

Universidad Adolfo Ibáñez
Facultad de Postgrado
Magíster en Derecho Laboral



MAGISTER EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

TIF

PRÁCTICAS DESLEALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CHRISTIAN ESPINOZA-MEDEL MEDEL
2023

ÍNDICE:

I) INTRODUCCIÓN.....	3
II) FUNDAMENTOS. LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA	4
III) PRÁCTICAS DESLEALES DEFINICIONES Y REGULACION.....	9
IV) PRÁCTICAS DESLEALES ANALISIS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA....	10
A) PRÁCTICAS DESLEALES DEL EMPLEADOR.....	11
B) PRÁCTICAS DESLEALES DE LOS TRABAJADORES Y ORGANIZACIONES SINDICALES	23
C) PRÁCTICAS DESLEALES DE LA EMPRESA PRINCIPAL.....	25
D) RÉGIMEN SANCIONATORIO.....	26
E) JURISPRUDENCIA.....	32
V) CASOS ESPECIALES O PRÁCTICAS NO TIPIFICADAS:	
SUBCONTRATACIÓN Y ART 306 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO COMO FUENTES DE PRÁCTICAS DESLEALES.....	41
VI) CONCLUSIONES	43
VII) BIBLIOGRAFÍA	45

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos las manifestaciones de un fenómeno indeseado, pero por lo visto en este estudio, bastante recurrente, en el contexto de las relaciones laborales colectivas, y nos referimos a las prácticas desleales que perjudican la eficacia o el cumplimiento de los fines propios de la negociación colectiva.

Para ello revisaremos en primer lugar las bases que están detrás de la prohibición de estas prácticas refiriéndonos brevemente al Derecho Fundamental de la Libertad Sindical y su reconocimiento internacional para contextualizar el valor jurídico de tutelar la eficacia de la negociación colectiva.

Luego enfocaremos el análisis en línea con las voces doctrinarias más autorizadas y los criterios jurisprudenciales destacados, para revisar como opera en la realidad el marco normativo que prescribe estas prácticas desleales. Repasaremos la forma en que nuestro legislador ha regulado dichas prácticas y expondremos ejemplos administrativos y judiciales que permiten constatar cómo se ha expresado la jurisprudencia al respecto.

A continuación, identificaremos otros ejemplos de prácticas desleales no tipificadas expresamente en el catálogo de nuestro ordenamiento jurídico y, basándonos en las experiencias jurisprudenciales analizaremos cual sería la forma más idónea de enfrentarlas, respondiendo en las conclusiones **QUE TAN EFICAZ ES LA REGULACIÓN VIGENTE EN EL COMBATE LAS PRÁCTICAS DESLEALES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.**

II. FUNDAMENTOS DETRÁS DE LA REGULACIÓN QUE PRESCRIBE LAS PRACTICAS DESLEALES: LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

En primer lugar, debemos reconocer que el orden laboral colectivo o sindical surge del reconocimiento por parte del Estado de las organizaciones de trabajadores y empleadores, así como de los acuerdos colectivos entre ellos. Esto incluye los mecanismos de presión esenciales para los trabajadores, como el derecho a la huelga. Así, el nacimiento del derecho del trabajo está íntimamente ligado al reconocimiento del sindicato como organización, la negociación colectiva, la huelga y los mecanismos de autotutela, lo que deja ver el rol fundamental de esta actividad¹.

Por tanto, el derecho colectivo implica la capacidad de organización de los actores sociales y la autonomía necesaria para negociar y establecer condiciones laborales para un grupo de personas. Lo cierto es que el poder organizado de los trabajadores es crucial para garantizar el cumplimiento de las normas, tanto colectivas como individuales. Esto subraya la importancia del reconocimiento de estos derechos en el ámbito social y destaca la efectividad práctica que tienen. Incluso con tribunales laborales eficientes y una autoridad fiscalizadora potente, la presión del colectivo es siempre más importante, y no sucumbe ante presiones por parte del empleador o del entorno, lo que demuestra, que los incumplimientos hacia los trabajadores pueden persistir, pero esto tiende a disminuir con un sindicato fuerte. Kahn-Freund afirmaba que, cuando los sindicatos son débiles, incluso las leyes más perfectas tienen poca influencia para cambiar las relaciones de poder entre empleadores y trabajadores. Por tanto, y aunque la legislación es importante en las relaciones laborales, es secundaria respecto de la creación espontánea

¹ Gamonal Contreras, Sergio, *Derecho colectivo del trabajo*, DER Ediciones Ltda, 2020, Santiago. p. 20.

producida por el poder social de los trabajadores organizados, que cumplen el rol de contrapeso a los empleadores².

Los autores más destacados³ enseñan que el declive sindical o las barreras que puedan imponerse a la libertad sindical, generan un incremento de las desigualdades, la paralización de los salarios e inciden en una menor participación política de los trabajadores⁴. Así, Schenk destaca la relación beneficiosa entre sindicalismo y el combate de las desigualdades⁵.

En base a lo dicho, se puede sostener que existe una estrecha correlación entre un sindicalismo fuerte e impuestos progresivos, programas exitosos de protección social y el desarrollo del derecho laboral, destacando el efecto expansivo del sindicalismo a nivel político, mejorando y profundizando la democracia⁶. De otro lado, el decaimiento del sindicalismo en diversos países desarrollados ha significado el desaparecimiento de la clase media y el aumento de las desigualdades⁷.

En este mismo sentido, apoyados en las palabras de Joseph Stiglitz, se puede decir que las sociedades desiguales no son eficientes y sus economías son inestables e insostenibles en el largo plazo: *“Cuando un grupo de intereses detenta demasiado poder, logra imponer las políticas que le benefician, en vez de las que beneficiarían a la sociedad en su conjunto. Cuando los más ricos utilizan su poder político para beneficiar en exceso a las grandes empresas que ellos mismos controlan, se desvían unos ingresos muy necesarios hacia los bolsillos de unos pocos, en vez de dedicarse en beneficio de la sociedad en general”*.

² *Ibidem*, p. 21.

³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Hayek y los sindicatos: Una visión crítica. *Ius et Praxis* [online]. 2017, vol.23, N.2, pp.295-326. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200295>, p. 296. Visitado el 01-11-2023.

⁴ Gamonal citando a Western y Rosenfeld, Gamonal, 2017, op. cit. p. 306.

⁵ *Ibidem*, p. 306.

⁶ *Ibidem*, p. 312.

⁷ *Ibidem*, p. 296.

Además, se debe tener presente la profunda asimetría de poder negociador que existe entre las partes de la relación laboral, lo que sitúa a la actividad sindical como el nivel de equilibrio casi necesario⁸. En palabras de Supiot: en el derecho del trabajo no se puede esperar que exista realmente una libre autonomía de la voluntad, porque el trabajador, muchas veces por necesidad, se encuentra forzado a aceptar las cláusulas o modificaciones del contrato impuestas por el empleador. En ese sentido el derecho laboral en general y la libertad sindical en particular, tienden a civilizar el poder empresarial equilibrando la relación de poder que existe en el trabajo⁹.

En efecto, el sindicato cumple un rol parcialmente democratizador en el lugar de trabajo, constituyendo un límite al poder empresarial, a nivel social y político y, además, es un contrapeso dentro de la empresa al poder de mando del empleador¹⁰, de modo que, el sindicato cumple un papel tanto a nivel general como específico dentro la sociedad.

LIBERTAD SINDICAL FUENTE INTERNACIONAL

Con lo expuesto, es clara la importancia que en el ámbito jurídico laboral tiene la actividad colectiva, la que a su vez hace necesario referirse a uno de sus pilares esenciales: La Libertad Sindical.

Se puede hallar su definición en el Convenio N°87 de la OIT sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, que en su artículo 2° dice: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tiene el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

En el mismo sentido se expresa el convenio N° 98 de la OIT sobre el derecho

⁸ *Ibidem*, p. 307.

⁹ Supiot, Alain, *Crítica del Derecho del Trabajo*, Ed. Ministerio del Trabajo Subdirección de publicaciones, Madrid 1996. p. 147.

¹⁰ *Ibidem*, p. 309.

de sindicación y de negociación colectiva, en su artículo 2°, en los siguientes términos: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración”. Ambos convenios ratificados por Chile¹¹.

También se refiere a esta libertad el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) aprobado por las Naciones Unidas el año 1966, que establece el “derecho” de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección. Lo mismo hace el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos que estatuye el “derecho” de asociarse libremente, fundar sindicatos y afiliarse a los mismos. En la misma línea la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de san José de Costa Rica” del año 1969, consagra el “derecho” a asociarse libremente con fines laborales¹².

Además, vale destacar que, en línea con la doctrina, en fallos judiciales se ha reconocido expresamente que la libertad sindical tiene tres prerrogativas como componentes principales y que constituyen su núcleo, las que consisten en el derecho a sindicarse, el derecho a negociar colectivamente y el derecho a huelga¹³.

Dentro de estos derechos, cabe hacer presente el derecho de Huelga, que es un derecho ampliamente reconocido, para lo cual, el Comité de Libertad Sindical afirmó que la huelga es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales (OIT, 2006, párrafo 250-253)¹⁴.

¹¹ Consejo de Administración de la OIT Libertad sindical, recopilación de decisiones y principio del comité de Libertad sindical, Quinta edición 2006.

¹² GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Manual de derecho Colectivo del Trabajo, Der Ediciones julio tercera edición, 2020, p.162.

¹³ UGARTE CATALDO, José Luis, “Huelga como Derecho Fundamental”, Anuario de Derecho Público UDP, 2008, p. 197.

¹⁴ Consejo de Administración de la OIT Libertad sindical, op. cit.

Además, este comité indica “que el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales, en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que estas restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias”¹⁵.

EN NUESTRO PAÍS la libertad sindical se encuentra ampliamente consagrada en la Constitución ¹⁶ y las prácticas antisindicales o desleales se encuentran prohibidas por el Código del Trabajo y sancionadas por medio del procedimiento de tutela (arts. 289, 403 y 485 a 495 del Código del Trabajo)¹⁷.

