



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo

y la Seguridad Social

**LA SUBCONTRATACIÓN Y EL SUMINISTRO DE PERSONAL:
REPERCUSIONES SOBRE EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO.**

Memoria Para Optar Al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Luis Arturo Aylwin Ramírez

Roberto Pablo Barraza Saavedra

Matías Mauricio Stade Urizar

Profesora Guía: Sra. María Eugenia Montt Retamales

	Pág.
INDICE.	2
INTRODUCCIÓN.	8
CAPÍTULO PRIMERO: LOS PARADIGMAS DE LA MODERNA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO.	11
I. GENERALIDADES.	11
1. LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL. LA ETAPA “PRE-CIENTÍFICA”.	12
2. EL TAYLORISMO.	19
2.1. Condiciones sociales que permitieron el éxito del taylorismo.	20
3. EL FORDISMO.	25
3.1. La cadena de montaje.	26
3.2. Normas de productividad y de producción fordistas.	27
3.3. El salario.	28
4. CRISIS DEL MODELO. KEYNES.	31
II. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA.	38
1. ASPECTOS GENERALES.	43
1.1. Denominaciones.	46
1.2. Causas y objetivos de la externalización.	48
1.3. Externalización de operaciones y de mano de obra.	52
1.4. Grados de externalización.	56
1.5. Clasificaciones.	60
2. DESAFÍOS QUE PRESENTA LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA PARA EL DERECHO DEL TRABAJO.	62
CAPÍTULO SEGUNDO: LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.	66
I. LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL	66
1. LA NOCIÓN DE SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS.	66
2. LA SUBCONTRATACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO.	67
2.1. Reseña histórico-legislativa.	67
2.1.1 Artículo 2003 N° 5.a del Código Civil.	67
2.1.2. Artículo 4 de la Ley N° 4.055 de 1924.	68
2.1.3. Artículo 16 del Código del Trabajo del año 1931.	68
2.1.4. Artículo 4, incisos 2° y 3°, de la Ley N° 16.744 de 1968.	69

2.1.5. Artículo 1° de la Ley N° 16.757 de 1968.	70
2.1.6. Artículo 63 del Código del Trabajo, de acuerdo a la Ley N° 18.620 de 1987.	70
2.1.7. Artículo 20 inciso 3° de la Ley N° 17.322 de 1970.	71
2.1.8. Artículo 64 del Código del Trabajo, de acuerdo a la Ley N° 19.250 de 1993.	72
2.1.9 Artículo 64 y 64 bis del Código del Trabajo, de acuerdo a la Ley N° 19.666 del año 2000.	73
2.2. Legislación actual.	73
2.2.1. Generalidades.	73
2.2.2. El concepto de empresa.	74
2.2.3. El concepto de Subcontratación.	76
3. SUMINISTRO ILEGAL DE TRABAJADORES.	88
4. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES.	90
4.1. Responsabilidad directa de la empresa principal.	90
4.2. Responsabilidad subsidiaria.	93
4.2.1. La responsabilidad de la empresa principal.	94
4.2.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad subsidiaria.	94
4.2.3. Responsabilidad civil objetiva de quién contrata o subcontrata.	94
4.2.4. Alcances de la responsabilidad solidaria. Los límites de la responsabilidad subsidiaria.	95
4.2.5. Extensión de la responsabilidad subsidiaria.	96
5. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y RETENCIÓN.	97
5.1. Generalidades.	97
5.2. El derecho de información.	98
5.3. El derecho de retención.	99
5.4. Posibilidad de pago por subrogación.	101
5.5. La atenuación de responsabilidad de solidaria a subsidiaria.	103
II. EL SUMINISTRO DE PERSONAL	105
1. GENERALIDADES.	105
1.1. Antecedentes de la figura del suministro de personal.	105
1.2. La ley N° 20.123: excepción al principio de la primacía de la realidad.	108
2. LA NOCIÓN DE SUMINISTRO DE TRABAJADORES Y LOS SUJETOS INTERVINIENTES: EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS, EMPRESA USUARIA Y TRABAJADOR TRANSITORIO.	110
2.1. Noción de suministro.	110
2.2. Sujetos intervinientes.	111
3. DIFERENCIAS ENTRE LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y OTRAS FIGURAS ANÁLOGAS.	113
3.1. Diferencias entre empresas suministradoras y agencias de empleo.	113
3.2. Diferencias entre el suministro de trabajadores y la subcontratación de bienes y servicios.	114

