ANALISIS

Revista Laboral Chilena
Enero 1999, 1.

La Negociación y Contratación Colectiva Atípica[1]

Sergio Gamonal Contreras.
Profesor de Derecho del Trabajo.
Facultad de Derecho.
Universidad Adolfo Ibáñez.

1. Introducción

En el ordenamiento laboral chileno es posible distinguir entre negociaciones colectivas regladas y no regladas o informales.

En las negociaciones colectivas regladas se busca llegar a un acuerdo sobre condiciones comunes de trabajo y remuneración, el cual se formaliza en el "contrato colectivo". En las no regladas, el objetivo es similar y el acuerdo constituye un "convenio colectivo".

Debemos precisar que tanto las negociaciones regladas como las no regladas e informales, son típicas, toda vez que ambas se encuentran expresamente contempladas en el Libro IV del Código del Trabajo.

De las negociaciones regladas y del contrato colectivo se ocupa el Código en sus artículos 303 y siguientes, y 344 y siguientes; respectivamente.

Por otra parte, las negociaciones no regladas o informales y el convenio colectivo, se estatuyen en los artículos 314, 350 y 351 del mismo texto legal. La doctrina las ha denominado "no regladas o informales" porque se diferencian respecto del procedimiento negociador reglado en que el ordenamiento laboral no ha establecido el procedimiento que deben seguir las partes. Además, las partes se encuentran impedidas de recurrir a la huelga o al cierre patronal en el curso de la negociación.

[1]Ponencia presentada en el IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sin embargo, observando la realidad nacional es posible distinguir un tercer tipo de acuerdos de rango colectivo, que para efectos de esta comunicación denominaremos "contratos colectivos atípicos", los cuales no están reglamentados en forma alguna por el Código y son negociados en procedimientos informales, espontáneos y absolutamente ajenos a la normativa laboral.

En los párrafos siguientes haremos algunas reflexiones respecto de este último tipo de "contratos colectivos atípicos", en cuanto a sus causas, la normativa chilena existente, algunos casos de contratación atípica, su naturaleza jurídica y contenido, sus efectos, y sus diferencias con la contratación colectiva típica.

2. Causas de la negociación y contratación colectiva atípica

La existencia de negociaciones y acuerdos de rango colectivo no contemplados por el ordenamiento jurídico, no es un fenómeno nuevo para el derecho colectivo o sindical, ya que en el nacimiento de esta rama del derecho encontramos muchas negociaciones y pactos ajenos al derecho estatal.

Cabe recordar que, en su momento, la constitución de sindicatos, la contratación colectiva y la huelga, fueron calificados como actos ilegales, siendo posteriormente tolerados y finalmente reconocidos por los ordenamientos estatales.

Respecto de las causas de los contratos colectivos atípicos, podemos mencionar que se trata de una suerte de "vuelta a los orígenes del derecho colectivo o sindical", situación que se produce cuando el ordenamiento estatal prohibe o restringe la negociación colectiva a determinados grupos de trabajadores, los cuales constituyen agrupaciones colectivas que representan sus intereses y aspiraciones profesionales ante la autoridad pertinente.

Estos contratos atípicos son fruto de un "fenómeno de expansión del derecho sindical", que se produce



por fuera del marco establecido en la ley para las relaciones colectivas. Sobre el particular, resulta interesante el caso de la expansión del derecho colectivo a los funcionarios públicos, donde en nuestro país y en el derecho comparado encontramos muchos ejemplos de negociaciones colectivas atípicas.

La contratación colectiva atípica, además, forma parte de los cambios producidos en el accionar de los sujetos colectivos, debido a los rápidos avances en los procesos productivos o por la existencia de un marco legal muy restrictivo o demasiado teórico o engorroso, que imposibilita una negociación fluida y eficaz.

Creemos que, en el caso de Chile, la contratación colectiva atípica es consecuencia de la existencia de un marco legal especialmente restrictivo de la autonomía colectiva.

3. La normativa chilena

Resulta obvio que no existen normas legales que regulen la negociación y la contratación colectivas atípicas. Sin embargo, ya sea en forma indirecta o para establecer prohibiciones o sanciones penales, la ley hace referencia a los fenómenos colectivos atípicos.

Sobre el particular, repasaremos las ideas matrices de nuestra legislación en materia de derecho de sindicación; negociación y contrato colectivo, y huelga.