La Libertad Sindical se defiende a través del procedimiento de Tutela de los Derechos Fundamentales, de conformidad a lo prescrito en el artículo 292 con relación al artículo 485 del Código del Trabajo, que figura en el libro III y IV del Código del Trabajo, de los cuales conocen los jueces del trabajo o de letras en donde no se encuentran tribunales especializados. A su vez, a la Dirección del Trabajo le corresponde denunciar al tribunal competente sobre los hechos constitutivos de tales prácticas y de los cuales tome conocimiento.

Antes de continuar y a modo de contexto es útil señalar brevemente que la **NEGOCIACIÓN COLECTIVA** es el proceso en que este derecho a la Libertad Sindical se materializa de manera significativa, y comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones

¹⁵ OIT “La libertad sindical” 6° ed. Ginebra, 2008, p.157.

¹⁶ *Constitución Política de la República, en los artículos 19 número 16 y 19.*

¹⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Daños Punitivos Y Prácticas Antisindicales”. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 24(1), 2017, 223-244. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000100223>

y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez¹⁸.

Así las cosas, habría que agregar que la libertad sindical, es un derecho fundamental inherente a la democracia, en donde se permite no tan solo constituir sindicatos, sino que promocionar la actividad sindical. En nuestro país existen diversas instituciones tanto públicas como privadas que se encargan de la difusión sindical, entre las cuales, podemos destacar la labor de la Asociación Gremial de abogadas y abogados Laboralistas de Chile, publicaciones especializadas y las Inspecciones Comunales y/o Provinciales del Trabajo, desplegadas en distintas unidades a lo largo de nuestro país, en donde se difunde el beneficio de ejercer la actividad sindical dentro de las empresas.

III. PRÁCTICAS DESLEALES, DEFINICIONES Y REGULACIÓN

La ley N° 20.940, promulgada el 8 de septiembre de 2016, marcó un avance inicial en la modernización de las relaciones laborales en las negociaciones colectivas. Esta ley busca priorizar el diálogo entre las partes involucradas y mejorar la regulación de los mecanismos de mediación y arbitraje. Además de reconocer la presencia de conflictos en estas relaciones, la normativa tiene como objetivo principal que este proceso se lleve a cabo en un ambiente de respeto y armonía. Vale destacar que el legislador enfatiza la naturaleza objetiva de los actos que vulneran la libertad sindical y sus consecuencias perjudiciales para este derecho fundamental, más allá de la intención detrás de los actos¹⁹.

Nuestro sistema jurídico distingue entre **prácticas antisindicales** que describen las acciones que atentan contra la libertad sindical, reguladas entre los artículo 289 al 294 bis del Código del Trabajo, y por otra parte, las **prácticas desleales** que son las acciones que entorpecen la negociación colectiva en todas

¹⁸ Convenio número 154, sobre la negociación colectiva, año 1981 de la OIT.

¹⁹ FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia. “**Breves notas sobre la Ley N°20940 que moderniza el sistema de relaciones laborales**”, Revista actualidad jurídica N° 35, 2016, Universidad del desarrollo, p.57.

sus formas y están reguladas entre los artículos 403 al 407 del Código del Trabajo²⁰, siendo titulares, en este caso, de la acción de tutela judicial cualquier trabajador u organización sindical, que invoque un interés legítimo, y que se encuentre en posición de ser lesionado y que se requiera de protección, según el artículo 486 inciso 1° del mismo código²¹.

Pese a la distinción legislativa recién expuesta entre prácticas antisindicales y prácticas desleales, creemos que en realidad ambos grupos de normas deben entenderse de manera unitaria ya que, en conjunto, tutelan las dos dimensiones de la libertad sindical, esto es, su faz orgánica y funcional. Por lo anterior, siguiendo a la doctrina más autorizada, defendemos un concepto amplio de las prácticas desleales en nuestro ordenamiento jurídico entendiendo por tales *toda acción u omisión que atente contra la libertad sindical, especialmente aquellas que afecten la negociación colectiva, sus procedimientos y el derecho a huelga*²².

Dicho lo anterior, y solo para los fines de este trabajo, revisaremos lo que nuestro legislador denominó **prácticas desleales en la negociación colectiva** de trabajadores, definiéndolas como acciones que entorpecen la negociación colectiva y su procedimiento²³. Entonces se considera práctica desleal cualquier conducta tanto por parte del empleador, los trabajadores o el sindicato o de la empresa principal, que tenga por objeto atentar en contra de la negociación colectiva o entorpecerla deliberadamente²⁴.

²⁰ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. "La Tutela Jurisdiccional De La Libertad Sindical". Revista de derecho (Valdivia), (2006), p. 77-104. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100004>

²¹ Sin perjuicio de lo anterior, ya el artículo 215 del CdT –que encuentra sus antecedentes inmediatos en el DL N° 2.756 de 1979– consagra una norma amplia de tutela de la libertad sindical al prescribir que: "No se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales". Con todo, como se desprende de la lectura de la disposición transcrita, el enfoque de la norma protectora se circunscribe básicamente al aspecto orgánico de la libertad sindical y prohíbe, en general, los actos de discriminación sindical en términos similares a los previstos por los artículos 1 y 2 del Convenio N° 98 de la OIT.

²² Caamaño, 2006, op. cit. p. 78.

²³ Art. 403 y ss del CT.

²⁴ Gamonal, 2017. op. cit. p. 225.

Estas prácticas pueden perjudicar los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, así como distorsionar el proceso de negociación.

IV. PRÁCTICAS DESLEALES, ANALISIS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

A) PRÁCTICAS DESLEALES DEL EMPLEADOR (Art. 403):

El **artículo 403** del Código del Trabajo, trata las prácticas desleales como una figura genérica, es decir, como una acción propiamente de la empresa, tratando de intervenir con una conducta positiva de entorpecer, estorbar, obstruir, el proceso de la negociación colectiva, por ende, en esta ocasión, no existe lugar a la omisión.

Este artículo, trata el siguiente listado a modo de referencia.

a) La ejecución durante el proceso de la negociación colectiva de acciones que impliquen una vulneración al principio de buena fe que afecten el normal desarrollo de la misma.

El principio de buena fe tiene una importancia significativa, ya que la regulación sobre el proceso de la negociación colectiva, parte refiriéndose a éste concepto en el libro IV, en su artículo 303 que dice:

“Art. 303: Las partes deben negociar de buena fe, cumpliendo con las obligaciones y plazos previstos en las disposiciones siguientes, sin poner obstáculos que limiten las opciones de entendimiento entre ambas”.

Así las cosas, la Dirección del Trabajo en su ordinario N° 5781/093, de fecha 01 de diciembre del 2016²⁵, informa el sentido y alcance de la ley N° 20.940, en lo referido a las reglas generales y procedimiento de negociación colectiva, refiriéndose al principio de buena fe señalando que: “El principio de la buena fe le otorga sentido común y buen espíritu a la forma como se debe desarrollar el proceso

²⁵ Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-110632.html>

de negociación colectiva, y envuelve una serie de deberes aplicables a la misma que exige a las partes actuar rectamente, de manera honrada y leal, tal como resulta con el deber de participar de las instancias de la negociación colectiva. Así, la buena fe se traducirá, en este caso, en el hecho que las partes concurran a las distintas instancias de negociación con una perspectiva abierta, seria y razonablemente dispuesta a alcanzar una solución justa y consensuada”.

Asimismo, la doctrina ha puesto énfasis en sancionar todas las conductas que dificulten o dilaten la negociación, donde se pone hincapié, en el comportamiento externo del sujeto²⁶.

b) La negativa a recibir a la comisión negociadora de el o los sindicatos negociantes o a negociar con ellos en los plazos y condiciones que establece este libro.

En este sentido el artículo 329 inciso 2° dice: “Si el empleador se negare a recibir o certificar la recepción del proyecto, el sindicato deberá requerir a la Inspección del Trabajo, dentro de los tres días siguientes a la negativa, para que notifique el proyecto de contrato al empleador en el más breve plazo”.

c) El incumplimiento de la obligación de suministrar la información señalada en los términos de los artículos 315 y siguientes, tanto en la oportunidad como en la autenticidad de la información entregada.

En este sentido la Dirección del Trabajo en su Dictamen Ordinario N° 5935/096 de fecha 13 de diciembre del 2016²⁷, señala que este “Es un derecho de naturaleza instrumental a la acción sindical colectiva, que constituye a su vez una libertad pública de dimensión prestacional, otorgando derechos y facultades a los representantes de los trabajadores para ser informados, informarse e informar sobre un conjunto determinado de hechos, datos o noticias relativas a la actividad económica, productiva, comercial, laboral y, en general, cualquier otra información

²⁶ Caamaño, 2006. *op. cit.* p. 78.

²⁷ Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-110698.html>

sobre el giro y actividad de la empresa necesaria para el ejercicio de su función representativa en un contexto de auto tutela, control, consulta y negociación frente al ejercicio de los poderes empresariales, enmarcado en el contenido de un derecho fundamental: la libertad sindical”.

Sin embargo la experiencia nos ha enseñado que respecto de esta información existe poca disposición para un traspaso claro²⁸.

El derecho de información es crucial para equilibrar las expectativas del sindicato con la situación real de la empresa y el mercado, siendo un factor importante para lograr negociaciones justas. Además, este derecho ha mostrado ser muy útil para prevenir y resolver conflictos colectivos de manera más efectiva²⁹.

El Convenio 135 de la OIT establece que “los representantes de los trabajadores deben disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones”. Este concepto jurídico indeterminado ha de ser valorado en términos de suficiencia para el desempeño de una actividad sindical que se caracteriza por dos atributos: rápida y eficaz³⁰.

En forma más concreta, informar “es permitir el acceso a datos inherentes a la actividad y al funcionamiento de la empresa, en poder del empresario como titular de la organización, y que son naturalmente desconocidos por los trabajadores, pese a que resultan imprescindibles para el desarrollo de una actividad sindical en sentido amplio, como quiera que ésta se configure”³¹.