4. EL SUMINISTRO DE PERSONAL EN EL DERECHO COMPARADO.	116
4.1. Generalidades.	116
4.2. Argentina.	117
4.3. Brasil.	119
4.4. Costa Rica.	121
4.5. Venezuela.	121
4.6. España.	123
5. EL SUMINISTRO DE PERSONAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.	126
5.1. Constitución de la Empresa de Servicios Transitorios	126
5.1.1. Requisitos.	126
5.1.2. Garantía.	126
5.1.3. Aprobación de la inscripción.	128
5.2. Relación entre la Empresa de Servicios Transitorios y la Empresa Usuaria: el contrato de puesta a disposición de trabajadores.	129
5.2.1. Noción y naturaleza.	129
5.2.2. Formalidades.	129
5.2.3. Supuestos permitidos.	131
5.2.4. Duración.	132
5.2.5. Supuestos prohibidos.	133
5.3. La relación laboral del trabajador con la Empresa de Servicios Transitorios: el contrato de trabajo de servicios transitorios.	134
5.3.1. Noción y naturaleza.	134
5.3.2. Formalidades.	134
5.3.3. Objeto.	135
5.4. La relación laboral del trabajador con la empresa usuaria.	136
5.4.1 Noción y naturaleza.	136
5.4.2. Objeto.	137
5.4.3. Las responsabilidades de la empresa usuaria.	138
5.5. Fiscalización y sanciones.	139
5.5.1 Cancelación del registro de la Empresa de Servicios Transitorios.	141
CAPÍTULO TERCERO: LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES SUBCONTRATADOS Y SUMINISTRADOS.	143
I. BALANCE DE LA LEY 20.123.	143
1. GENERALIDADES.	143
2. AVANCES EN MATERIA DE SUBCONTRATACIÓN.	145
3. AVANCES EN MATERIA DE SUMINISTRO DE TRABAJADORES.	149
II. ASPECTOS PENDIENTES Y PROPUESTAS DE REFORMA.	154
1. LA EQUIPARIDAD SALARIAL.	155
2. LA EXTERNALIZACIÓN DEL GIRO PROPIO.	157
3. LAS FACULTADES FISCALIZADORAS DE LA DIRECCIÓN DEL	

TRABAJO.	158
4. DERECHOS COLECTIVOS.	163
III. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS COLECTIVOS.	171
1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MODELO ORIGINAL DEL PLAN LABORAL.	171
1.1. Cobertura subjetiva de la negociación colectiva.	173
1.2. El nivel de la negociación colectiva.	173
1.3. El derecho a la información.	174
1.4. La titularidad de la negociación colectiva.	175
1.4.1. La estructura sindical.	175
1.4.2. El objetivo de admitir la titularidad a una coalición de trabajadores.	176
1.5. Prohibiciones en cuanto al objeto de la negociación colectiva.	177
1.6. El procedimiento de negociación y el ejercicio de los derechos colectivos.	178
1.6.1. El procedimiento de negociación colectiva.	178
1.6.2. La huelga.	178
1.6.3. El procedimiento no reglado.	180
1.7. El acuerdo colectivo: las categorías de acuerdos colectivos y la eficacia de los mismos.	180
2. LOS PROCESOS DE REFORMA LABORAL.	182
2.1. La primera reforma laboral.	182
2.1.1. Nivel de la negociación colectiva.	183
2.1.2. Titularidad.	184
2.1.3. Las materias negociables.	185
2.1.4. El procedimiento de negociación colectiva.	186
2.1.4.1. El procedimiento de negociación colectiva pluriempresarial.	186
2.1.4.2. El procedimiento de negociación colectiva no reglado.	187
2.1.4.3. El derecho de huelga al interior de la negociación colectiva.	187
2.1.5. Los acuerdos colectivos.	187
2.1.5.1. Automaticidad en la aplicación de los contenidos normativos.	188
2.1.5.2. La extensión de los convenios.	188
2.2. La segunda reforma laboral.	189
2.2.1. La negociación colectiva semirreglada: un nuevo procedimiento de negociación.	190
2.2.2. Definición de un plazo de vigencia máximo para los instrumentos colectivos.	191
2.2.3. Establecimiento de exigencias, para la procedencia del reemplazo de trabajadores huelguistas.	192
3. SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES.	193
3.1. La desprotección del trabajo.	193
3.2. Influencia del neoliberalismo.	196

