igualdad negociadora-, todo lo cual puede objetarse no sólo por lo ya expuesto latamente, sino que por su inutilidad e impertinencia en el escenario *ius* laboral, dado sus preclaros objetivos y naturaleza tuitiva.

Atendida la carencia de consagración legal previamente advertida, que imposibilita su catalogación como ficción legal propiamente tal, surge la posibilidad de considerar el fenómeno como una errónea conclusión, en el marco de la labor interpretativa de los operadores del ámbito *ius* laboral, donde la premisa normativa (libertad sindical), conjuntamente con la premisa fáctica (sindicato), se traduce en la mentada conclusión (igualdad negociadora).

En suma, el cuestionamiento del raciocinio en análisis radica en la prescindencia de los factores de hecho y normativos que caracterizan el escenario en que se esgrime, olvidando que el Derecho del Trabajo se *inventa lo colectivo*<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Su vinculación con la realidad que regula es más profunda que otras ramas, como el Derecho Civil, cuyo sustento esencial está basado en una ficción que cruza todo el campo de su ordenamiento: la igualdad de las partes. Misma idea es compartida por BARBAGELATA quien, citando a Radbruch, expresa que “deja de ser así [la igualdad de las personas], un punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del ordenamiento jurídico”, en BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009, p. 20.

<sup>38</sup> Se emplea la expresión *especie*, puesto que nuestro sistema normativo carece de norma imperativa que así lo consagre.

<sup>39</sup> Se ha dicho que “la lucha por el nuevo Derecho del trabajo es, ante todo, una lucha por mantener e



con el objeto de *propender* al equilibrio entre las partes. Así, *lo colectivo* porta una mera pretensión de equilibrio y no un resultado de igualdad.

## V. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Considerando que la mejor forma de resolver las inconsistencias e incongruencias planteadas, está representada por una modificación legal mayor del Libro IV del CT que lo torne concordante con el principio de libertad sindical, y no divisándose que aquello pueda ocurrir, al menos en el mediano plazo, el desafío de las siguientes propuestas de solución radica, justamente, en proponer vías de resolución empleando las actuales herramientas legales, constitucionales e interpretativas existentes.

### 1.- Primacía de la realidad

Atendida la sofocante configuración del sistema normativo chileno en su ámbito colectivo, basado primordialmente en reglas, el espacio para el principio que le rige es fácilmente restringible, como quedó de manifiesto en la tristemente célebre sentencia dictada en causa RIT O-2753-2018 del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que prohibió al sindicato poner término a la huelga, a través de la aceptación de la última oferta del empleador, por haber sido ésta rechazada por la mayoría absoluta de sus miembros, forzando a los trabajadores a mantener lo que, en definitiva, resultó ser la huelga más extensa en la historia de Chile. El planteamiento del tribunal, que contó con el respaldo *técnico* de la Dirección del Trabajo, consistió en que el sistema normativo no permite al colectivo el ejercicio de la titularidad sindical para efectos de concluir el proceso negociador por ellos mismos iniciado, en el momento que estimen conveniente. A pesar que la Corte de Apelaciones competente anuló el fallo,<sup>40</sup> no deja de representar un notable ejemplo del ínfimo espacio y los obstáculos que existen para el principio de libertad sindical.

Dado que el escenario fáctico y normativo constriñen gran parte del potencial del principio de libertad sindical, surge la siguiente interrogante ¿resulta injustificado aplicar el principio de primacía de la realidad únicamente en el ámbito individual? Luego, ¿resulta justificado, en el ámbito colectivo, no sólo desatender la primacía fáctica específica que le da forma, sino que, además, suponer condiciones inexistentes de igualdad?

---

impulsar la *idea de negociación colectiva*, la rama más importante del autónomo Derecho del Trabajo". SINZHEIMER, cit. (n. 15), p. 85.

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de julio de 2019, Rol 2652-2018.

Si las respuestas son afirmativas, nos encontramos con un área del derecho, el colectivo, sin principio que la informe, conclusión fácilmente rechazable en una disciplina eminentemente principalista. Nosotros estimamos que, por lo expuesto, las respuestas deben ser negativas, proponiendo las siguientes consideraciones para *reconfigurar* el principio de primacía de la realidad, más allá del derecho individual del trabajo.