Es relevante también que, para que haya efectividad en la satisfacción de este derecho de información, se exige también que los representantes de los trabajadores puedan comprender y asimilar los múltiples y diversos datos e

²⁸ PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. “Modelo analítico del derecho de información de los representantes de los trabajadores y valoración de su reconocimiento en Chile”, *Revista latinoamericana de derecho social*, 26, 2018, 117-154. Disponible en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2018.26.11861>

²⁹ *Ibidem*, p. 128.

³⁰ *Ibidem*, p. 129.

³¹ GARRIDO, Eva, “La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores”, España, Consejo Económico y Social, 1995, p. 27

informaciones que reciben. Entonces se debe tener presente que los dirigentes no son especialistas en todas las materias sobre las que se les puede informar, por lo que aparece como complemento necesario el recurso a expertos —que puedan estudiar, clarificar y verificar una determinada información— como una medida instrumental idónea para alcanzar la referida efectividad. En algunos sistemas jurídicos, como el alemán, los servicios de estos expertos deben ser pagados por el empleador, entendiéndose que ello es garantía de la participación de los trabajadores, practica que podría aplicarse perfectamente en Chile³².

La eficacia del derecho de información en Chile se ve limitada principalmente por su alcance subjetivo. La ley establece que solo los sindicatos, especialmente los de empresa o aquellos con derecho a negociar colectivamente, tienen acceso a este derecho. Sin embargo, dado que es bajo el porcentaje de las empresas en el país cuentan con sindicatos activos y no se prevén otros medios de representación para los trabajadores en empresas sin sindicatos, la aplicación práctica de este derecho se ve considerablemente afectada. En efecto, la legislación chilena no contempla, como sí ocurre en otros sistemas normativos, fórmulas ad hoc para canalizar información en empresas sin sindicato, como podrían ser las representaciones unitarias³³.

Desde su alcance objetivo, del derecho de información la regulación legal distingue entre el derecho de información periódica, el derecho de información específica para la negociación colectiva, y el derecho de información por cargos o funciones de los trabajadores distinguiendo algunas materias a informar en cada caso según el tamaño de la empresa. Lamentablemente, la ley ha dejado fuera, informaciones de corte laboral (por ejemplo, sobre contratación y subcontratación, o sobre ciertas vicisitudes contractuales) y otras específicas que suelen contenerse en legislaciones de otros países con sistemas laborales más avanzados. En efecto, urge el reconocimiento legal de otros derechos de información específicos, por ejemplo, en supuestos de transmisión de empresas, donde la información es

³² PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. *“Modelo analítico...” op. cit. p. 137*

³³ *Ibidem*, p. 147.

esencial para la identificación de los titulares de las mismas y la efectividad del ejercicio de los derechos laborales³⁴.

Además la regla establece estrictamente las manifestaciones del derecho de información, descartando una regla más o menos genérica de información, que permita cierta laxitud respecto de supuestos no previstos por el legislador y que pueda aclarar la interpretación en casos complejos.

Así las cosas, es improbable que el derecho de información vaya a mejorar por vía de la autonomía colectiva, considerando el contenido limitado de los instrumentos colectivos y la pobre cobertura de la negociación colectiva en Chile.

Entonces, inciden negativamente en el derecho de información la falta de garantías suficientes del carácter fidedigno de la información que se entrega a los representantes sindicales, tampoco se regula la forma de transmisión de la información, al igual que no se concede el acceso a expertos para favorecer la comprensión de informaciones técnicas o complejas. Por otra parte, el empresario mantiene su facultad de calificar cierta información como confidencial según su arbitrio (aquella que incida en la política futura de inversiones de la empresa), sin que pueda verificarse que dicha decisión obedezca a criterios objetivos³⁵.

Con todo, la principal dificultad para la eficacia del derecho de información de los sindicatos viene dada por las sanciones que se prevén frente al incumplimiento del deber correlativo del empresario. Si bien la norma contempla la posibilidad de requerir información por vía administrativa y judicial, la negativa a proporcionar la información contemplada en la ley sólo configura una práctica antisindical, cuyos efectos no siempre serán lo suficientemente disuasivos del incumplimiento. En efecto, la infracción de este derecho no afecta la validez o procedencia de los actos empresariales que se informan, consolidándose la falta de

³⁴ *Ibidem*, p. 148.

³⁵ *Ibidem*, p. 149.

información sensible y útil para la posición negociadora de los trabajadores en la mesa³⁶.

En síntesis, aun cuando se ha constatado que la falta de entrega de información es una infracción empresarial recurrente, es previsible que se mantendrán prácticas de evasión a su respecto, considerando que las sanciones aplicables no tienen poder disuasorio suficiente y que el último caso quedará asentada la información entregada por la empleadora³⁷.

d) El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del título IV de este libro.

Además esta regla aparece también en los incisos 2º y 4º del artículo 345 del Código del Trabajo (en adelante CT), donde se prohíbe expresamente el reemplazo de los trabajadores en huelga, constituyendo la infracción de esta prohibición una práctica desleal grave, que faculta la intervención directa de la Inspección del Trabajo.

Sin embargo, hay que tener presente que, en el escenario de una negociación colectiva, el empleador podrá modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las adecuaciones necesarias con el objeto de asegurar que los trabajadores no involucrados en la huelga puedan ejecutar las funciones convenidas en sus contratos de trabajo, sin que constituya práctica desleal ni importe una infracción a la prohibición de reemplazo³⁸.

En este sentido vale destacar que la Dirección del Trabajo en su ordinario N° 441/0007 de fecha 25 de enero del 2017³⁹, informa el sentido y alcance de la

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 150.

³⁸ Art. 403 letra D) Código del Trabajo.

³⁹ Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-110993.html>

modificación de horarios y turnos de trabajo, indicando que “la norma alude a la posibilidad de alterar la regulación que las partes hayan establecido respecto del horario del trabajo, entendido éste como el cuadro indicador de las horas en que se ejecutan las funciones correspondientes. Asimismo, queda permitido modificar el sistema de turnos a los que pertenecen los trabajadores que no están participando de la huelga, debiendo entenderse por “turno de trabajo”, el conjunto de trabajadores que desempeñan su actividad al mismo tiempo, según un orden establecido”.

Luego, sobre este mismo punto, la Dirección del Trabajo en su ordinario N° 4605 de fecha 31 de agosto del 2018⁴⁰, agrega: “Que si bien, el empleador puede ejercer las facultades de administración contempladas por ley en materia de modificación de horarios y turnos, en ningún caso puede, en virtud de estas alteraciones, exceder los máximos diarios y semanales establecidos en la normativa que rige la jornada de trabajo, debiendo cumplir con los demás disposiciones legales pertinentes”.

Además, la Dirección del Trabajo en su ordinario N° 448/6, de fecha 24 de enero del 2018⁴¹, informa el sentido y alcance de la expresión “reemplazo”, y de la utilización de sistemas de automatización y medios tecnológicos en actividades productivas cuyos trabajadores se encuentren en huelga y señala que: “El “reemplazo” de los trabajadores en huelga puede ser realizado materialmente por personas o a través de máquinas, dispositivos o medios tecnológicos, en tanto, lo que interesa para estos efectos es la situación de las funciones o labores del trabajador en huelga y el resultado lesivo de la actuación empresarial, siendo indiferente el medio utilizado. Cabe hacer presente, que la figura ilícita se delimita en función de la acción de sustituir (reemplazar) y no en base al medio (personas o medios tecnológicos) a través del cual se materializa la conducta. Los medios

⁴⁰ Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-115834.html>

⁴¹ Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-114390.html>

corresponden a circunstancias que rodean la conducta infractora y la norma, en este caso, no lo limita a uno u otro”.

Analizados los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo destaca la interpretación omnicomprendensiva de toda conducta empresarial que conlleve una sustitución de la función de los trabajadores en huelga, cualquiera sea el medio utilizado para ello.

En línea con la doctrina más reciente⁴² podemos sostener que, la norma no se circunscribe a uno de los supuestos específicos de reemplazo, por lo que una lectura respetuosa del derecho fundamental de huelga, nos debe llevar a concluir que la prohibición engloba cualquier clase de reemplazo, independientemente del medio utilizado para ello, por tanto, debemos entender que la prohibición engloba tanto la figura de reemplazo externo como interno. Es decir, la prohibición impide sustituir a los huelguistas, tanto por trabajadores no vinculados a la empresa como por trabajadores de la misma que no han secundado la huelga.

Para que esta garantía sea efectiva, la prohibición de reemplazo se debe entender como omnicomprendensiva de diversas conductas empresariales que persiguen, por distintos medios, dar continuidad al proceso productivo durante la huelga⁴³.

En este caso, podemos referirnos a un estudio reciente de la profesora Karla Varas, en que analiza las sentencias que resolvieron disputas respecto de prácticas antisindicales por reemplazo de trabajadores en huelga entre los años 2017 a 2022, que aborda la necesidad de esclarecer los alcances de la prohibición de reemplazo, en específico, si se refiere tanto al reemplazo externo como interno, así como al denominado reemplazo tecnológico.

⁴² VARAS-MARCHANT, Karla. “Huelga y reemplazo: un estudio jurisprudencial en materia de reemplazo de trabajadores en huelga”. *Revista de derecho, Valdivia*, 36(2), 2023, p. 9-28. Disponible en internet en: <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502023000200009>

⁴³ VARAS-MARCHANT, Karla. “Huelga y reemplazo...” 2023, op. cit. p. 16.

JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia entiende que la figura proscrita es el reemplazo, tanto externo como interno, ya que el vocablo “reemplazo”, de acuerdo con la RAE, significa “sustitución de una persona o cosa por otra”. En ese sentido, si la prohibición de reemplazo se refiriese solo a la prohibición de contratación, se privaría a la huelga de su fuerza y eficacia⁴⁴.

Asimismo, del análisis efectuado, se observa consenso en torno a que lo prohibido es el reemplazo de la función, existiendo en algunos casos criterios bien estrictos, en el sentido de que para configurar el ilícito se debe acreditar el reemplazo de la función concreta y específica que desarrollan los huelguistas.