3.3. Las políticas redistributivas.	198
3.4. Salarios y negociación colectiva.	202
3.5. Desigualdad de ingresos.	205
IV. PROPUESTA DE REFORMAS.	207
1. PRINCIPIOS A ERRADICAR.	207
2. HOMOLOGACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.	209
2.1. La norma constitucional y la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos fundamentales.	209
2.2. El carácter de tratados de los convenios internacionales del trabajo.	210
2.2.1. Declaraciones y pactos de las Naciones Unidas.	211
2.3. La libertad sindical.	214
2.4. Liberalización de la negociación colectiva.	216
3. Empresa y Derechos colectivos.	220
3.1. Concepto de empresa.	220
3.2. Materias objeto negociación colectiva.	221
3.3. El rol del empleador en la negociación colectiva.	222
3.4. El rol de las organizaciones sindicales.	224
3.5. Ámbito de aplicación de los instrumentos colectivos.	224
4. REFORMAS PROCEDIMENTALES Y DE OTROS CONTENIDOS LEGISLATIVOS.	225
4.1. En lo relativo a normas procedimentales propiamente tales.	225
4.2. La unificación procedimental y sus consecuencias.	226
4.3. Propuestas de modificación a otras disposiciones legales.	227
4.3.1. El derecho a la información.	227
5. RECONOCIMIENTO Y EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO A HUELGA.	228
5.1. Antecedentes.	229
5.2. Propuestas para un reconocimiento del derecho a huelga y para su ejercicio efectivo.	230
CONCLUSIONES.	231
BIBLIOGRAFÍA.	234
ANEXOS.	244
I. ENTREVISTAS.	244
1. MARÍA ESTER FERES.	244

2. HORACIO FUENTES.	257
3. ESTEBAN HIDALGO.	275
4. MARTÍN PASCUAL.	304
5. RAFAEL PEREIRA.	327
6. JOSÉ LUIS UGARTE.	338

II. FALLO CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. RECURSO DE PRTECCIÓN. CODELCO CON DIRECCIÓN DEL TRABAJO.	352
--	-----

INTRODUCCIÓN.

La Ley 20.123 entró en vigencia el 16 de enero de 2007, modificando el Código del Trabajo y estableciendo un nuevo marco regulatorio para la subcontratación laboral y el suministro de personal en Chile.

Desde su promulgación, esta ley se presentó como una herramienta de mejoramiento de condiciones laborales para miles de trabajadores que, al amparo del Plan Laboral y sus reformas, ejercían funciones dentro de regímenes de descentralización productiva, con incertidumbre acerca del ejercicio de varios de sus derechos laborales fundamentales. Esta ley vino a llenar un vacío en nuestra legislación, solucionando un cúmulo de situaciones conflictivas.

Un gran avance de la Ley 20.123 fue establecer una diferenciación entre las figuras de la subcontratación y la del suministro de personal. Además, se establece un modelo de responsabilidad que perfecciona el anterior, contemplado en los antiguos artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo. Se consagra la responsabilidad subsidiaria y en cadena del mandante o dueño de la obra. Se establece una responsabilidad directa del mandante en materia de seguridad e higiene. La ley establece, como una de sus mayores novedades, un agravamiento de la responsabilidad de la empresa mandante, pero no por un hecho del contratista, como sería, por ejemplo, el no pago de las obligaciones laborales, sino por un hecho suyo, respondiendo solidariamente por no haber ejercido los derechos de control que la ley le otorga.