## 2.- Principio de primacía de la realidad: hechos

La intolerancia de discurrir el aspecto colectivo al margen de su principio rector -el de libertad sindical- o, al menos, su subsistencia en su mínima expresión, habida cuenta del escenario normativo colectivo disponible, nos reconduce a lo que, en nuestro modo continental de ver el Derecho del Trabajo, puede denominarse área madre; el derecho individual. Considerando que éste se alza como la rama base de nuestro sistema normativo laboral, situando al colectivo un peldaño más arriba, el principio protector no tiene únicamente efecto horizontal, trazado exclusivamente sobre la línea individual, sino que se proyecta de manera vertical, lo que implica no solamente la plena vigencia del principio de primacía de la realidad, sino que también, derribar la frontera que suele plantearse entre ambos espacios.

A la luz de la vigencia del principio de primacía de la realidad, se termina de agotar la idea de igualdad negociadora entre las partes intervinientes en el ámbito colectivo, toda vez que el principio protector, del cual emana, no está diseñado para conseguir un efecto siquiera similar.

Así, se observa que nuestra realidad -tanto fáctica como jurídica- nos retorna, como siempre, al marco genérico de regulación tutelar en un esquema fáctico de desigualdad.

## 3.- Principio de primacía de la realidad normativa: derecho

Si el principio de primacía de la realidad mira hacia los hechos, algo así como un *principio de realidad normativa* mira hacia el derecho. Si un esquema fáctico indica que una circunstancia no es como se relata formalmente, debe escudriñarse hasta encontrar la efectiva realidad material. Por su parte, si un sistema normativo, analizado en su conjunto, obliga unas determinadas formas de interrelación (mediante la sobre reglamentación, como es nuestro caso), no pueden tener cabida aquellos postulados emanados de los principios incardinados en ese mismo sistema, en la medida que perjudiquen a la parte débil de la relación laboral.

Como se aprecia, mientras la primera idea permite dar coherencia externa entre el derecho y los hechos, la segunda, permite dar coherencia interna, entre las reglas y los principios, de modo de soslayar, entre otros, el fraude de etiqueta de la igualdad negociadora, aun cuando éste emane de la visión más progresista posible.

En efecto, el actual escenario permite concluir, simultáneamente, i) la existencia del principio de libertad sindical, ii) la existencia de reglas que lo tornan infértil, iii) consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que proponen la igualdad de las partes, en razón de la potencia del tantas veces mencionado principio, iv) con la razonable consecuencia jurídica, de no poder interpretarse el contrato colectivo en virtud del *in dubio pro operario* que emana del principio protector, por ser éste propio del ámbito individual, o la imposibilidad de aplicar la teoría de las cláusulas tácitas en materia colectiva, por el mismo motivo. A mayor abundamiento, nada obsta a que, con los mismos elementos, pueda estimarse a priori vulneratoria una huelga, en el marco de un juicio de proporcionalidad pues, después de todo, ¿por qué requeriría cierta intensidad una huelga si las partes están en igualdad de condiciones? Así, no resulta difícil advertir las negativas consecuencias para los trabajadores, emanada de la aplicación *aislada* de las potencialidades del principio de libertad sindical, en un contexto como el nuestro.

En tal sentido, nuestra propuesta permite, una vez constatada la primacía de un determinado *sentido* o *propósito* en el sistema normativo, eliminar el sustento jurídico sobre el que se erige la potencial situación de equitatividad pregonada en el ámbito colectivo y, con ello, eludir los eventuales efectos negativos para los trabajadores, derivados de tal raciocinio.

En fin, el principio de realidad normativa tiene por objeto, en un escenario normativo determinado, anteponer la naturaleza de la relación laboral, aun cuando ello signifique afectar principios inspiradores, como el de libertad sindical, cumpliendo una *función integradora* del derecho.