Un aspecto central del debate en materia de reemplazo, es el carácter polifuncional de algunos contratos, lo que podría conducir a que los trabajadores no huelguistas sean dirigidos por el empleador a ejecutar las labores de los adheridos a la huelga, argumentando que dichas funciones ya estarían contenidas en los contratos de trabajo y sería legítimo que estos ejecuten las labores de los huelguistas. Para resolver esta cuestión, el criterio determinante construido por la jurisprudencia es el de la habitualidad de las funciones, el que está íntimamente vinculado con el principio de primacía de la realidad. Entonces, si las funciones asignadas a los no huelguistas las desarrollaban de forma habitual antes de la huelga, la reorganización funcional realizada por el empleador no será calificada como práctica desleal. Por el contrario, si las funciones asignadas no son habituales, habrá reemplazo interno y, por esta razón, una práctica desleal grave⁴⁵.

En otro caso, la jurisprudencia ha resuelto también, que hay reemplazo interno cuando se asigna a los trabajadores que integran el equipo de emergencia

⁴⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 23.

funciones que están fuera de los servicios mínimos. Se trata de un caso interesante, ya que el reemplazo se materializa con los propios trabajadores huelguistas⁴⁶.

Otra problemática importante en este tema, radica en determinar si es lícito para el empleador utilizar herramientas tecnológicas o de automatización, para la ejecución de las funciones propias de los trabajadores en huelga. Nuevamente se ponen en tensión las potestades de dirección y administración del empleador, que emanan de los derechos de libertad de empresa y propiedad, con el derecho de huelga⁴⁷.

La Dirección del Trabajo ha determinado en qué casos estaríamos ante un abuso o extralimitación de dichas facultades. En primer lugar, se pone en el supuesto que el empleador utilice tecnologías durante la huelga, respecto de las labores desarrolladas por trabajadores que no son parte del proceso de negociación colectiva. Señala que, si el uso de esas tecnologías supone una mayor intensidad del trabajo de los no huelguistas, habrá una vulneración del derecho de huelga. El razonamiento que está detrás de este criterio, es que el empleador recurre a estas tecnologías que intensifican el trabajo de los no huelguistas, a propósito de la huelga, con el fin de neutralizar sus efectos. Lógicamente, si se tratase de tecnología que es utilizada de forma habitual, no estaría en debate su licitud. En segundo lugar, la Dirección del Trabajo señala que está vedado el uso inusual o no habitual de tecnología informática y mecanismos automatizados en el proceso productivo –sea propio o externalizado–, para cubrir todo o parte de las tareas que corresponden a los trabajadores en huelga. En este caso, el uso de esa tecnología está precisamente destinado a reemplazar la función de los trabajadores en huelga, y dar plena continuidad al proceso productivo, anulando por completo aquel derecho fundamental⁴⁸.

Esta conducta lesiva se configuraría, incluso, si la nueva tecnología automatizada, se incorpora durante la inminencia de una huelga (previo a ella) o,

⁴⁶ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 21.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 21.

existiendo ya un sistema automatizado, se redobla el rendimiento o se extiende a operaciones no habituales, a efectos de cubrir todo o parte de las funciones que se verán cesadas o disminuidas con el ejercicio de la huelga. En definitiva, cuando se introduce nueva tecnología; o se emplea de forma inusual tecnología ya instalada en la empresa; o se aumenta y mejora su rendimiento, o se extiende a operaciones no habituales, el empleador está dando continuidad a la producción, mermando la capacidad de presión del derecho de huelga, y, por esta razón, incurriendo en una práctica desleal al ejercer una acción que entorpece la negociación colectiva, que transgrede el principio de buena fe y que infringe la prohibición de reemplazo⁴⁹.

Del análisis de la jurisprudencia administrativa y judicial, se concluye que la prohibición de reemplazo es amplia, y que la finalidad que está detrás es dotar a la huelga de efectividad. En ese contexto, la Dirección del Trabajo ha resuelto que **lo prohibido es el reemplazo de la función que realiza el trabajador en huelga**, por lo que **no resultaría lícito al empleador: (1) disponer de una determinada y específica máquina de la empresa que era manipulada por un trabajador en huelga; (2) modificar las funciones de los trabajadores no huelguistas para que ejecuten labores de los huelguistas; (3) intensificar el trabajo de los no huelguistas con el uso de tecnologías; (4) el uso inusual o no habitual de tecnologías informáticas y mecanismos automatizados en el proceso productivo para cubrir todo o parte de las tareas de los huelguistas y, (5) aumentar o mejorar el rendimiento de tecnología automatizada ya existente en la empresa**. La jurisprudencia judicial, en tanto, también ha entendido que la figura prohibida es el reemplazo externo e interno, ya que si se limitara únicamente a la contratación de nuevos trabajadores, se privaría a la huelga de su fuerza y eficacia. En términos generales, la jurisprudencia entiende que el reemplazo de los trabajadores en huelga puede verificarse por diversos medios, entre los que destaca: la contratación de nuevos trabajadores, la destinación de trabajadores no huelguistas, la asignación de mayor carga de trabajo, etc.⁵⁰.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 26.

Desde la **jurisprudencia judicial**, el criterio dominante es el que entiende que **la conducta prohibida dice relación con el reemplazo de la función**, cuestión que se puede verificar mediante diversos mecanismos, no solo el recurso a personal externo.

En conclusión, la prohibición de reemplazo establecida en el Código del Trabajo comprende el reemplazo externo, el interno y el tecnológico según los criterios de funcionalidad y habitualidad.

e) El cambio de establecimiento en que deben prestar servicios los trabajadores no involucrados en la huelga para reemplazar a los trabajadores que participan en ella.

Tanto las letras d) y e) se encuentran en relación con la prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga, donde esta conducta se encuentra prohibida por el artículo 345 inciso 2° y sancionada por el inciso 4° del mismo numeral.

La Dirección del Trabajo en su ordinario N° 441/0007⁵¹, de fecha 25 de enero del 2017, informa el sentido y alcance del derecho a huelga en la negociación colectiva reglada, y en conjunto con el ordinario N° 4037/70 del 03 de agosto del 2016, ha destacado que “la libertad Sindical es un derecho fundamental de los trabajadores y por ende, se erige como límite de las facultades empresariales, razón por la cual el intérprete ha de otorgar igual relevancia al derecho de huelga desde que éste forma parte ineludible de dicha libertad”.

Igualmente, en materia de subcontratación el artículo 405 del código del trabajo señala que se encuentra prohibida “la contratación directa o indirecta de los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista por parte de la empresa principal, la que será considerada práctica desleal”.

⁵¹ Disponible en internet: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-110993_recurso_1.pdf

- f) Ofrecer, otorgar o convenir individualmente aumentos de remuneraciones o beneficios a los trabajadores sindicalizados, durante el período en que se desarrolla la negociación colectiva de su sindicato.**

Este caso, es contrario a la buena fe negocial, ya que afecta la integración del colectivo social, por ende, desvirtúa su sentido y alcance, ya que permite abrir un flanco que es la negociación individual por parte del trabajador, en desmedro del grupo, perdiendo completamente la fuerza.

- e) El ejercicio de fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante la negociación colectiva.**

En relación a esta figura, es del caso decir, que el legislador sanciona estas prácticas desleales con independencia de si las conductas son sancionadas como faltas, simple delitos o crímenes. Artículo 406 inciso final.

B) PRÁCTICAS DESLEALES DE LOS TRABAJADORES, DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES Y DEL EMPLEADOR (Art. 404):

El artículo 404 inciso 1° del Código del Trabajo contempla ciertos ilícitos que tienen como autor a los trabajadores, o al sindicato o bien, a estos actuando en interacción con el empleador, en su caso; de esta relación se puede ver extendida en cualquiera de sus grados, y dice:

Art. 404: “Serán también consideradas prácticas desleales del trabajador, de las organizaciones sindicales o de estos y del empleador, en su caso, las acciones que entorpezcan la negociación colectiva o sus procedimientos:

- a) La ejecución durante el proceso de la negociación colectiva de acciones que impliquen una vulneración al principio de buena fe que afecte el normal desarrollo de la misma.
- b) El acuerdo para la ejecución de prácticas atentatorias contra la negociación colectiva y sus procedimientos, en conformidad a las

disposiciones precedentes, y los que presionen física o moralmente al empleador para inducirlo a ejecutar tales actos.

- c) La **divulgación a terceros ajenos a la negociación de los documentos o la información recibida del empleador y que tengan el carácter de confidencial o reservada.**
- d) El incumplimiento del deber de proveer el o los equipos de emergencia que fueron concordados por las partes o dispuestos por la autoridad competente, según corresponda.
- e) El ejercicio de fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante la negociación colectiva.
- f) Impedir durante la huelga, por medio de la fuerza, el ingreso o la empresa del personal directivo de trabajadores no involucrados en ella.

En este caso, se puede destacar a modo de referencia judicial el fallo en causa de tutela RIT: S-6-2021, del JL. Copiapó⁵².

El juez laboral, ordenó la sanción al sindicato por no cumplir con lo decretado por el tribunal previamente, luego de que un receptor judicial constatará la interrupción de las vías de acceso a la Mina Caserones y las rutas interiores que conectan el campamento con las áreas industriales de la denunciante, la Empresa Minera Lumina Copper Chile.

“Atendido el mérito de la solicitud presentada y los documentos acompañados a ésta, de los cuales se desprende indefectiblemente, que el denunciado no ha cumplido con lo decretado por este Tribunal con fecha 12 de agosto de 2021, **teniendo presente además que el ejercicio de fuerza física en las cosas y en las personas**, durante la negociación colectiva, se encuentran expresamente proscritos conforme a lo dispuesto en el artículo 404 letras e) y f) del Código del Trabajo y, en uso de las facultades que me confiere el artículo 492 del Código del Trabajo, aplicase al **SINDICATO DE TRABAJADORES DE EMPRESA MINERA LUMINA COPPER CHILE, MINA CASERONES**, una segunda MULTA a

⁵² <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/noticias-del-poder-judicial/61574>

beneficio fiscal de 100 Unidades Tributarias Mensuales, bajo apercibimiento de repetirse aquella, hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada en su oportunidad”.