Respecto del derecho de sindicación, la Constitución y el Código del Trabajo radican dicha garantía constitucional en los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado. Por su parte, la ley Nº 19.296, establece normas sobre asociaciones de funcionarios de la administración del Estado, reconociendo el derecho de formar sindicatos o asociaciones de funcionarios, los cuales no pueden negociar colectivamente o recurrir a la huelga.

A la luz de lo anterior, es posible afirmar que el derecho de sindicación se encuentra garantizado tanto para los trabajadores del sector público como del sector privado.

En cuanto a la negociación y contratación colectivas, la normativa chilena reconoce dicho derecho para los trabajadores de las empresas del sector privado y en aquellas empresas en que el Estado tenga aportes, participación o representación, salvo una pocas excepciones. Asimismo, se establece que ciertos trabajadores no podrán participar en los procesos negociadores.

Además, la ley dispone que el sujeto colectivo negociador por parte de los trabajadores, puede ser un sindicato o una agrupación transitoria de trabajadores, siempre que cumpla con determinados requisitos.

Para los empleadores existe obligación de negociar y de contratar sólo en la negociación colectiva reglada a nivel de empresa.

Cualquier negociación colectiva no contemplada en las detalladas normas que el Código destina -artículos 303 a 414- a dicha materia, tendrá el carácter de atípica.

En cuanto a los funcionarios de la administración del Estado, como ya indicáramos, la ley Nº 19.296 no les permite negociar colectivamente.

Respecto de la autotutela colectiva, la Carta Fundamental y el Código del Trabajo sólo consideran legal la huelga y el cierre patronal que se dan dentro de un procedimiento reglado de negociación colectiva. Fuera del mismo la huelga y el lock-out son ilegales.

La Constitución prohibe expresamente la huelga de los funcionarios del Estado y de las municipalidades. Consecuente con lo anterior, la ley Nº 19.296 no reconoce el derecho de huelga de los funcionarios de la administración del Estado.

Por su parte, la ley Nº 12.927, sobre Seguridad del Estado, contempla en sus artículos 11 y 12 penas corporales y multas a los responsables de "Artículo 11.- Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, producido sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales,...".

El señalado artículo 12 dispone que "Los empresarios o patrones que declaren el lock out o que estuvieren comprometidos en los delitos contemplados en el artículo precedente, serán castigados...".

Al tenor de lo expuesto, podemos concluir que existe un marco legal muy restrictivo de la autonomía colectiva, donde el Estado reglamenta detalladamente a los sindicatos y a la negociación colectiva, y percibe con temor y desconfianza la huelga, por lo cual no debe extrañarnos que se produzcan muchas negociaciones atípicas y huelgas ilegales.

Cabe agregar que en el caso chileno, este tipo de fenómenos no es nuevo, de hecho, hace más de treinta años que el profesor Walker Linares llamaba la atención respecto de la cantidad de huelgas ilegales de los empleados del sector público[2] de nuestro país.

4. Algunos casos de contratación atípica

Como ya expresamos, en Chile existen muchas negociaciones y huelgas que se dan fuera del marco legal vigente.

En este estudio haremos referencia a tres casos recientes.

4.1 CASO ENACAR: Durante el año 1996 una de las huelgas ilegales más publicitadas por los medios de comunicación fue la de los trabajadores de la Empresa Nacional del Carbón, ENACAR, en la ciudad de Lota.

Se trató de una paralización y ocupación de las instalaciones de la empresa, promovidas por los sindicatos como protesta por una serie de despidos que desataron el conflicto. Esta situación se prolongó en el tiempo y el conflicto fue solucionado después de arduas negociaciones por un acuerdo que consta en el documento denominado "Protocolo entre el Gobierno y los Sindicatos de ENACAR LOTA".

[2]Walker Linares, Francisco. *Esquema de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, p. 49

En dicho documento de fecha 26 de julio de 1996, las partes dejaban constancia de su disposición al diálogo y de su voluntad para "trabajar por la mantención y desarrollo de la empresa y reducción de sus pérdidas operacionales".

Asimismo, las partes concuerdan en la necesidad de racionalizar la empresa, por medio de la reducción de su dotación en 426 plazas de cargos no directivos, "para alcanzar los niveles de productividad y competitividad que le permitan reducir de modo significativo las pérdidas operacionales".

Se acordó el reintegro de los trabajadores despedidos, lo cual no obstaba a que fueran incorporados en la reducción de cargos ya mencionada.

En términos muy generales podemos decir que el resto del acuerdo establecía las pautas de un Plan de Protección Social para los trabajadores a quienes la empresa decidiera poner término a sus servicios.