Sin embargo, a pesar de los avances señalados, salta a la vista de una lectura rápida, que no aborda, entre otros, el tema de los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados. No aborda el derecho a huelga, la sindicalización ni la negociación colectiva. Deja abierta la posibilidad a situaciones que perjudican al trabajador, como la posibilidad de la empresa de externalizar actividades propias de su

giro, o de tratar, en el plano de las remuneraciones, en forma distinta a trabajadores propios y externos que realicen funciones similares.

Lo planteado, se presenta como antecedentes necesarios a los fines que nos hemos planteado como objeto de análisis de nuestra investigación. Así, nuestros objetivos principales serán, a la luz de la Ley 20.123 y la legislación laboral pertinente, determinar en que forma se protegen los derechos colectivos de los trabajadores sujetos a un régimen de descentralización productiva, ya sea bajo la forma de la subcontratación o del suministro de personal, e intentar delinear cuales son las omisiones y fallas de que adolece nuestro ordenamiento jurídico en este sentido, realizando, además, las propuestas necesarias para su corrección.

El desarrollo de la investigación que se propone para el desarrollo de los objetivos planteados, contempla en primer lugar, el análisis de las bases doctrinarias históricas del derecho laboral en general, y de los procesos y medios de descentralización productiva en particular. En este sentido se hace necesario un previo estudio, aunque breve, de los conceptos y de las formas fácticas de producción y de relación con el mundo laboral, planteados por aquellos hombres que, de una u otra forma, forjaron la realidad laboral de los trabajadores hasta hoy, incluyendo para tal efecto, la ideas y mecanismos introducidos por Frederick Taylor, Henry Ford y John Maynard Keynes. Enseguida, es indispensable analizar, conceptualizar y desarrollar las variantes de la descentralización productiva, sus distintas formas y los sujetos que intervienen en ella. Para este último objetivo, por ser el Derecho Laboral, al menos en sus bases y principios intrínsecos fundamentales, un conjunto de principios y normas que trascienden nuestras fronteras, se analizará también las experiencias, rescatables o no, en el plano internacional.

En cuanto a legislación positiva, la ya citada Ley N° 20.123 será analizada, en lo pertinente a esta investigación, desde sus orígenes. Para ello se recurrirá a las normas que hayan sido precedentes de aquella y a la historia fidedigna de su establecimiento.

Además se hace necesario, por estar inmersos en un mundo globalizado, en el cual el respeto de las garantías fundamentales en materia laboral son de reconocimiento pleno y expreso por distintos instrumentos de carácter internacional, el análisis respecto de ellos. Así, es necesario contrastar nuestras normas internas, con aquellas de carácter internacional que hayan sido suscritas y ratificadas por nuestro país.

Enseguida, se apreciará la opinión de autores que se hayan abocado al estudio y al desarrollo doctrinario del Derecho Laboral, en lo pertinente a las implicancias de la descentralización productiva en el respeto y promoción de los derechos de sindicalización, negociación colectiva y otros derechos fundamentales, y que son quienes han creado la escasa literatura jurídica nacional existente respecto del ejercicio de los derechos colectivos, por parte de los trabajadores sujetos a regímenes de contratación laboral triangulares.

Finalmente, acudiremos a la consulta directa, a través del recurso metodológico de la entrevista, de un grupo de personas ligadas al ámbito del Derecho laboral y al ejercicio de los derechos de carácter colectivo, y que son una voz de autoridad en la materia, producto de sus estudios, sus cargos y sus experiencias. Con este fin, entrevistaremos a María Ester Feres, abogada, directora del Centro de Relaciones Laborales de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central y ex Directora del Trabajo; Horacio Fuentes, presidente de la Confederación de Trabajadores Metalúrgicos (CONTRAMET); Esteban Hidalgo, vicepresidente de la Confederación General de Trabajadores (CGT – MOSICAM); Martín Pascual, cientista político, investigador del Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo (CENDA); Rafael Pereira, abogado, jefe de la división jurídica de la Dirección del Trabajo y José Luis Ugarte, abogado, profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Diego Portales y Alberto Hurtado.