En sentido contrario Rit S-40-2021, seguidos ante el Segundo Juzgado de Letras de Santiago, por sentencia de cinco de abril de dos mil veintitrés, se rechazó la denuncia sobre prácticas antisindicales deducida por Isapre Nueva Mas Vida S.A. con Sindicato Nacional de Isapre Nueva Mas Vida, con fundamento en que se pudo descartar la fuerza física o moral en las personas. Expresa que, en especial de los videos aportados, no se observa que los huelguistas hubiesen afectado físicamente a los trabajadores que no estaban en huelga o a los afiliados, constando únicamente que ingresaron a la sucursal con pancartas, pitos y globos, haciendo ruido, hablando con un micrófono, pero tal acción no superó los dos minutos por los manifestantes y que pese a que los testigos declararon que hubo violencia física, tales dichos no aparecen corroborados con las imágenes aportadas por la propia demandante.

Lo que refleja que el origen de las prácticas desleales puede venir desde cualquiera de las partes y el ordenamiento tiende a que la instancia de negociación colectiva sea eficaz reprimiendo sus vicios imparcialmente, siendo el criterio determinante la existencia o no de fuerza en las cosas o en las personas.

C) PRÁCTICAS DESLEALES DE LA EMPRESA PRINCIPAL (Art. 405):

El artículo 405 del Código del Trabajo indica: “La contratación directa o indirecta de los trabajadores en huelga de una empresa contratista o subcontratista por parte de la empresa principal será considerada práctica desleal”.

Este artículo hace imputable a la empresa principal o mandante, las conductas propias por la contratación de trabajadores de una acción directa o indirectamente, en un régimen de trabajo de subcontratación, donde se refuerza la garantía del derecho de huelga y la prohibición del reemplazo.

Es decir, aquí se sanciona la contratación directa de trabajadores, a diferencia de las demás prácticas antisindicales que se refieren a conductas directas del empleador, y que se encuentran registradas bajo la premisa de “no hacer”.

Asimismo, se encuentra expresamente prohibido que la empresa principal, en el proceso de negociación colectiva, contrate a los trabajadores que son parte de la huelga.

D) RÉGIMEN SANCIONATORIO (Art. 406).

Conforme al artículo 406 del Código del Trabajo, las prácticas desleales se sancionan de la siguiente manera:

1. En la micro empresa con multa de 5 a 25 UTM
2. En la pequeña empresa con multa de 10 a 50 UTM
3. En la mediana empresa con multa de 15 a 150 UTM
4. En la gran empresa con multa de 20 a 300 UTM

El artículo 406 inciso 3°, dispone de un régimen sancionatorio especial, a saber:

- 1.- Práctica desleal de la letra d) del 403, el reemplazo de trabajadores en huelga, dentro del procedimiento de negociación reglada.
- 2.- Práctica desleal letra d) del 404, el incumplimiento de proveer los equipos de emergencia, o los dispuestos por la autoridad.

Estas conductas serán sancionadas con la siguiente multa por cada trabajador involucrado, a saber:

- 1.- En la micro y pequeña empresa multa 1 a 10 UTM.

2.- En la mediana empresa 5 a 50 UTM.

3.- En la empresa 10 a 100 UTM.

En caso de reincidencia, cuando se trata de medianas y grandes empresas, estas prácticas serán sancionada de conformidad al artículo 506 inciso 6° del código, y los rangos se pueden duplicar y triplicar.

En cuanto al destino de las multas, el artículo 406 inciso 5° establece que serán en beneficio del Fondo de Formación Sindical y Relaciones Laborales Colaborativas, administrado por el Ministerio del Trabajo.

La Dirección del Trabajo en su ordinario N° 999/27, de fecha 2 de marzo del 2017⁵³, informa el sentido y alcance de las normas sancionatorias de las prácticas desleales en la negociación colectiva, e indica lo que sigue: “Valga indicar que, con relación a lo dispuesto en el artículo 400, referido a las medidas de reparación en caso de la denuncia contemplada en el artículo 345 del código de Trabajo, por infracción a la prohibición de reemplazo de trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, el tribunal competente podrá disponer una indemnización del daño causado a los afectados por la infracción, además de la multa ya mencionada anteriormente, en caso comprobarse la práctica desleal de la letra d) del 403 del código del ramo”.

Un aspecto relevante que debemos mencionar son las implicancias de las reglas sobre la prueba que aplican en esta materia, donde por disposición legal, las acciones judiciales son sustanciadas en procedimiento de tutela, rigiendo en favor del denunciante la regla de la prueba de indicios del art. 493⁵⁴.

⁵³ Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-111235.html>

⁵⁴ ART. 493: Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

D.1- DEBER DE REGISTRO Y PUBLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS

El rol del denunciante de las Inspecciones del Trabajo, los artículos 294 bis, respecto de las prácticas antisindicales y 407 inciso final del Código del Trabajo, respecto de prácticas desleales en la negociación colectiva, la Dirección del Trabajo debe llevar un registro de las condenas y publicarlas semestralmente, además del deber de informar a la Dirección de Compras del Estado.

La principal consecuencia de esta sanción es la imposibilidad en que cabe la empresa de contratar con el Estado. En efecto, las empresas que figuren en el registro no podrán contratar la prestación de servicios y/o la administración de suministro, con la administración del Estado debido a la inhabilidad dispuesta en el artículo 4 de la ley 19.886 -Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios-.

Esta regla ha sido controvertida por quienes consideran que sus efectos agravantes la hacen incompatible con la constitución, de modo que el mismo Tribunal Constitucional ha podido pronunciarse al respecto. Es interesante conocer que, en fallo⁵⁵ dividido, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento de inaplicabilidad, por inconstitucionalidad, que impugnó la segunda parte del inciso primero del artículo 4 de la Ley 19.886, y el artículo 495, inciso final, del Código del Trabajo⁵⁶.

En síntesis, el fallo puntualiza que los contratos administrativos se mueven en el ámbito del Orden Público Económico, específicamente en el de las relaciones de carácter patrimonial que mantiene el Estado con los particulares, y se caracterizan porque: a) una de las partes es un ente integrante de la Administración del Estado; b) se rigen por las normas del derecho público aplicándose las normas del derecho privado sólo a falta de regulación expresa; c) pueden recaer sobre

⁵⁵ *Requerimiento por inaplicabilidad presentado por Sociedad de Procesamiento de Molibdeno Ltda. Tribunal Constitucional Chile / N° ingreso 4065, fecha ingreso 22.10.2021 /Primera sala [Rol N° 12.159-21](#).*

⁵⁶ *El requerimiento fue desestimado por la Magistratura Constitucional, con los votos de la Presidenta del Tribunal, Ministra Yáñez Fuenzalida, de las Ministras Silva y Marzi y de los Ministros Pozo y Pica.*

bienes que no están dentro del comercio; d) en ellos opera el principio de preeminencia de la Administración, al contener eventualmente cláusulas exorbitantes que no serían posibles de estipular en contratos del derecho común; e) existe en ellos desigualdad entre las partes, porque el organismo público que los suscribe persigue una finalidad pública, mientras que la contraparte un interés particular, es más bien un colaborador del Estado; f) las licitaciones públicas deben propender a la eficiencia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones. Además, algunos de los principios que rigen a tales contratos son: 1) el de libre concurrencia de los oferentes a una licitación para adjudicarse un contrato; 2) el de estricta sujeción a las bases de licitación, y 3) el principio de igualdad ante las bases, porque el organismo debe tratar a todos los interesados del mismo modo, eligiendo la propuesta que resulte objetivamente más conveniente.

En un análisis más pormenorizado, el fallo puntualiza que la adjudicación no lleva necesariamente a adjudicar el contrato a quien efectuó la oferta más baja, pues hoy se consideran otros factores para elegir aquella que cumpla de mejor forma con los criterios: el precio, la calidad, el cumplimiento de las normas, entre otras. Además, el empleo de la contratación pública como herramienta para implementar políticas públicas resulta ser un fenómeno cada vez más común y ampliamente estudiado, y a través de ella el Estado busca asegurar el cumplimiento de leyes generales o, incluso, establecer exigencias que van más allá del marco legal; como lo es, pagar remuneraciones “justas”; asegurar la igualdad de género en la contratación; luchar en contra de la corrupción; apoyar a las pymes; luchar contra el desempleo; integrar personas con discapacidad; propiciar el comercio justo, la eficiencia y ahorro energético; proteger el medio ambiente; impulsar el ahorro energético, la innovación y el desarrollo tecnológico, etc. Así, en Europa las políticas horizontales en la contratación pública han sido reconocidas en forma progresiva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al aceptar la inclusión en la contratación pública de cláusulas sociales y ambientales, cuyos precedentes se citan en el fallo. Lo mismo cabe señalar de las directrices que provienen de organismos internacionales, como la ONU, que abogan por el trabajo decente, o de la OCDE, como lo establecido por Convenio N° 94 OIT que, aun cuando no ha sido

suscrito ni ratificado por Chile, busca asegurar que los salarios de los trabajadores no sean un elemento de competitividad para contratar con el Estado, y por ello asegura ciertos estándares de remuneración. **En ese sentido, el fallo agrega que entre las diferentes políticas horizontales que pueden adoptarse en la contratación pública, existen múltiples razones para que el Estado exija contratar sólo con empresas que cumplan con las leyes laborales, de manera de evitar asociar al Estado con comportamientos ilícitos que vulneren los derechos de los trabajadores.** De allí que la sanción que se impugna procura asegurar bienes jurídicos relevantes, tales como: el de la libre competencia, la reputación y buena fe en la contratación con el Estado, y el incentivo económico para el cumplimiento de legislación laboral, este último legítimo y coherente con el principio protector del trabajo, asegurado en la Constitución y en toda la normativa laboral. El trabajo que debe protegerse es el “digno” y el “decente”.