El referido Plan contemplaba medidas como aportes extraordinarios por parte de la Empresa para permitir que los afectados tuvieran una pensión mínima, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondieran.

El acuerdo distinguía entre hombres de 55 y más años y mujeres de 50 o más años; hombres entre 50 y 54 años y mujeres entre 45 y 49 años, y trabajadores con 18 años o más trabajados en el interior de la mina y de edad superior a los 45 años.

Respecto de los trabajadores con 18 años o más trabajados en el interior de la mina y de edad inferior a los 45 años, se disponía que serían mantenidos en la empresa salvo por razones imputables al trabajador.

Se hacía también referencia a las pensiones de invalidez, comprometiéndose la empresa a hacerse cargo de los costos no cubiertos por los respectivos sistemas de salud.

Se establecía un mecanismo especial de indemnización que era voluntario para los trabajadores incluidos en el Plan de Egreso, y cuya edad fluctuaba entre los 45 y 49 años en el



caso de los hombres y 40 y 44 años en el caso de las mujeres, que implicaba un aporte de la empresa -indemnización especial- a fin de asegurar un monto mínimo que se indicaba. Este aporte variaba según el tipo de labor realizado por el trabajador.

Para los hombres menores de 45 y las mujeres menores de 40, comprendidos en el Plan de Egreso, se estatuía que podrían optar a un plan especial de protección social elaborado por la empresa, cuya duración variaría entre dos y cinco años, y que se financiaría de la forma que se señalaba.

Todos los beneficios anteriores se aplicaban a los trabajadores cuyas remuneraciones eran inferiores a $ 400.000.

Para aquellos con remuneración superior a los $ 400.000, se disponía un régimen especial de indemnización por parte de la empresa.

Se contemplaba, por otra parte, un programa especial de capacitación y recolocación, beneficios educacionales, de salud y otros acuerdos respecto del desarrollo de la comuna de Lota y se disponía la realización de una consultoría externa de evaluación de la estructura de la empresa.

Finalmente, en un Anexo firmado en la misma fecha por las partes, entre otras materias, se hacía presente la necesidad de presentar un proyecto de ley al Parlamento,[3] con el objeto de obtener los recursos extraordinarios que permitiera asegurar la continuidad de las operaciones de la empresa.[4]

4.2 **CASO PROFESORES: En abril de 1996 fue suscrita un Acta de Acuerdo entre la Corporación Municipal de Viña del Mar y el Colegio de Profesores A.G., comunal Viña del Mar, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley Nº 19.410, en orden a adecuar los contratos de trabajo de los profesionales de la educación del sector municipal.**

[3]Dicha ley es la Nº 19.480, de 22 de noviembre de 1996.

[4]Durante el año 1997 el Gobierno cerró definitivamente el mineral de Lota.

La ley Nº 19.410[5], que modificó la ley Nº 19.070, sobre estatuto de los profesionales de la educación, estableció las diversas especificaciones que deberían contener los contratos de trabajo de los profesionales de la educación, disponiendo que dentro de un determinado plazo fueran adecuados los contratos de trabajo existentes en conformidad a lo prescrito.

Para dichos efectos, la Corporación Municipal de Viña del Mar y el Colegio de Profesores de la misma ciudad, en representación de los docentes cuyos contratos debían ser adecuados, negociaron los términos de los nuevos contratos, acuerdo que consta en el Acta de Acuerdo suscrita entre las partes. Se acordaron tres textos tipo para los contratos de trabajo de los Docentes Titulares, Docentes Directivos y Técnicos Pedagógicos.

En el contrato tipo de los Docentes Directivos se establecían detalladamente sus cláusulas, abarcando diversas materias como la posibilidad de modificar las destinaciones de los profesionales, sus funciones, la distribución de la jornada, la extensión de la misma, los tipos de remuneraciones, su forma de reajuste, una bonificación especial, los descuentos que pueden realizarse, los accidentes del trabajo, licencias médicas, los permisos, el perfeccionamiento, la duración del contrato y el domicilio de las partes.

Al firmarse los respectivos contratos debían completarse los datos del profesional y del establecimiento educacional de que se tratare, la calidad de sus funciones, la jornada ordinaria, el monto específico de sus remuneraciones y su fecha de ingreso.

