

# LA MEDIACION Y EL ARBITRAJE COMO ALTERNATIVA AL ARTICULO 49 INCISOS SEGUNDO Y SIGUIENTES DEL DL. 2.758, DE 1979

CARLOS KOCH SALAZAR  
Profesor de Derecho del Trabajo  
Escuela de Derecho U. de Chile

## 1. PREAMBULO

La dictación del D.L. 2758, en 1979, fue bajo un contexto económico que, de acuerdo a las perspectivas de dicha época, se vislumbraba auspicioso para la economía nacional.

Según los analistas de aquel tiempo, en un plazo no mayor a cinco años, las condiciones de la industria nacional serían tan óptimas que el flagelo del desempleo sólo sería un recuerdo, ya que los índices de cesantía bajarían a niveles tales que, prácticamente, el trabajador que perdiera su empleo rápidamente encontraría otro. La movilidad de la mano de obra sería una constante normal y beneficiosa.

La situación económica, proyectada a la negociación colectiva que se instauraba, permitiría que ésta tuviere por objeto mejorar la productividad del trabajador, aumentando su costo de reemplazo y, en general, sus condiciones de trabajo y remuneración. Dentro de una visión macroeconómica, al mejorar estos costes respecto de los trabajadores que negociaban, por efecto de rebalse, también, subirían de los que, por alguna causa, no estaban afectos al sistema.

Por otra parte, las condiciones de negociación se vislumbraban amigables, dentro de un marco de cordialidad que beneficiaría las relaciones empresa-trabajador. Se garantizaba, legalmente, un reajuste piso.

En las primeras negociaciones habidas en 1979 y 1980, se lograron resultados que dieron satisfacción a las expectativas.

A esa época, se ignoraba la realidad que viviríamos a 1984, es decir, a los cinco años de instaurado el sistema.

No se advertía el fenómeno recesivo que se viviría a contar de comienzos de 1981.

Tampoco el D.L. 2758 contempló un mecanismo de emergencia para tal eventualidad.

## 2. EL CAMINO SEGUIDO DURANTE LA CRISIS

Una vez planteada la crisis de 1981, muchos de sus efectos se vieron directamente en los resultados de las negociaciones colectivas. En primer término, el objetivo de la negociación fue variando: en una primera etapa, renunciada la posibilidad de obtener incrementos por sobre la variación del Índice de Precios al Consumidor, a través de la negociación se pretendió —por lo menos— mantener dicho Índice. En una segunda etapa, a medida que la crisis aumentaba, se adoptan otras soluciones.

Es así como a mediados de 1981 se promulga la ley 18.134. Retrotrae el piso de la negociación a julio de 1979 y termina con la garantía de los reajustes piso. El objeto de la negociación pasa a ser entonces obtener porcentajes de dicha variación, pero al final deriva en la defensa de la fuente de trabajo.

Por último, terminada la vigencia de la ley 18.198, que derogó a la 18.134, el objeto de la negociación ha sido recuperar —en todo o en parte— la desvalorización de las remuneraciones por la variación del I.P.C.

Ahora bien, gran incidencia en todo este proceso ha tenido la modificación de tres normas legales: la derogación del inciso final del artículo 26 del D.L. 2.756, eliminándose así el reajuste-piso y la modificación de los artícu-

los 6º del D.L. 2.200 y 49, inciso segundo del D.L. 2.758, en el sentido de mantener los beneficios obtenidos en el contrato, salvo los referidos a la reajustabilidad de las remuneraciones, mediante la suscripción de un nuevo contrato colectivo (art. 49, inc. 2º y siguientes del D.L. 2.758), a la mantención de las cláusulas del contrato colectivo en los individuales respectivos, con excepción de los beneficios o derechos que sólo pueden ejercerse colectivamente y las cláusulas de reajustabilidad.

Es del caso señalar que, por tanto, si se usa la facultad del artículo 49, o se renuncia a la negociación, manteniéndose en los límites del artículo 6º, del D.L. 2.200, el trabajador congela sus remuneraciones al valor nominal anterior al término del contrato, con la posibilidad que ésta sea una situación que se consolide mediante el expediente de forzar a concluir la negociación por esos caminos.

### 3. LA ALTERNATIVA DE LA MEDIACION

Se han recogido experiencias de negociaciones que estuvieron a punto de fracasar porque en las conversaciones se producía el efecto de "Torre de Babel". No obstante, en la medida que un tercero operaba como traductor de intereses y llevaba, en tratos separados, a determinar cuáles eran los puntos por los que convenía luchar, cuáles eran los transables y qué otras opciones había, las partes pudieron llegar a entendimiento y suscribir sus contratos colectivos.

El título IV del D.L. 2.758 contempla la posibilidad de la "mediación", la que se subentiende como un acercamiento de posiciones por una labor de convicción y descarte llevada por un tercero.