Luego, la sentencia descarta que la inhabilidad establecida por el artículo 4° inciso 1° de la ley 19.886 configure una diferencia arbitraria o vulnere el debido proceso, pues es congruente con los objetivos perseguidos por la legislación que reguló la contratación con la Administración del Estado; es el efecto de una sentencia judicial ejecutoriada, en un proceso judicial en el que el imputado ha podido defenderse formulando sus descargos y no se trata, por ende, de una apreciación o juicio formulado por la Dirección del Trabajo o por la Dirección de Compras y Contratación Pública, inhabilidad que persigue evitar la repetición de conductas lesivas a los derechos de los trabajadores, pero no impedir del todo el desarrollo de la actividad económica del empleador, que podrá seguir contratando con entes o personas que no pertenezcan a la Administración del Estado. **La inhabilidad no resulta así desproporcionada ni injusta, toda vez que constituye una exigencia de cumplimiento de la ley. No se trata de requerimientos que excedan el marco legal y sólo se trata de que no incurran en conductas especialmente graves; es fundamental para proteger al Estado de futuras responsabilidades y para incentivar una justa y sana competencia; es temporal y no definitiva, sólo por los dos años previos; la determinación del**

proveedor que ha incurrido en algunas de estas conductas no la realiza la Administración, sino que los Juzgados de Letras del Trabajo competentes.

El fallo descarta que la aplicación del artículo 4° de la ley N° 19.886 vulnere la igualdad ante la ley. Su aplicación es consecuencia del cumplimiento del requisito que exige la ley para que opere la inhabilidad -condena en sentencia judicial precedida de un procedimiento en que el demandado pudo defenderse-; **la diferencia que establece la norma es entre una misma categoría de personas: quienes desean contratar con la Administración, diferenciación que resulta necesaria e idónea para cumplir con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus sindicatos; la disposición legal es una regla de Orden Público Económico, que refleja los valores de la libertad de contratar y, a su vez, limita el ejercicio de determinados derechos. No es una medida irracional y de una desproporción tal que impida al requirente seguir ejerciendo su actividad propia.** Persigue evitar la repetición de conductas lesivas a los derechos de los trabajadores, pero no impedir del todo el desarrollo de la actividad económica del empleador. Lo mismo ocurre con la aplicación del artículo 495 del Código del Trabajo impugnado, cuyo único objeto es mandar al tribunal de fondo a que remita copia de la sentencia a la Dirección del Trabajo para su registro.

En cuanto al debido proceso, el fallo descarta también su vulneración, por cuanto la inhabilidad es la consecuencia de una sentencia judicial ejecutoriada, el resultado de un proceso judicial en el que el imputado pudo defenderse formulando sus descargos, por lo que la inhabilidad constituye sólo una medida accesorio que Por lo demás, los efectos de tal sentencia sólo comenzarán con resulta de la sentencia condenatoria, la incorporación del requirente en el registro de proveedores que no pueden contratar con el Estado. Desde entonces el afectado podrá reclamar contra tal acto administrativo, impugnándolo por la vía de reposición o jerárquica y estando a firme el acto administrativo si no le es favorable, interponer las acciones jurisdiccionales que correspondan, como son la que establece la propia Ley de Contratación Pública o el recurso de protección, por lo cual, no se aprecia

que se vulneren las garantías del debido proceso por la aplicación en el caso de los preceptos impugnados.

Respecto del derecho de propiedad, el fallo señala que el dominio sólo puede infringirse cuando alguien es titular del mismo, mientras que la normativa impugnada solo tiene por objeto que quede inhabilitado para contratar con el Estado para el futuro, por dos años, sin afectar los bienes que ya ingresaron a su patrimonio ni la validez de los actos que ya ha celebrado. Un evento futuro, que puede o no ocurrir, no se encuentra dentro del ámbito que el artículo 19, N° 24, de la Constitución garantiza.

E) JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Primer Fallo¹ (Reemplazo en Huelga)

Sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa S-71-2018 (acumulada S-80-2018), con fecha 7 de noviembre de 2019, dictada por el juez titular, doña Ximena Rivera Salinas, seguida entre la Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Norte y Sindicato de trabajadores Inter empresa Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A, en contra de la compañía Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A, por prácticas desleales en la negociación colectiva.

Los hechos se fundan en que, durante el proceso de negociación colectiva, desde el día 14 de mayo de 2018 se presentó el proyecto de contrato colectivo, el empleador, da respuesta con fecha 24 de mayo del 2018, y en los días 28 y 29 de junio del 2018, se efectuó votación y se aprueba la huelga. El día 11 de julio, la organización interpone una denuncia por prácticas desleales por el reemplazo de trabajadores en huelga, donde se procede a la fiscalización N° 1307/2018/2097, en que se constata que efectivamente hay trabajadores que son reemplazados en sus funciones de enfermera clínica por la supervisora de enfermería, por lo que se

¹ Sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa S-71-2018 (acumulada S-80-2018), con fecha 7 de noviembre de 2019.

solicita el cese del reemplazo.

El día 20 de julio del 2018 se interpuso otra denuncia por reemplazo, esta vez en la unidad del Banco de Sangre.

Con fecha 2 de agosto del 2018, el sindicato interpuso una tercera denuncia por reemplazo en huelga, esta vez, en la unidad de Anatomía Patológica, lo que demuestra que la empresa tenía el ánimo de entorpecer el ejercicio de huelga.

Cabe hacer presente el siguiente considerando;

Se destaca que la jueza establece como presupuestos facticos que a la unidad de pabellón central, a la unidad de anatomía patológica, al banco de sangre y a neonatología se trasladaron personal interno y externo, ya que se contrataron personas a honorarios y part-time, con la finalidad de perjudicar la acción sindical.

Por ende, la sentencia acoge la denuncia de prácticas desleales, al reemplazar trabajadores en huelga y le impone una multa de 300 UTM.

Se destaca de este fallo que observa a la funcionalidad como criterio para determinar el reemplazo, en el sentido de que se identificó a trabajadores dispuestos para la ejecución de las mismas funciones de los trabajadores en huelga, esto iría en línea con la jurisprudencia mayoritaria.

Segundo Fallo² (Buena fe)

Sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa S-46-2020, con fecha 6 de julio de 2021, dictada por el juez titular, doña Claudia Roxana Riquelme Oyarce, seguida entre la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente, en contra de la empresa COMERCIALIZADORA S.A. por indicios de prácticas.

Los hechos se fundan en que la presidenta del sindicato presentó denuncia por prácticas desleales en contra de la empresa, ya que los trabajadores comenzaron a recibir, a través de un correo electrónico, un “comunicado de última oferta de la empresa en negociación colectiva con sindicato comercializadora”, en

² Sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa S-46-2020, con fecha 6 de julio de 2021

ella se disponía la publicación de la última oferta y que fuera difundido para todo el personal, lo que generó entre los afiliados pánico e incertidumbre del proceso, ya que no le permitió directamente al sindicato informar a sus bases, dentro del plazo legal, además de describir las fechas de pago del bono de término de conflicto sujeto a la firma del convenio, vulnerando directamente el artículo 335 del Código del Trabajo.

Cabe hacer presente el siguiente considerando:

DÉCIMO CUARTO: *Que, las prácticas antisindicales son todas aquellas conductas que, por vía de acción o de omisión, lesionan la libertad sindical, tanto en su manifestación individual como colectiva, afectando, por regla general, a trabajadores, a sus representantes o a la organización sindical misma. En general, constituye práctica antisindical cualquier conducta que atente contra la libertad sindical, de acuerdo a lo expresado en el artículo 289 del Código del Trabajo. En otros términos, se entiende que se vulneran estos derechos cuando en el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador se limita el pleno ejercicio de aquéllos respecto de los trabajadores, sin justificación suficiente, en la forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial.*

Tomando en cuenta lo aseverado precedentemente, la falta de fundamentación de la actuación del empleador que lesiona uno o más derechos fundamentales o su desproporción, serán señal inequívoca de lesión de derecho fundamental, con las consecuencias que ello conlleva en base a la Ley 20.260; en tal sentido al empleador no le ha de bastar como argumentación frente a un reproche de afectación a un derecho fundamental del trabajador, que se ha limitado a ejercer su potestad de mando, sino que deberá justificar adecuadamente, el referido juicio de proporcionalidad.

La jueza, considera esta conducta de práctica desleal en la que ha incurrido el empleador de la mayor gravedad, vulnerando el artículo 403 letras a) y g) respectivamente. Toda vez, que afectó un principio general del derecho, como la buena fe, en el proceso de negociación colectiva.

Se condena al pago de 300 UTM entre otras.

Se destaca de este fallo el concepto omnicomprendivo de las prácticas desleales.

Es también ejemplar como el fallo razona en consideración de los indicios aportados al juicio y radica en el empleador la carga de fundamentar sus acciones que por ser desproporcionadas son consideradas una señal de lesión de derecho fundamental. Este razonamiento refleja la importancia en que el procedimiento aplicable sea la tutela de los art. 485 del Código del Trabajo y siguientes siendo clave en la decisión del asunto la regla del art. 493 que establece la prueba indiciaria en favor del denunciante.

Tercer Fallo³ (Buena fe y aumentos individuales a trabajadores)

Sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa S-62-2020, con fecha 16 de octubre de 2021, dictada por el juez titular, don Felipe Andrés Norambuena Barrales, seguida entre la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente, en contra de la empresa TECNET S.A, por prácticas desleales.