En el contrato tipo de los Docentes Titulares, se establecían detalladamente las cláusulas, abarcando diversas materias como la posibilidad de modificar las destinaciones de los profesionales, sus funciones, definición de actividades como docencia de aula o actividades curriculares no lectivas, una jornada de 30 horas y su distribución, la extensión de la misma, los tipos de remuneraciones, su forma de reajuste, una bonificación especial, los descuentos que pueden realizarse, los accidentes del trabajo,

[5]Diario Oficial, 2 de septiembre de 1995

licencias médicas, los permisos, el feriado y la posibilidad de perfeccionamiento durante el mismo, la duración del contrato y el domicilio de las partes.

Al firmarse los respectivos contratos debían completarse los datos del profesional y del establecimiento educacional de que se tratare, el nivel en el que desempeñará la función docente, el monto específico de sus remuneraciones y su fecha de ingreso.

En el contrato tipo de los Técnicos Pedagógicos, se establecían detalladamente las cláusulas, abarcando diversas materias como la posibilidad de modificar las destinaciones de los profesionales, sus funciones, definición de actividades como docencia de aula o actividades curriculares no lectivas, la distribución de la jornada de trabajo, la extensión de la misma, los tipos de remuneraciones, su forma de reajuste, una bonificación especial, los descuentos que pueden realizarse, los accidentes del trabajo, licencias médicas, los permisos, el feriado y la posibilidad de perfeccionamiento durante el mismo, la duración del contrato y el domicilio de las partes.

Al firmarse los respectivos contratos debían completarse los datos del profesional y del establecimiento educacional de que se tratare, la función técnica pedagógica que desarrollaría, la jornada ordinaria de trabajo, el monto específico de sus remuneraciones y su fecha de ingreso.

4.3 **CASO TRABAJADORES DE LA SALUD: Otra de las paralizaciones de 1996 fue la de los trabajadores de la salud pública, que concluyó con un acuerdo entre el Gobierno y los Gremios de la Salud, que comprendía los siguientes cuatro puntos:**

1. Iniciar el estudio de un nuevo marco laboral para los trabajadores de la salud adscritos a la ley Nº 18.834. Se creaba para el mejoramiento de las remuneraciones dos asignaciones, una de experiencia en servicios de salud permanente y otra por desempeño.

2. Se reconocía la existencia de dos montos globales para la satisfacción del punto anterior, que implicaban un piso de $ 10.000 millones y un techo de $ 21.000 millones, los cuales deberían acercarse durante la negociación.
3. Finalizar la negociación de ambos puntos durante el mes de noviembre de 1996. El resultado de esta negociación debería hacerse efectiva a contar del 1 de enero de 1997.

4. Terminar la paralización a partir de la firma del acuerdo.

5. Naturaleza jurídica y contenido

Los casos anteriores no se encuadran dentro de la estructura del Código del Trabajo, ya que no estamos frente a un proceso reglado que termina con la suscripción de un contrato colectivo, ni de negociaciones informales de aquellas que finalizan con la firma de un convenio colectivo.

No obstante, en todos los ejemplos citados se llegó a un acuerdo, de rango colectivo, que busca en alguna medida la reglamentación de las condiciones laborales de un determinado grupo de trabajadores. A estos acuerdos los hemos denominado "contratos colectivos atípicos", por las siguientes razones.

Los titulamos como "atípicos" por no encontrase contemplados ni regulados en el Código del Trabajo y "contratos colectivos" porque responden a la definición y a la función de contrato colectivo generalmente aceptada en la doctrina y el derecho comparado.

El contrato colectivo ha sido definido como "todo acuerdo escrito concluido entre representantes de los trabajadores y de los empleadores, que tenga

[6]De la Villa Gil, Luis, García Becedas, Gabriel y García-Perrote Escartín, Ignacio, *Instituciones de derecho del trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 177. Sobre esta materia, Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, Universidad de Madrid, Madrid, 1993, p. 756, lo definen como "el contrato celebrado y negociado por representantes de trabajadores y empresarios para la regulación de las condiciones de trabajo"; Sala Franco y Albiol Montesinos, *Derecho sindical*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 331, lo definen como los "acuerdos celebrados entre empresarios (uno o varios) y trabajadores (una o varias agrupaciones de



por objeto reglamentar o regular las condiciones de empleo o de trabajo".[6]

En cuanto a sus funciones, la principal y más importante es la función normativa. Junto a ésta encontramos las funciones de paz, obligatoria y de gestión.[7]

En los tres casos mencionados se trató de negociaciones entre trabajadores y empleadores, de carácter colectivo, a fin de regular condiciones de trabajo.