CAPÍTULO PRIMERO: LOS PARADIGMAS DE LA MODERNA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO.

I. GENERALIDADES

Las relaciones de trabajo no se han estructurado siempre de la forma en que las conocemos hoy en día. En efecto, han pasado por diversas etapas, dominadas cada una de ellas por principios afines a las teorías económicas de mayor aceptación en cada período histórico.

Así, las relaciones laborales en la Edad Media se organizan a partir de los estatutos de los gremios, verdaderos ghettos, compuestos por personas especialistas en un oficio y de carácter exclusivo y excluyente. Esta estructura pudo mantenerse mientras la economía se mantuvo con una impronta artesanal, muy alejada de la producción industrial en serie.

Con el advenimiento de la revolución industrial, estos dos mundos se combinan. Por un lado, tenemos al industrial capitalista, deseoso de una gran producción y riqueza y por otro lado al obrero heredero de los “secretos” de los oficios gremiales, que buscaba mantener los privilegios y la seguridad que le daba el saber exclusivo de su técnica.

Es a partir de este punto en las relaciones de trabajo que analizaremos sus paradigmas, mencionando los aportes de Taylor, Ford y Keynes, para pasar posteriormente al sistema organizacional en boga hoy en día: la descentralización productiva, el marco teórico de las figuras jurídicas contempladas en la ley N° 20.123.

1. LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL. LA ETAPA “PRE-CIENTÍFICA”.

La etapa anterior a la aparición de los postulados organizacionales de Taylor (a fines del siglo XIX) se caracterizó por una predominancia en el proceso productivo de los obreros.

En efecto, a principios del siglo XIX, tanto en Europa como Estados Unidos, existía el reclamo por parte de las autoridades fabriles de la ausencia de obreros disciplinados y hábiles, puesto que si bien contaban con obreros que dominaban y ejecutaban con gran pericia su trabajo, éstos imponían el ritmo de fabricación, condición que perjudicaba enormemente al capitalista, ya que, entre otros efectos, y dicho de manera muy general, le impedía producir y acumular riqueza en los términos por él deseados.

Esta búsqueda de obreros idóneos llevó a los industriales a realizar acciones que más tarde serían impensadas. A modo de ejemplo, dado que los obreros que dominaban su oficio eran escasos y estaban concientes de ello, eran propensos a cambiar constantemente su ciudad de residencia, en busca de mejores ofertas de trabajo. En vista de ello, el capitalista normalmente debió acomodarse a este “vagabundeo” obrero, instalando la fábrica donde aquél deseara vivir. Asimismo, una vez reclutados los obreros idóneos, el capitalista se veía forzado a retenerlos¹, aun cuando no podía darles trabajo, para asegurar el futuro suministro.

La importancia de los obreros en esta época tiene su mejor ejemplo en la crisis algodonera de Lancashire, Inglaterra, de 1863. En efecto, las industrias manufactureras

¹ Cabe señalar que esta obligatoriedad de retención de los obreros, no se refería a que el empresario costeara la estadía de aquéllos en el lugar que él decidiera, sino, más bien, al hecho de recurrir (como gremio) al Estado, presionándolo para que dictara leyes de prohibición de desplazamiento, sin considerar el hecho de que esto podía ocasionar su total desamparo. En este sentido: CORIAT, Benjamin. *El taller y el cronometro: ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*. 5ª. ed. Madrid, Siglo XXI de España, 2001. pág. 8.