Cabe señalar que este planteamiento se diferencia de la regla *in dubio pro operario*, pues ésta sólo se aplica frente a *dudas* sobre el alcance de una norma legal, circunstancia que no acontece en nuestro objeto de estudio, por no existir vaguedades a dilucidar ni referirse a una sola norma en particular. Por su parte, se distingue de la *regla de la norma más favorable*, en tanto ésta busca seleccionar aquella que, dentro de varias aplicables al caso concreto, e independiente de su jerarquía, permite mayores beneficios o menores perjuicios para el trabajador, mientras que nuestro diseño dice relación con el contenido tolerable del principio que se aplica, independientemente que, en abstracto, aquello beneficie a la parte débil.

## VI. ALGUNAS CONSECUENCIAS NEGATIVAS DERIVADAS DEL YERRO

Desde la igualdad de partes en materia colectiva, el principio protector, entendido como aquel que se “fundamenta en la falta de libertad inicial y

consecuente del trabajador”,<sup>41</sup> no debiese operar. El hecho que la subordinación y dependencia emanen del contrato individual de trabajo y no del contrato colectivo, nos guía en similar dirección. A mayor abundamiento, de acuerdo a JEAMMAUD y SUPIOT, el principio tuitivo se cristaliza a través de normas de orden público de modo que, o se conviene en la esencial similitud del derecho individual con el colectivo, aceptando que ambos se construyen desde el establecimiento de mínimos y máximos irrenunciables, jibarizando así el principio de libertad sindical; o se rechaza lo anterior, sosteniendo que en el ámbito colectivo rigen lógicas diversas tendientes a maximizar los espacios de equidad, lo que no encontraría recibo en el escenario normativo disponible.

Independiente de la hipótesis que se acepte, el resultado es el mismo, cual es, la no vigencia del principio protector en materia de libertad sindical, sea por la *derogación tácita* del mismo, en el primer caso, sea porque entre nosotros sencillamente ocurre justamente lo contrario, en el segundo.

En los hechos, la exclusión del principio de protección, así como la separación entre las áreas individual y colectiva, implica en ésta la desprotección de los trabajadores producto de una virtual orfandad de principios, la no aplicación del *in dubio pro operario*, la regla de la aplicación de la norma más favorable y la regla de la condición más beneficiosa, conclusión con impacto directo, por ejemplo, al interpretar el contrato colectivo y al determinar las cláusulas que lo conforman.

Por su parte, la intensidad, extensión y modalidades de la huelga (en particular de las huelgas atípicas), debiesen necesariamente morigerarse y restringirse, dado que el juicio de proporcionalidad de la medida no puede desatender la posición de igualdad en el ámbito colectivo. Ello horadaría, lenta pero paulatinamente, el sentido (auto) tutelar implícito en esa medida de presión.

## VII. ALGUNAS CONSECUENCIAS POSITIVAS DE ENTENDER LA DESIGUALDAD DE PARTES

### 1.- Aplicación en toda su extensión del principio protector

Como ya pudo advertirse, el rechazo de la igualdad de partes en materia colectiva como una consecuencia necesaria, así como la superación de la separación entre los aspectos individual y colectivo, sitúa toda la estructura laboral en el orden

<sup>41</sup> GAMONAL, Sergio. “El Principio de Protección del Trabajador en la Constitución Chilena”, *Estudios Constitucionales*, 2013, Vol. 1, N° 1, p. 427, disponible en línea: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000100011&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100011&lng=es&nrm=iso), consultada: 18 de octubre de 2020.

que le corresponde, permitiendo la justa aplicación del principio de libertad sindical y su armónica convivencia con el principio protector.

Efectivamente, al extender la función tutelar, pacíficamente reconocida en el ámbito individual, a la esfera colectiva, se armoniza, en lo tocante a la huelga, el implícito principio de autotutela que la fundamenta, y que se erige como expresión del principio protector. Así, se conjura la insalvable contradicción entre el reconocimiento de una fuerte presencia del principio protector, por un lado, y, por otro, la cómoda y automática noción de equidad en el ámbito de las relaciones colectivas.