En el caso ENACAR encontramos un acuerdo entre el Gobierno y los sindicatos trabajadores, destinado a regular determinadas condiciones de trabajo. Resulta evidente su función normativa, especialmente en las medidas de protección social que se disponen y en los acuerdos referentes a las indemnizaciones necesarias para asegurar a los trabajadores que cesen en sus funciones un monto mínimo de pensión.

En cuanto a la parte obligatoria, las partes dejan constancia en el protocolo del fin de las

trabajadores) para fijar normas (aspecto normativo) que regularán las condiciones de trabajo en un ámbito laboral determinado y los derechos y obligaciones de las propias partes contratantes (aspecto obligacional)", y Realino Marra, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1994, p. 136, lo define como "el contrato estipulado por las organizaciones sindicales de los trabajadores con las contrapuestas organizaciones de empleadores, con la finalidad de determinar los contenidos de la relación de trabajo y de disciplinar las relaciones entre ellas.".

[7] Ghezzi y Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Bologna, Zanichelli, 1992, p. 144, explican que originalmente los contratos colectivos se caracterizaron por su función normativa respecto de los sujetos de los futuros contratos individuales de trabajo. Se trataba de determinar el contenido esencial de los contratos de trabajo en ejecución y de los que se celebrarían en el futuro entre empleadores y trabajadores que pertenecieran a su área de aplicación (p. 154). Gino Giugni, <<Diritto del lavoro (voce per un' enciclopedia)>>, en *Lavoro legge contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 270, dice que el contrato colectivo asume una función de paz, al contener normas que regulan directamente el contenido de la relación de trabajo.

Además de esta función normativa, la doctrina ha distinguido una "parte obligatoria" del contrato

paralizaciones y se comprometen a privilegiar "el diálogo y el común propósito de trabajar para la mantención y desarrollo de la empresa y la reducción de sus pérdidas operacionales".

Se aprecian además varios acuerdos relativos a la crisis que afectaba a la empresa. Aquí la función de gestión la encontramos en el consenso en la necesidad de racionalizar la empresa, por medio de la reducción de 426 plazas de cargos no directivos. Complementa lo anterior un plan programa especial de capacitación y recolocación, beneficios educacionales, de salud y la realización de una consultoría externa sobre la marcha de la empresa.

En el caso PROFESORES, el conflicto concluye con un acta de acuerdo entre la Corporación Municipal y el Colegio de Profesores, destinado a uniformar las condiciones de trabajo de los profesores.

Se constata la función normativa del acuerdo en análisis, donde se establecen detalladamente las cláusulas de los contratos a firmarse, tales como las funciones, destinaciones, jornada, tipos de remuneraciones, reajuste, descuentos, licencias, permisos, etc.

Las partes suscriben, además, cláusulas obligatorias. En el preámbulo del acta de acuerdo la Corporación Municipal se compromete a "requerir la suscripción de los contratos tipo

colectivo, que establece obligaciones para los sujetos estipulantes y de la cual puede derivar responsabilidad jurídica en caso de incumplimiento. Estas cláusulas dicen relación con el proceso de formación del contrato y con su administración. Se dice que a mayor amplitud de la parte obligatoria mayor es la madurez de los sistemas de relaciones industriales (Ghezzi y Romagnoli, op. cit., p. 155). No obstante estos mismo autores señalan que las cláusulas obligatorias tienden a desarrollarse a falta de reglas legales -heterónomas- sobre la formación del contrato y su administración.

Finalmente, Persiani, *Diritto sindacale*, CEDAM, Milán, 1994, pp. 94 y 95, indica que otra función de los contratos colectivos dice relación con la gestión de la crisis de las empresas, a fin de satisfacer el interés colectivo consistente en que la unidad productiva supere una determinada crisis.

acordados". Por su parte, el Colegio de Profesores "instruirá a sus colegiados para que suscriban estos contratos tipo".
En el caso de los TRABAJADORES DE LA SALUD, nuevamente se trata de un acuerdo entre el Gobierno y los Gremios de la Salud, con un claro objeto normativo de orden remuneracional. Se busca el mejoramiento de las remuneraciones de dichos trabajadores.[8]

Es posible distinguir, además, una parte obligatoria del acuerdo, donde se reconoce la existencia de dos montos globales para el aumento de remuneraciones, los cuales deberán acercarse durante la negociación que seguirá con posterioridad al acuerdo. Esta negociación -a la cual se comprometen las partes- deberá finalizar en noviembre de 1996 y sus efectos regirán desde enero del año siguiente.