Los hechos se fundan en que, durante el proceso de negociación colectiva, el jefe de recursos humanos envió un correo electrónico institucional donde se instruye a los jefes zonales a que procedieran al pago de un bono de \$ 700.000 pesos a todos los trabajadores que se descolgaran de la huelga. Se destaca:

DUODÉCIMO: Que las conductas respecto de las cuales este sentenciador se forma convicción respecto de su ocurrencia, pueden ser perfectamente enmarcadas en las descripciones, no necesariamente típicas, de las normas sancionatorias laborales, que por una parte en su artículo 290 disponen que serán consideradas prácticas antisindicales del trabajador, de las organizaciones sindicales, o de éstos y del empleador en su caso, las acciones que atenten contra la libertad sindical, entendiéndose por tales, entre otras, las siguientes: f) Ejercer los derechos sindicales o fueros que establece este Código de mala fe o con

³ Sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa S-62-2020, con fecha 16 de octubre de 2021

abuso del derecho, según lo referido del comportamiento coetáneo y posterior de la denunciada en relación a la organización sindical, y del mismo modo el artículo 403, que dispone que “Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos. Entre otras, se considerarán las siguientes:

a) La ejecución durante el proceso de la negociación colectiva de acciones que impliquen una vulneración al principio de buena fe que afecte el normal desarrollo de la misma, estimándose que las acciones desplegadas por representantes de la denunciada constituyeron vulneración del principio de buena fe que debe primar en general en las relaciones jurídicas y en particular en el proceso de negociación colectiva, por afectar el decurso normal del proceso de negociación colectiva, manifestación del ejercicio del poder que empresa y organización despliegan en un proceso regulado legalmente, equilibrando potestades y derechos de naturaleza económica y/o social, pero sin la utilización de armas espurias.

f) Ofrecer, otorgar o convenir individualmente aumentos de remuneraciones o beneficios a los trabajadores sindicalizados, durante el período en que se desarrolla la negociación colectiva de su sindicato.

Se condena al pago de \$ 113.400.000 entre otras prestaciones.

Se destaca de este fallo que el juez sentenciador

Valora las acciones denunciadas identificando las características que son descritas en distintos tipos legales que describen las prácticas desleales, lo que le permite sostener que el caso era una práctica desleal de las que no están tipificadas expresamente pero que procede sancionar en el marco del concepto omnicompreensivo de estas.

Cuarto Fallo⁴ (Buena fe, Negativa a Recibir a la Comisión Negociadora, No Entrega Información y Reemplazo De Trabajadores)

⁴ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, causa S-1-2021, con fecha 2 de agosto de 2021

Sentencia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, causa S-1-2021, con fecha 2 de agosto de 2021, dictada por el juez titular, doña Viviana Loreto Ibarra Mendoza, seguida entre la Corporación Educacional El Bosque, en contra del Sindicato de Trabajadores del Liceo Camilo Henríquez de Temuco, por prácticas desleales y viceversa, ya que el sindicato interpuso demanda reconventional en contra de la Corporación.

Los hechos se fundan en que, durante el proceso de negociación colectiva, la empleadora alega que el sindicato está entorpeciendo la negociación colectiva, y ha vulnerado los principios de buena fe, ya que se ha difamado a la empleadora. Por su parte el sindicato reclama que la parte empleadora se ha negado a entregar la información contable, se ha negado a recibir el proyecto de negociación colectiva, y no quiere negociar, y siempre está actuando de mala fe.

Se destacan los siguientes considerandos:

Décimo quinto: Que aquí la corporación en todo este tiempo y de acuerdo a la prueba vertida en esta audiencia no hay ninguna sola prueba que acredite su voluntad de negociar, por lo que malamente puede reclamar entorpecimiento a la negociación colectiva o vulneración del principio de buena fe cuando las únicas acciones provenientes a dar solución y tratar de sentarse a conversar provienen del sindicato. La corporación solo ha interpuesto acciones judiciales, lo que estaba en su facultad y fueron rechazadas, lo que tuvo suspendida a petición suya la negociación desde el 13 de septiembre 2019 al 11 de enero de 2021 o sea por un año y casi 4 meses, en una negociación que comenzó en julio 2019. Pero no ha agotado ninguna otra instancia de hecho la primera audiencia preparatoria en esta causa se efectuó el 4 de mayo de 2021 y al día siguiente 5 de mayo de 2021 se ingresa causa en donde se pide servicios mínimos, solicitando que se declare la educación como servicio esencial y se permita el reemplazo en huelga, para así solucionar su problema con los apoderados ya alumnos, pero no con el sindicato. Demanda que es rechaza de plano por ser infundada, siendo reclama y rechaza en audiencia única nuevamente No existiendo hasta la fecha ningún acto que evidencie

la voluntad de reunirse y escuchar a sus trabajadores en modo alguno. Por lo anterior es que se rechazara en todas sus partes la demanda.

En cuanto al denuncia reconvencional del Sindicato:

Décimo séptimo: *Que la única forma en que la Corporación está autorizada para no entregar información era que existiera a esa fecha la suspensión de la negociación que ella misma solicito y se concretó el 13 de septiembre de 2019, por lo que al momento en que se efectuó la solicitud se encontraba en pleno desarrollo la negociación y en esas fechas era su deber legal entregar lo solicitado para permitir que se desarrollara la negociación independientemente de la accione judiciales que le asistían. Por lo que se configura la infracción del artículo 403 letra c) del Código del Trabajo.*

Décimo octavo: *Que la comisión negociadora se conformó en tiempo y forma, pero no fue recibida por el empleador como tampoco la fue el proyecto presentado por esta, el motivó de la negativa para recepcionar el proyecto fue que la corporación no estaba obligada a negociar. Que como ya se expuso en el punto anterior a esa fecha la empleadora no contaba con ningún instrumento legal que apoyara su argumentó, pues la negociación se encontraba en curso. Por lo que se configura la infracción al artículo 403 letra b) del Código del trabajo.*

Décimo noveno: *Que de conformidad a lo antes citado por la propia Corporación y teniendo en consideración la prueba aportada, se puede ver claramente qué está no ha demostrado haber hecho todo lo posible por llegar acuerdo, ni haber evitado el retraso las negociaciones, ni haber desarrollar negociaciones verdaderas y constructivas. No hay ninguna prueba al respecto, es más toda la prueba aportada se dirige a lo contrario. Si bien es efectivo que la corporación puede interponer acciones judiciales, no se ve que haya interpuesto ninguna otra acción más que la judiciales, y la judiciales tendientes a que su posición de que no tenía que negociar debía ser aceptada. Es más cuando ya tiene sentencia firme el 11 de enero de 2021, presenta esta demanda el 4 de mayo del 2021 donde vuelve a insistir y vuelve a justificar su presentación basada otra vez en que no está obligada a negociar, relatando nuevamente porque entiende que esto sería así a pesar de existir ya pronunciamiento por dos tribunales que resolvieron la cuestión. De lo anterior se*

puede entender a contrario sensu que la actitud de la corporación ha estado de mala fe, retrasado las negociaciones, ha impedido la realización de estas, y no ha efectuado ninguna acción tendiente a algún tipo de acuerdo constructivo y que efectivamente se hubiese podido desarrollar en los dos años que ha durado la negociación colectiva. Pues las únicas actuaciones ha sido judicializar la negociación.

Todo da cuenta de la práctica de esta corporación en la forma de negociar, la cual no está dirigida a generar instancias de comunicación o de una real posibilidad de acuerdo o entendimiento entre las partes. Por lo que se entiende por configura la infracción del artículo 403 letra a) del Código del Trabajo.

Vigésimo: *Que si bien en este punto la denunciante reconventional afirma que la corporación en un momento dado habría ofrecido traspasar beneficios a los contratos individuales situación que la contraparte no niega, y es más se señaló tangencialmente en una posibilidad de negociación el transformar esto en contratos individuales y posteriormente pasarlos a contratos colectivos. Que lo anterior se ratifica cuando se contrainterroga al testigo José Ruiz y se le pregunta si en agosto 2019 se emite por la corporación una declaración de derechos adquiridos a contratos individuales, responde que sí que se le ofreció a la gente, por disminución de ingresos a la carrera docente, se les sugirió esta oferta para salvaguardar los derechos. Lo anterior acredita la infracción al artículo 403 letra d) del Código del Trabajo durante la negociación colectiva.*

ASÍ PARECE MAS ADECUADA LA SITUACIÓN A LA DESCRITA EN LA LETRA F.

Se destaca que el juez rechaza en todas sus partes la denuncia interpuesta por parte de la Corporación Educacional El Bosque, a su vez, la jueza acoge la denuncia interpuesta por el sindicato, y se otorgan las siguientes multas.

- 1.-Infracción al artículo 403 letra a) del Código del Trabajo multa de 300 UTM.*
- 2.- Infracción al artículo 403 letra b) del Código del Trabajo, multa de 300 UTM.*
- 3.- Infracción al artículo 403 letra c) del Código del Trabajo, multa de 300 UTM.*

4.-Infracción al artículo 403 letra d) del Código del Trabajo, con multa de 20 UTM por cada trabajador involucrado.

Además, se condena a la Corporación Educacional el Bosque a la suma de \$4.000.000.-

De este fallo se puede decir que deja en evidencia el alto costo de no respetar o bien de desconocer las reglas que tutelan la libertad sindical y la eficacia de la negociación colectiva. En efecto, el fallo es recurrido pero confirmado por la I. Corte de Apelaciones. En el recurso la abogada del establecimiento deja ver el alcance perjudicial de las sanciones que se han decretado en contra del establecimiento, que ponen el riesgo el proyecto educativo y su continuación: *“el quantum fijado por la sentenciadora, (...) resulta absolutamente agravante a mi representada, en este sentido, tal como se expuso en la denuncia, la Corporación Educacional El Bosque, es una Persona Juridica Sin Fines de Lucro, constituida de acuerdo a las normas establecidas en los artículos 58 A y siguientes, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 20.845, Ley de Inclusión Escolar (LIE), que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en los establecimientos que reciben aportes del Estado, por tal no existe retiro de utilidades y, que tanto los dineros provenientes de la recaudación que se recibe por concepto de Financiamiento Compartido (FICOM) como los aportes del Estado son destinados al proyecto educativo en un 100%, de lo cual, anualmente se debe dar cuenta a la Superintendencia de Educación. Asimismo, la Corporación, está obligada a emitir un informe denominado "Cuenta Pública" de cada gasto realizado, como también someterse al proceso de rendición de cuentas ante el organismo fiscalizador ya mencionado. Agrega: “...que la multa establecida, fijada en quantum máximo deteriora gravemente el desarrollo del proyecto educativo, y su continuidad, por cuanto cada recurso, es entregado por el estado, con la finalidad de ser aplicado al cumplimiento del fin educativo, cuestión que es conocida por la sentenciadora. Resaltó los recursos son entregados para el normal funcionamiento del Liceo Camilo Henríquez, y su comunidad educativa, no estamos en presencia de "empresa" que realiza retiro de utilidades, por lo que la multa impuesta, y su*

desproporción sólo afecta el fin público, educativo entregado por Ley a mi representada. En esta línea, es que se solicita, su adecuación o disminución, conforme a los antecedentes expuestos, y vertidos en este recurso.