Cómoda porque ha sido uno de los elementos utilizados, a la luz del artículo 320 del CT, para sostener que las condiciones y beneficios en materia colectiva emanan únicamente de contratos solemnes, restando de esa manera valor a la teoría de las cláusulas tácitas; refinada expresión del principio de primacía de la realidad, a su vez, excelsa manifestación del principio protector.

## 2.- Cláusulas tácitas en el ámbito colectivo

Nuestra propuesta revitaliza la teoría de las cláusulas tácitas en materia colectiva, lo que ocurre una vez establecido que (i) el entramado normativo en el ámbito colectivo sofoca la potencialidad del principio de libertad sindical, (ii) no hace tolerable la *orfandad principalista*, (iii) con lo que, tal entramado debe interpretarse de manera restrictiva, por afectar una garantía constitucional y, finalmente, (iv) porque resulta plenamente aplicable el principio protector en el ámbito colectivo, por *no poder* existir igualdad de partes.

Si las cláusulas tácitas representan una “creación doctrinaria y jurisprudencial cuyo sustento es el principio de la primacía de la realidad”,<sup>42</sup> y éste, a su vez, es una de las manifestaciones del principio protector, no parecen existir obstáculos para que aquéllas operen en el ámbito colectivo, en los términos que se indicarán. Desde esta perspectiva, la parte final del último inciso del artículo 5 del CT,<sup>43</sup> cobra algún sentido práctico en lo que respecta al derecho colectivo *sustantivo*, habida cuenta que sobre el principio de irrenunciabilidad existe consenso de estar dirigido a materias sustantivas individuales (sea que se transgredan mediante el contrato individual o el colectivo). Conjuntamente con lo expuesto, las reglas contenidas bajo el Título I del Libro I del Código del ramo adquieren un nuevo vigor, atendida su aplicación subsidiaria por nosotros planteada, de modo que el carácter consensual

<sup>42</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2014, Rol 1645-2013, considerando 7°.

<sup>43</sup> La disposición preceptúa que “Los contratos individuales y los instrumentos colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”.

del contrato de trabajo y el principio de escrituración, como requisito de prueba y no de existencia, contenidos en el artículo 9 del CT, deben prevalecer.

Así las cosas, siguiendo con la correcta aplicación que la Corte Suprema ha hecho del artículo 249 del CT, al tolerar la regulación consensual de las horas de trabajo sindical,<sup>44</sup> materia de evidente de carácter colectivo, ahora relacionándolo al artículo 320 del mismo cuerpo legal, cabe concluir que, únicamente aquello que formó parte del instrumento colectivo emanado de una negociación reglada, de acuerdo a las reglas previstas en el libro IV del mismo Código, debe constar por escrito. Todo otro acuerdo, sea que escape a lo estipulado *detalladamente*<sup>45</sup> en el contrato colectivo, sea que no esté contemplado en el artículo 321 del CT, es susceptible de ser acordado mediante manifestación tácita de la voluntad.

La conclusión anterior se refuerza con dos consideraciones adicionales; la existencia y reconocimiento de negociaciones entre las partes desprovistas de toda formalidad (“sin sujeción a normas de procedimiento”), contenida en el artículo 314 del CT<sup>46</sup> y, en segundo lugar, la derogación del artículo 314 bis C del mismo cuerpo legal, especialmente su inciso 2º,<sup>47</sup> eliminándose toda remisión expresa de la negociación no reglada, a las disposiciones de su par reglado.

De esta manera, la clásica jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en Dictamen Ord. N° 4001, de 20 de agosto de 2019 de la Dirección del