Finalmente, se deja constancia del carácter de "pacto de paz sindical" del acuerdo, que pone fin a la huelga de los trabajadores del sector. Esta cláusula de paz es claramente de carácter obligatorio, al comprometer a los Gremios de la Salud a terminar con dicha movilización.

Por las razones anteriores, concluimos que la naturaleza jurídica de estos acuerdos es la de "contratos colectivos" de carácter atípico al no estar contemplados en nuestra legislación. Además, estos contratos atípicos no pueden ser considerados "convenios colectivos" de aquellos regulados por el Código del Trabajo -artículos 314 y 351-, ya que exceden su ámbito de aplicación y son negociados en gran parte por la presión de paralizaciones o huelgas -caso ENACAR y de los TRABAJADORES DE LA SALUD-, las cuales no proceden al negociar un convenio colectivo.

En cuanto a su contenido, es interesante la amplitud de materias de los contratos colectivos atípicos en estudio, en comparación con la negociación colectiva reglada

En efecto, el artículo 306 del C.T. dispone que son materias de negociación las relativas a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero, y en general las condiciones comunes de trabajo. Su inciso segundo prohibe que la negociación restrinja o limite la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa. Por el contrario, tanto en el caso ENACAR como en el de los PROFESORES se comprenden materias relacionadas con la organización, dirección y administración de la respectiva actividad.

En ENACAR se adoptan diversos acuerdos a fin de que la empresa alcance los niveles de competitividad y productividad que le permitan reducir sus pérdidas operacionales.

En el caso de los PROFESORES se detallan los contratos de trabajo de los Docentes Directivos, Docentes Titulares y Técnicos Pedagógicos, lo que va más allá de una función normativa, configurando más bien una especie de contratos tipo.[9]

6. Efectos

En el párrafo anterior analizamos en qué medida estos "contratos colectivos atípicos" presentan los elementos característicos de los contratos colectivos y cumplen similares funciones.

Sin embargo es necesario reflexionar sobre la legalidad o ilegalidad de dichas figuras, así como respecto de su fuerza vinculante y efectos.

En principio, desde una perspectiva de derecho positivo, los "contratos colectivos atípicos" no son ilegales ya que el ordenamiento jurídico no los prohibe, ni siquiera los contempla, por lo que podemos decir que son "extralegales".

Por otra parte, las huelgas o paralizaciones que se desarrollen fuera del marco de la negociación colectiva reglada son todas ilegales. Si un contrato

[8] Como lo ha señalado reiteradamente la doctrina, los primeros contratos colectivos tuvieron como único objeto el mejoramiento de remuneraciones, denominándoselos "contratos de tarifa". Ver Persiani, op. cit., p. 91

[9] Jorge López define el contrato tipo como el "Acuerdo de voluntades en cuya virtud las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos o condiciones generales de la contratación". Ver López Santa María, Jorge, Los contratos. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 138.



colectivo atípico fue negociado en parte debido a una huelga o paralización ilegal, podría sostenerse su ilegalidad.

Además, los responsables de las huelgas o paralizaciones ilegales podrían ser sancionados a la luz de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de ley Nº 12.927.[10] No obstante, en los últimos años, las autoridades no han solicitado que se aplique esta ley ante las paralizaciones que se han realizado.

Opinamos que el mero estudio del derecho positivo no puede agotar el análisis académico y menos el de los estudiosos del derecho colectivo o sindical, por su reconocido carácter de "informalidad".[11]

Ante una legislación restrictiva de la autonomía colectiva, especialmente de la huelga, no debe extrañar que se multipliquen las paralizaciones ilegales y que la autoridad negocie y trate de solucionar el conflicto antes de aplicar la normativa penal existente.

La situación anterior no es exclusiva de nuestro país, sino que ha sido recurrente en los inicios del derecho colectivo del trabajo y en su expansión a los funcionarios públicos. Sobre el particular, Oscar Hernández indica que la negociación colectiva de los funcionarios públicos comienza como una situación de hecho "reflejo del poder sindical emergente en algunos sectores de la administración pública, especialmente en las áreas de la salud y de la educación. Posteriormente tal tendencia comienza a institucionalizarse jurídicamente, produciéndose un tránsito paulatino de la concepción estatutaria del empleado público hacia una concepción laboralista del mismo.".[12]

Por lo anterior debemos concluir que si bien desde una perspectiva meramente positiva muchas de las huelgas que se producen fuera de la negociación reglada son ilegales, en la práctica las autoridades no han aplicado la restrictiva normativa existente y han preferido negociar con los trabajadores.