El recurso fue desestimado y la sentencia ha quedado firme.

El caso es un ejemplo del gran costo de no atender estas reglas de negociación, lo que parece sin embargo se justifica y es coherente con la importancia del derecho fundamental de la Libertad Sindical protegido por nuestra legislación.

V. CASOS ESPECIALES O PRÁCTICAS NO TIPIFICADAS

SUBCONTRATACIÓN Y ART. 306 DEL CT COMO FUENTE DE PRÁCTICAS DESLEALES⁵⁷

Consideramos importante detenernos en que, por disposición del art. 306 del Código del Trabajo, a la empresa principal no le es oponible la prohibición del reemplazo de los trabajadores en huelga. Aquí podríamos encontrar un notable efecto pernicioso de la subcontratación, en un orden normativo donde el régimen de subcontratación aparece como un subterfugio recurrente de las grandes empresas⁵⁸.

En efecto, esta excepción al tipo estándar de práctica desleal descrito en el art. 403 letra D del Código del Trabajo, parece una contravención a la línea seguida por la doctrina y en fallos judiciales donde se ha reconocido expresamente que la libertad sindical tiene tres prerrogativas como componentes principales y que

⁵⁷ Art. 306, inc. final del CT: *La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga, mas información en cita N° 77, pagina 28.*

⁵⁸ Ganga Contreras, Francisco; Toro Reinoso, Iván y Sanhueza Burgos, Horacio. "La Tercerización De Funciones En La División El teniente De Codelco Chile". estudio gerencial [online]. 2010, vol.26, N°.116, pp.143-168. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-59232010000300008&lng=en&nrm=iso

constituyen su núcleo, las que consisten en el derecho a sindicarse, el derecho a negociar colectivamente y el derecho a huelga.

Por tanto, esta prerrogativa del mandante tiene todas las características de ser una vulneración a la libertad sindical de los trabajadores que afecta la posibilidad de que negocien con el empleador en cierto grado de igualdad, para lo que resulta indispensable el derecho a huelga. Vale reiterar que, por tratarse de un derecho fundamental, la huelga es *prima facie* lícita, salvo que el legislador, expresa y deliberadamente, la declare, en algunos casos calificados, como prohibida o ilícita, y siempre que esa calificación respete el principio de proporcionalidad o respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales⁵⁹.

Entonces, considerando la naturaleza de la huelga como derecho fundamental, las acciones empresariales que la limitan deben prohibirse, porque de otro modo, la huelga queda en completa ineficacia, arrastrando a la libertad sindical a la categoría de principio meramente declarativo.

En este escenario parece claro que existe una controversia entre el art. 306 citado y el derecho fundamental a la Huelga de fuente internacional y rango constitucional.

Sin embargo, dicha dicotomía no parece a la vista en los pronunciamientos de la Dirección del Trabajo que por ejemplo en su ordinario N° 447/1, de fecha 25 de enero del 2017⁶⁰, informa el sentido y alcance del derecho a huelga en la negociación colectiva reglada y señala que se permite a la empresa principal ejecutar, directamente o a través de un tercero, la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse por el contratista o subcontratista por huelga. No obstante, dicha norma no puede servir para que la empresa principal termine el contrato con la empresa contratista o subcontratista.

⁵⁹ Ugarte, 2008, *op. cit.* p. 197.

⁶⁰ Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-110993.html>

En este sentido, es una realidad a nivel legal que, ante la huelga de los trabajadores subcontractados, la empresa mandante no se vea afectada de manera alguna, pudiendo continuar con sus faenas, ya sea mediante trabajadores propios o a través de un tercero⁶¹, negando mediante esta práctica amparada por el derecho el derecho fundamental de la libertad sindical expresado en la huelga de todo el sector subcontractado.

Entonces, este artículo podría dar lugar al absurdo de dejar en un punto muerto el derecho de huelga, en el caso de que empresas tuvieran parte importante sus labores tercerizadas⁶². Al respecto y siguiendo a Eduardo Caamaño, podemos sostener que la empresa tiene en este punto un incentivo para externalizar el personal puesto que solo tendrá que pagar remuneraciones a precio de mercado y esas personas nunca van a poder forzarla a negociar colectivamente, de manera que, se estarían degradando a trabajadores de segunda categoría, en comparación con los trabajadores de la empresa principal⁶³.

VI. CONCLUSIONES

La normativa constituye un sistema abierto con casos tipificados pero de lista no taxativa, que en su esencia proscriben todo acto de injerencia o entorpecimiento de la negociación colectiva. En la protección de esta realidad toma especial importancia el proceso de tutela judicial que se ha destinado a proteger entre otros derechos fundamentales la Libertad sindical. Entonces, en el sistema de tutela la carga de la prueba está dirigida a favorecer a la parte que puede llevar al juicio indicios con los que se traslada a la contraparte la carga de justificar dichas acciones que indiciaria y presuntamente son vulneradoras. Esta configuración legal entre tipo abierto y tutela efectiva a partir de indicios parece lograr un equilibrio eficaz en

⁶¹ https://www.dt.gob.cl/portal/1626/w3-propertyvalue-165849.html#recuadros_articulo_17659_29. ¿Qué pasa si la huelga es de los trabajadores de una empresa contratista o subcontractista? visitada el 19-10-2023.

⁶² Como es por ejemplo el caso de CODELCO véase Ganga Contreras, Francisco; y otros, "La tercerización de funciones en la división el teniente de CODELCO Chile" op. cit.

⁶³ <https://www.portalminero.com/pages/viewpage.action?pageId=89624398>

relación al objetivo de proteger el ejercicio de la Libertad Sindical. Así se puede ver cuando los tribunales han abordado los casos cuyas sentencias se han expuesto en este trabajo, reconociendo el valor y jerarquía de la Libertad Sindical, aplicando la regla de los indicios cuando estos justifican el traspaso de la carga de la prueba al empleador que debe entonces justificar las razones de sus actos que han entorpecido de alguna manera la negociación colectiva y sancionando según la tasación legal que está segmentada en tramos según el tamaño de la empresa, generando proporcionalidad en la sanción.

Sin embargo, parece patente que hay dos elementos a mejorar en esta materia. Primero, las prácticas de algunos directivos y operadores jurídicos parecen no reconocer la importancia del derecho a la Libertad Sindical, incurriendo en infracciones injustificadas que pueden haberse evitado totalmente.

Y en segundo, el espacio abierto a vulneraciones a la libertad sindical que se genera a partir del texto del artículo 306 del Código del Trabajo que permite a los mandantes reemplazar a los trabajadores contratistas en huelga, considerando sobre todo el amplio uso de la subcontratación en la gran industria. Entonces todo el grupo de trabajadores tercerizados resultan impedidos de ejercer una presión real y en ese sentido su derecho fundamental a negociar colectivamente resulta negado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CAAMAÑO ROJO, EDUARDO. "La Tutela Jurisdiccional de la Libertad Sindical". Revista de derecho Valdivia, 2006, 77-104. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100004>

FUENZALIDA MARTÍNEZ, Patricia. "**Breves notas sobre la Ley N°20940 que moderniza el sistema de relaciones laborales**", Revista actualidad jurídica N° 35, 2016, Universidad del Desarrollo.

GANGA CONTRERAS, FRANCISCO; TORO REINOSO, IVÁN Y SANHUEZA BURGOS, HORACIO. *La tercerización de funciones en la división el teniente de CODELCO Chile. Estudio Gerencial* [online]. 2010, vol.26, N.116, Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-59232010000300008&lng=en&nrm=iso

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. Derecho colectivo del trabajo, 2020, DER Ediciones Ltda., Santiago.

GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. Hayek y los sindicatos: Una visión crítica. Ius et Praxis [online]. 2017, vol.23, N.2 pp.295-326. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200295>.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OIT LIBERTAD SINDICAL, "Recopilación de decisiones y principio del comité de Libertad sindical", Quinta edición 2006.

POSNER, RICHARD A. "El análisis económico del derecho; Traducción de Eduardo L. Suarez, segunda Edición, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2007.

PALOMO VÉLEZ, RODRIGO. "Modelo analítico del derecho de información de los representantes de los trabajadores y valoración de su reconocimiento en Chile". *Revista latinoamericana de derecho social*, (26) (2018). 117-154. Disponible en internet en: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2018.26.11861>

SUPIOT, ALAIN, "Crítica del Derecho del Trabajo", Ed. Ministerio del Trabajo Subdirección de publicaciones, Madrid 1996.

UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS, Anuario de Derecho Público UDP, Huelga como Derecho Fundamental, 2008, Santiago Editorial UDP, páginas 135-174.

VARAS-MARCHANT, KARLA. "Huelga y reemplazo: un estudio jurisprudencial en materia de reemplazo de trabajadores en huelga". *Revista de derecho, Valdivia*, 36(2), 2023, p. 9-28. Disponible en internet en: <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-09502023000200009>

BIBLIOGRAFÍA DE SENTENCIAS

- 1-Sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa S-71-2018 (acumulada S-80-2018), con fecha 7 de noviembre de 2019,
- 2- Sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa S-46-2020, con fecha 6 de julio de 2021,
- 3- Sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, causa S-62-2020, con fecha 16 de octubre de 2021,
- 4- Sentencia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, causa S-1-2021, con fecha 2 de agosto de 2021