de esta ciudad, al no recibir el algodón proveniente de los Estados del sur de Estados Unidos, deciden cerrar sus instalaciones y dejan a su suerte a millares de obreros y a sus familias. Ante dicha situación, el movimiento obrero reclama su derecho a emigrar en busca de mejores oportunidades. Sin embargo, se les negó esa posibilidad. Como ejemplo de las razones esgrimidas para prohibir la emigración de los obreros, podemos citar al presidente de la Cámara de Comercio de Manchester de la época, Edmund Potter: *“Los obreros son la fuerza espiritual y adiestrada que no se puede reemplazar en una generación. La otra maquinaria con que trabajan, por el contrario, podría sustituirse ventajosamente y perfeccionarse en doce meses (...) ¿Puede haber algo peor para los terratenientes o patrones que renunciar a sus mejores obreros y desmoralizar y disgustar a los demás con una emigración amplia y vaciadora, un vaciamiento del valor y el capital de una provincia entera?... y decid ahora si existe un plan que sea más suicida, para todas las clases del país, que éste de debilitar la nación exportando sus mejores obreros fabriles y desvalorizando parte de su capital y riqueza más productivos”*².

Como se puede ver, se apeló a un argumento moral y nacionalista para retener a los obreros. No era justo que el país perdiera a su mejor gente en beneficio de otras naciones industrialmente emergentes. Esa fue la consecuencia del “valor” que tenían los obreros para el capital.

Tanto valor tenían los obreros que las potencias industriales fomentaban la inmigración de obreros idóneos de otras partes de Europa. Por ejemplo, los industriales parisinos pagaban una fortuna por los obreros ingleses, reconocidos por su dominio de la fábrica siderúrgica. Junto con esa fortuna, se le concedían muchos privilegios, como el de residir periódicamente en París³.

² MARX, Karl. El Capital. Madrid, Siglo XXI Editores, 1975. Libro I, pág. 708.

³ WORONOFF, Denis. *Los Obreros de la Primera Industria Siderúrgica en Francia*. El Movimiento Social. (77): 114, dic. 1976.

Los dos ejemplos anteriores dan cuenta de que en la temprana industrialización europea se contaba con este gran obstáculo para el desarrollo del capital: la existencia de gremios, verdaderas fábricas de obreros hábiles, únicos poseedores de los secretos de la técnica. Es lo que se llamó el “obrero de oficio”.

Este saber especializado del obrero de oficio es una herencia de los gremios medievales. Muchos siglos después de la disolución de éstos, el oficio sigue siendo un patrimonio estrictamente familiar, sólo transmitido a la descendencia. Claramente, mientras menos obreros manejasen el oficio, mayor dominio de la relación con el capitalista tenían ya que lo obligaban a pagar de mejor manera, concientes de que son indispensables para el proceso productivo.

Esta característica se ve intensificada en el caso norteamericano. A mediados del siglo XIX, Estados Unidos poseía un gran déficit en cuanto a densidad de población, lo cual obviamente se traducía en una menor cantidad de obreros de oficio⁴, los que hacían notar más que en Europa su condición de indispensables, mediante sus organizaciones sindicales. Esta aplicación extrema de dicho modelo estriba en que se convirtieron en una verdadera barrera para la acumulación de capital.

La organización obrera se forjó en esta etapa precisamente a partir de estos obreros de oficio, y fue en Estados Unidos donde hicieron sentir su fuerza con mayor notoriedad. La organización obrera más importante de este tiempo fue la American Federation of Labour (A.F.L.), que se caracterizaba por ser un conjunto estructurado y homogéneo de uniones profesionales, donde su afiliación era estrictamente de oficio, siendo aquellos no especializados excluidos de la asociación. En términos prácticos, la A.F.L. funcionaba como un subcontratista, ya que garantizaba a los industriales la provisión de mano de obra de calidad a cambio de que éstos respetaran la “tarifa

⁴ Coincidentemente con la Guerra Civil, Estados Unidos resintió la falta de obreros en general. Esta falta permanente de obreros representó una dificultad endémica del capital americano para asegurar su desarrollo.

sindical”. Esta tarifa no se refería únicamente a la tasa salarial sino también al tiempo requerido para la confección de las respectivas piezas y la determinación de su calidad.