Este fenómeno se debe a razones de orden político, a la fuerza de los grupos negociadores - del sector salud y educación, entre otros- y a la inconveniencia de una legislación anticuada y excesivamente limitativa de un fenómeno social cada vez más aceptado y legitimado.[13]

Respecto de la fuerza vinculante de los "contratos colectivos atípicos", cabe precisar que su naturaleza "extralegislativa" e, inclusive, "ilegal", implica que el ordenamiento jurídico no les otorga validez de forma que las partes puedan exigir obligatoriamente su cumplimiento.

Esto no significa que estos contratos colectivos atípicos no se cumplan, por el contrario, generalmente las partes ejecutan escrupulosamente las obligaciones contenidas en los mismos, básicamente por las mismas razones que las llevaron a llegar a un acuerdo. Siempre existe la posibilidad de que los trabajadores recurran nuevamente a las paralizaciones en el caso de incumplimiento del acuerdo, lo cual refuerza su fuerza obligatoria.

Los efectos del contrato atípico serán los que las partes determinen. En los tres casos mencionados los acuerdos logrados tienen un amplio efecto normativo, característico de los contratos colectivos

[10] Ver párrafo 3.

[11] Ghezzi y Romagnoli, op. cit., pp. 13 y 20, destacan el hecho de que una de las características del derecho sindical es su desarrollo paralelo a la acción legislativa. Incluso señalan entre las fuentes "extralegislativas" del derecho sindical al contrato colectivo.

Por su parte, Albiol Montesinos y Sala Franco, op cit., p. 16, señalan que "Una característica esencial del derecho Sindical reside en que la efectividad de las normas en materia sindical es muy baja y su inaplicación muy frecuente. Consideraciones de oportunidad conducen en ocasiones a ello. La tendencia del Derecho Sindical a desarrollarse por medios extranormativos es muy notable. Así, por ejemplo, acciones de lucha sindical que en rigor son ilegítimas, acaban con frecuencia por no ser perseguidas, ...".

[12] Hernández -Alvarez, Oscar, "La negociación colectiva de los empleados públicos: Tránsito de la concepción estatutaria a la concepción laboralista", en *La Negociación Colectiva en América Latina*, Oscar Ermida Uriarte y Antonio Ojeda Avilés (editores), Ed. Trotta, Madrid, 1993, p. 85.

[13] Inclusive en paises desarrollados como Italia se concibe la huelga como un derecho de la personalidad, ver Persiani, op. cit., p. 127.

sindicales y un efecto obligatorio para los sujetos colectivos contratantes.

7. Diferencias con la contratación colectiva reglada

Existen muchas diferencias entre la contratación colectiva reglada típica y la contratación colectiva atípica:

1 - En cuanto a los sujetos, la contratación típica determina en forma precisa a los sujetos colectivos que negocian, incluso cuando se trata de trabajadores agrupados exclusivamente para negociar colectivamente.

Por el contrario, en la contratación atípica existe mayor flexibilidad en los sujetos colectivos negociadores.

2.- En la contratación típica existe obligación de negociar, por parte del empleador, cuando se trate de negociación a nivel de empresa y se cumplan los requisitos legales.

En la atípica la negociación es voluntaria para ambas partes.

3.- En la contratación típica el empleador está obligado a contratar, cuando se trate de negociación a nivel de empresa y se cumplan los requisitos legales.

En la atípica no existe obligación de contratar.

4.- El procedimiento en la contratación típica se encuentra expresamente detallado, lo que no ocurre en la atípica donde las partes acuerdan expresa o tácitamente el cómo, cuándo y dónde negociar.

5.- En cuanto al objeto, en la negociación típica la ley determina su contenido y establece expresa prohibición de negociar respecto de "aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma."[14].

La contratación atípica es más libre en cuanto al contenido de la negociación.

6.- En la contratación típica existe fuero para los involucrados en el proceso negociador, a diferencia de la negociación atípica.

7.- Hay casos, en la negociación típica, donde la ley contempla un arbitraje obligatorio para el caso de que las partes no logren un acuerdo.

En la contratación atípica no existe el arbitraje obligatorio.

8.- Al negociar un contrato colectivo típico, la normativa establece la posibilidad de que se recurra a medidas de autotutela colectiva, como la huelga y el cierre patronal, siempre que se den las condiciones legales.

En la negociación atípica las medidas de autotutela son ilegales.