<sup>44</sup> Corte Suprema, 3 de junio de 2014, Rol 16.318-2013, rechazó unificación de jurisprudencia manifestando, en su considerando *octavo*, que, “de la normativa que se ha examinado no es dable desprender que el legislador exija que la “negociación” sea colectiva; en ninguna de las disposiciones citadas se hace referencia al procedimiento -reglado o no- que tiene por objeto establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, como el medio a través del cual necesariamente deba lograrse el acuerdo en la materia que se examina. Al contrario, el espíritu del legislador se revela desformalizando el pacto acerca de los permisos y de su pago”. A su vez, en el considerando *noveno*, indica que “los sujetos a quienes la ley se refiere como “partes” para los efectos de alcanzar un acuerdo en relación con los permisos sindicales y su pago, no son otros que los entes asociativos, por una parte y, por la otra, el o los empleadores. En otros términos, el acuerdo debe ser alcanzado entre la organización sindical y el empleador, de modo que si el patrono soluciona las remuneraciones de los dirigentes sindicales con la aquiescencia de la agrupación, es dable entender que se produjo ese acuerdo, al que, como se dijo y por las razones ya expuestas, no es posible exigirlo exclusivamente como producto de una negociación colectiva propiamente tal, sin perjuicio de que así pudiera darse, sino *también como resultado de una práctica reiterada en el tiempo, la que genera un pacto innominado y consensual*, que debe necesariamente ser respetado, pues se trata de una ley para los involucrados, que no puede ser dejado sin efecto sino por acuerdo mutuo o causas legales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil” (lo destacado es nuestro).

<sup>45</sup> De acuerdo al Art. 321 N° 2 del CT.

<sup>46</sup> El artículo es particularmente explícito en ese sentido, al señalar que: “En cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza (...)”.

<sup>47</sup> La disposición establecía que “Los instrumentos colectivos que se suscriban se denominarán convenios colectivos y tendrán los mismos efectos que los contratos colectivos”.

Trabajo,<sup>48</sup> o la ya mencionada en Dictamen Ord. N° 3787, de 06 de octubre de 2014, consistente en rechazar de plano la procedencia de cláusulas tácitas en el ámbito colectivo, sin más análisis, debe ser sujeta a profunda revisión. En efecto, el error radica, por un lado, en basarse únicamente en la expresión “deben constar por escrito y registrarse en la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su suscripción”, referente al inciso final del artículo 320 del CT y, por otro, omitir todo razonamiento en torno a los elementos aquí expuestos.

### VIII. CONCLUSIONES

Más allá de las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales del principio de libertad sindical que, razonablemente, permiten en abstracto conducir en la dirección de la equidad negociadora de las partes en el ámbito colectivo en Chile, variados son los elementos que permiten tener por meridianamente superada esa automática concepción de igualdad, pues nuestra realidad fáctica y jurídica no admite sostener una conclusión diversa. A este respecto, especialmente relevante resulta el entramado normativo vigente, el que constriñe hasta desnaturalizar esta área del derecho, que termina cediendo ante consideraciones ajenas a los principios de la disciplina en estudio. Al mismo tiempo, las propuestas de solución planteadas, cuyo desafío radica en utilizar las herramientas legales actualmente disponibles, permiten situar amónicamente los efectos del principio de libertad sindical y la influencia que le debe corresponder al resto de los principios inspiradores de la disciplina laboral, independiente del área de que se trate -individual o colectiva-, especialmente teniendo presente el principio de primacía de la realidad *reconfigurado colectivamente*, y nuestra propuesta de coherencia interna, el denominado *principio de primacía de la realidad normativa*. Tal entendimiento y herramientas, representan buenos insumos para sortear algunas consecuencias negativas derivadas de la estimación de equidad negociadora entre el sindicato y el empleador, así como propender, desde la revitalización de las herramientas basales de nuestro sistema legal continental laboral, contenidas en el libro I del Código del Trabajo, a consideraciones más beneficiosas, en el caso concreto, para la parte efectivamente débil de la relación laboral, cumpliéndose así el objetivo fundacional del Derecho del Trabajo.

<sup>48</sup> Dirección del Trabajo, 29 de agosto de 2019, Ord. N° 4001, <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-117441.html>, consultada: 28 de octubre de 2020.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

### a) Doctrina

BALTERA, Pablo, “La Libertad Sindical: Incertidumbre de un Derecho de los Trabajadores”, Cuaderno de Investigación N° 59, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago, 2016, en línea: [https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110566\\_recurso\\_1.pdf](https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-110566_recurso_1.pdf), consultada: 06 de noviembre de 2020.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2009.