A nuestro juicio, la mediación, en la negociación colectiva, debe perder el carácter de institución programática y adquirir un rol más activo, de modo tal que aumente las opciones de solución favorables al objeto central de la ne-

gociación colectiva. Para ello, sería necesario establecer los siguientes criterios e introducir algunas modificaciones a su normativa. Estos serían:

a) Reconocerle el carácter de esencialmente voluntaria, aun cuando el informe del mediador pudiese tener incidencia en un eventual arbitraje;

b) Darle un carácter inductivo, de modo tal que el mediador lime asperezas, establezca los puntos por las que en otros hay desacuerdo;

c) Dar por establecida que es privada, de modo tal que, si se forma o crea un Servicio Nacional de Mediación de carácter estatal, puede haber mediadores privados o, en última instancia, dejar esta función en manos de los tribunales fijando un mecanismo eficaz que no altere la adecuada administración de justicia;

d) La instancia de la mediación se inicie a petición de cualquiera de las partes y no necesariamente por acuerdo de éstas, y

e) El costo de la mediación debe ser siempre de cargo de ambas partes, por mitades.

#### 4. LA OPCION DEL ARBITRAJE

En general, el arbitraje es la solución menos deseada por las partes en la negociación colectiva. Luego, cualquier fórmula que se pronuncie por ésta como una alternativa frente a la solución del artículo 49 del D.L. 2.756, admitirá un principio de rechazo. De este modo, el arbitraje no debe plantearse como una solución, sino como una consecuencia forzada a la que arribarán las partes si no solucionan antes su negociación. Por otra parte, el arbitraje debe desentenderse de fórmulas salomónicas. No obstante, en el procedimiento siempre debe dar una última oportunidad de reconsideración.

Nuestra legislación considera dos clases de arbitraje: uno voluntario y otro obligatorio. Sin embargo, creemos necesaria la conveniencia de contemplar una instancia arbitral para el caso en que, transcurrido cierto plazo de la huelga, no haya acuerdo. Esta fórmula ha sido usada en algunas legislaciones como la colombiana y justamente tiene por objeto encauzar a las partes a la solución directa, bajo apercibimiento de que sea un tercero el que resuelva imponiendo las condiciones de trabajo y remuneración.

## 5. LAS ALTERNATIVAS Y LA SOLUCION DEL ARTICULO 49

Los caminos que se han diseñado requieren necesariamente de reformas legales que los estructuren y adquieran especial relevancia cuando se busca una solución alternativa a la del artículo 49, que permita considerar los siguientes factores:

- a) la pérdida de la capacidad negociadora de los grupos de trabajadores, y
- b) el incremento del alza del costo de la vida en niveles no concebidos a 1979, ni a 1983.

En tal situación hay que ponerse en algunas posibilidades que pueden ocurrir:

- a) Los trabajadores no negocian colectivamente. La renuncia al derecho implica estimar que suponen que ello no les será favorable y por ende prefieren mantener sus condiciones en los respectivos contratos individuales. Posiblemente ello dará lugar a que obtengan reajustes legales y, en todo caso, la oportunidad de negociar en cualquier época;
- b) Los trabajadores negocian y llegan a arreglo con su empleador. En este caso, debe suponerse que todo el procedimiento y resultado es satisfactorio para las partes.

Nótese que no distinguimos si hubo o no reajustes de remuneraciones;

c) Los trabajadores negocian y hacen uso de la instancia del artículo 49, incisos segundo y siguientes, congelando el valor nominal de sus últimas remuneraciones por dos años. Esto implica que todo el proceso y sus resultados les ha sido desfavorable, puesto que ni siquiera la última oferta del empleador les es beneficiosa.

Es en esta variable donde pueden entrar a tallar las alternativas de mediación y arbitraje forzoso:

c.1) La mediación permitiría acercar las posiciones encauzándolas a una solución que permita mejorar la oferta del empleador en términos más favorables para los trabajadores o fijar las peticiones de éstos en términos que hagan posible un reajuste de remuneraciones;

c.2) El arbitraje forzoso, posthuelga, pretende tres efectos alternativos:

i) Inducir a las partes a una solución negociada antes del arbitraje forzoso. En este sentido se estima que el poder negociador de los trabajadores aumenta si se observa que, si la huelga no termina antes de cierto plazo, automáticamente viene el arbitraje forzoso;

ii) No obstante, ello obliga a que las pretensiones de cada parte sean más reales tanto respecto de la empresa como respecto de la situación económica del trabajador.

Así, si las pretensiones de una de las partes son desproporcionadas a tales realidades, con toda seguridad serán rechazadas de plano. De este modo, pueden quedar incorporados los reajustes.

iii) Para un mejor resultado se deben agregar dos elementos, mediante las correspondientes reformas:

– reanudación del trabajo, y

– que el árbitro tenga atribuciones para ordenar a las partes que, dentro de cierto plazo, presenten sus últimas proposiciones, reconsiderativas de las anteriores.

## 6. OBJETO DE LA PONENCIA

El objeto de esta ponencia es tratar de demostrar que las posibilidades de solución de nuestra legislación sobre negociación colectiva no son las únicas. Que hay más, bastando para ello reactualizar algunas disposiciones programáticas y establecer un mecanismo de solución final de controversias.

Sin perjuicio de lo anterior, que corresponde al tema específico de este trabajo, se estima necesaria una revisión profunda al texto del D.L. 2.758, que permita ampliar su cobertura y eliminar algunos defectos de forma y fondo.