Finalmente, creemos que de todas las diferencias enunciadas, dos son las más importantes. Por un lado, la amplitud de materias que puede abarcar la negociación atípica y, por otro, la utilización reiterada de las medidas de autotutela colectiva, especialmente las huelgas o paralizaciones.

8. Conclusiones

Aunque el desarrollo del derecho colectivo en nuestro país, desde sus inicios, ha excluido al sector público y a parte de las empresas del Estado, en forma paralela a la ley se han desarrollado procesos negociadores informales que han derivado en la suscripción de acuerdos de rango colectivo.

En estas líneas hemos reflexionado sobre las causas de este fenómeno, su naturaleza, contenido, efectos y diferencias con la contratación típica, analizando tres negociaciones informales ocurridas en el año 1996.

A continuación, haremos algunas reflexiones sobre estas negociaciones informales desde la óptica de la regulación legal, de los trabajadores, del Estado y de los probables terceros afectados.

El marco legal existente, restrictivo y punitivo, es

[14] Artículo 306, inciso segundo, del Código del Trabajo.



muy insuficiente e inadecuado. En las sociedades occidentales cada vez existe mayor consenso en cuanto a la amplitud de los derechos laborales de los trabajadores, sean del sector privado o público, los cuales han sido reconocidos en diversas legislaciones.

Sobre el particular, cabe precisar que se ha estimado adecuado reconocer dichos derechos y regular su actuación, a fin de salvaguardar los intereses públicos que pudieran verse afectados en las negociaciones.

Treu expresa que casi todos los países que reconocen la contratación colectiva en el sector público, establecen más mecanismos de control que en el sector privado, por razones históricas, por la naturaleza del empleador: el Estado, y por el tipo de intereses comprometidos.[15]

En Chile, por el contrario, nos encontramos con un esquema de legislación interventora de la autonomía colectiva en el sector privado, que excluye de plano al área pública, y que contempla una normativa penal tan exagerada y anacrónicamente punitiva que, en la práctica, no se aplica.

Pareciera que no existieran las negociaciones colectivas más allá del estrecho ámbito permitido en la ley. La realidad diaria desmiente lo anterior.

En general, a los trabajadores les convendrá más la negociación atípica, siempre que formen parte de un gremio organizado que al paralizar colectivamente pueda presionar al empleador o autoridad de que se trate, como ocurre, entre otros, con los trabajadores de la salud, de la educación, del sector municipal o del área transportes.

Otra ventaja para los trabajadores consiste en que, en los hechos, los referidos gremios eventualmente pueden ejercer medidas de autotutela para el caso de incumplimiento de lo acordado, lo cual está prohibido en la contratación típica, aún cuando no se de cumplimiento a un contrato colectivo de los regulados en el Código del Trabajo, caso en el cual los tribunales o un árbitro resolverán el conflicto.

Para el Estado, el cual hace las veces de empleador en estas situaciones, las negociaciones informales y las medidas de autotutela pueden ser altamente inconvenientes. En efecto, debemos recordar que el Estado debe velar por los intereses públicos, los cuales pueden verse comprometidos por las movilizaciones de los trabajadores, efectuadas sin los debidos resguardos.

Por otra parte, se inhibe de aplicar una legislación penal restrictiva, que no soluciona el conflicto y que no reconoce la legitimidad del derecho de negociación que los trabajadores han ganado en el presente siglo.

Por último, muchas de las movilizaciones pueden afectar derechos e intereses públicos, de terceros usuarios de servicios como la salud o la educación. Ante esta situación es urgente la sustitución de la legislación penal existente por una más moderna, de carácter laboral, que reconozca el derecho de negociar colectivamente a los sectores postergados en al actualidad, y que encauce el conflicto de la forma más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos y colectivos -de los trabajadores- en juego.

En la actualidad, se encuentra pendiente en el Congreso Nacional la aprobación del Convenio de la OIT Nº 151, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, de 1978, el cual constituirá un gran avance en esta materia.

De ser aprobado el referido Convenio, es un paso adelante pero no es suficiente, toda vez que se hace necesaria la dictación de un marco normativo -Constitucional y legal- regulatorio claro, que supere el temor a la negociación colectiva en el sector público y vele por los intereses generales y de los trabajadores.

[15] Treu citado por Zoppoli, Lorenzo, <<Autonomía collectiva e pubbliche amministrazioni>>, en *Letture di diritto sindicale*, al cuidado de Massimo D'Antona, Jovene, Nápoles, 1990, pp. 162-163.