CAAMAÑO, Eduardo, “Crítica a las ideas fundantes del actual Modelo Normativo de Negociación Colectiva en Chile y a su reforma”, *Revista de Derecho P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2016, N° 46, pp. 381-406, en línea: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512016000100012&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512016000100012&lng=es&nrm=iso), consultada: 30 de septiembre de 2019.

CABALLERO, Rodolfo, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Der Ediciones, Santiago, 2018.

ERMIDA, Óscar, *Apuntes Sobre la Huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012.

FERES, María Ester, “Los proyectos de Reforma Legal sobre la Negociación Colectiva: ¿esfuerzos azarosos y logros marginales o infructuosos”, en DIRECCIÓN DEL TRABAJO (Ed.), *Negociación colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible*, División de Estudios Dirección del Trabajo, Santiago, 2009, pp. 109-148, en línea: [https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-97510\\_recurso\\_1.pdf](https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-97510_recurso_1.pdf), consultada: 05 de octubre de 2020.

GAMONAL, Sergio, “El Derecho de Huelga en la Constitución Chilena”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, 2013, Vol. 20, N° 1, pp. 105-127, en línea: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532013000100005&lng=es&nrm=iso&tlng=es](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532013000100005&lng=es&nrm=iso&tlng=es), consultada: 30 de octubre de 2019.

GAMONAL, Sergio. “El Principio de Protección del Trabajador en la Constitución Chilena”, *Estudios Constitucionales*, 2013, Vol. 1, N° 1, pp. 425-458, en línea: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002013000100011&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000100011&lng=es&nrm=iso), consultada: 18 de octubre de 2020.

GAMONAL, Sergio, *Fundamentos de Derecho Laboral*, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

GAMONAL, Sergio, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica, Cono Sur Ltda., Santiago, 1998.

GAMONAL, Sergio, *La Eficacia Diagonal u Oblicua y los Estándares de Conducta en el Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

LANATA, Gabriela, *Sindicatos y Negociación Colectiva*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.

PLÁ, Américo, *Curso de Derecho Laboral*, Editorial IDEA, Montevideo, 2000, T.I.

PLÁ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015.

ROJAS, Irene, “Las Reformas Laborales al Modelo Normativo de Negociación Colectiva del Plan Laboral”, *Ius et Praxis*, 2007, Vol. 13, N° 2, pp. 195-221, en línea:



[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122007000200009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200009&lng=es&nrm=iso), consultada: 28 de febrero de 2022.

SINZHEIMER, Hugo, *La Lucha por el Nuevo Derecho del Trabajo*, Edeval, Valparaíso, 2017.

SUPIOT, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 1996.

UGARTE, José Luis, *Huelga y Derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 2016.

UGARTE, José Luis, “La huelga en el derecho laboral chileno: Superando el espejismo”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2014, Vol. 2, N° 4, pp. 63-71.

## b) Legislación

Constitución Política de la República de Chile.

Código del Trabajo, Chile.

## c) Jurisprudencia Judicial

Corte Suprema, 3 de junio de 2014, Rol 16.318–2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2014, Rol 1645-2013.

Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de julio de 2019, Rol 2652-2018.

2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 2 de septiembre de 2011, RIT O-1714-2011.

1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 16 de abril de 2012, RIT O-3640-2011.

Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 3 de octubre de 2018, RIT I-53-2018.

2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 7 de marzo de 2019, RIT S-42-2018.

## d) Jurisprudencia Administrativa

Dirección del Trabajo, 06 de octubre de 2014, Ord. N° 3787, <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-104173.html>, consultada: 01 de septiembre de 2019.

Dirección del Trabajo, 29 de agosto de 2019, Ord. N° 4001, <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-117441.html>, consultada: 28 de octubre de 2020.

## e) Otros documentos

BACHELET, Michelle, “Chile de Todos. Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018”, Nueva Mayoría, Santiago, 2013, disponible en línea: [http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/noticias/archivos/programamb\\_1\\_0.pdf](http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/noticias/archivos/programamb_1_0.pdf), consultada: 05 de octubre de 2020.



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.