Otra muestra del poder del movimiento obrero en esta época, y que da cuenta de la estructura de las relaciones laborales de la primera mitad del siglo XIX, es el sello, rótulo o etiqueta (en inglés, label). El sello consistía en una certificación de calidad de la pieza, en el sentido de haber sido construidas por obreros reclutados por las asociaciones profesionales; como contrapartida, el sello involucraba el respeto del empresario industrial por la tarifa sindical.

Las organizaciones obreras en esta época resultaron ser entidades de defensa corporativa del oficio. Son famosas las campañas de boicot⁵ en contra de las industrias que reclutaban obreros no especializados. Estas campañas, sin embargo, se tradujeron en una guerra abierta en contra de aquellos obreros no especializados, aquellos rechazados del sindicato y a los que se obligaba a vender su fuerza de trabajo por debajo de la tarifa sindical. Esto se tradujo en un quiebre del movimiento obrero, ya que dicha persecución alcanzó ribetes de xenofobia y racismo.

En vista de ello, estas prácticas resultaron ser un elemento de colaboración entre clases sociales, siendo la más importante la del subcontratista y del “gestor” del mercado de trabajo que se explicó anteriormente. Sin embargo, y pese a que esta colaboración pudo haber sido base para tráficos múltiples, lo cierto es que para el pensamiento patronal la clase obrera organizada siempre representó un obstáculo insuperable y prontamente se vuelve contra el oficio, intentando quebrantarlo o evitarlo con el fin de crear las condiciones que le permitieran acumular capital a gran escala. Así,

⁵ Precisamente, el término boicot tiene su origen en una revuelta obrera. Charles Cunningham Boycott era un administrador de tierras agrícolas del Condado de Mayo, en Irlanda, que se hizo conocido por imponer una serie de rigurosas medidas contra los campesinos, quienes decidieron ponerlo en “lista negra”, negándose a trabajar para él. Así, en 1879, para la cosecha de dicho año, no pudo encontrar ningún trabajador que lo sirviera en la siega y la recogida. Como medida desesperada, fueron enviados soldados del ejército para reemplazar a los campesinos “desertores”. Sin embargo, no fue suficiente, ya que la cosecha se echó a perder. Claramente, el sistema de boicot tiene especial eficacia en aquellos rubros en que hay una relación entre el tiempo y la mercancía, donde esta última deba ser consumida en un plazo breve. En este sentido: CORIAT, op. cit., págs. 11

frecuentemente se intentó poner en práctica técnicas que le permitieran soslayar el poder del oficio, destacándose como formas pre-tayloristas de lucha en su contra, las siguientes:

i. **La Máquina:** desde un comienzo, la máquina industrial fue concebida como un medio que reduciría la importancia del oficio en el proceso productivo. Es más, el ideal de la inclusión de la tecnología en el taller era restringir el papel del obrero a la mera supervigilancia de la maquinaria, lo que estriba en reducir su número. Asimismo, mientras menos obreros hubiesen en la fábrica y menos importante fuera su función, se provocaba la reducción de los costos de fabricación; también un aumento de los ritmos de producción, ya que ésta ya no dependía de la fuerza humana, esencialmente variable, inconstante e irregular. Sin embargo, el efecto más importante para el capital, atribuido a la máquina, es que evita la insubordinación e indisciplina obrera, lo cual de todos modos constituyó una gran dificultad debido a que no es sencillo obligar a los hombres a *“renunciar a sus costumbres de trabajo desordenadas e identificarse con la invariable regularidad de complejo automática”*.⁶ Pese a todos estos “deseos” del capital, en la práctica, los obreros de esta época pudieron soslayar la imposición de las máquinas mediante la movilidad, puesto que, al no tener cabida en el sistema fabril, les quedaba la alternativa del trabajo agrícola y la emigración hacia aquellas ciudades en que el maquinismo no se había instalado.

ii. **Los Niños:** Los fabricantes prontamente se dieron cuenta que no existían mejores operadores del sistema automático que los niños. En efecto, su habilidad y su motricidad fina los hacían los únicos aptos para realizar determinados trabajos; además, ello significaba una economía de fuerza de trabajo, puesto que, en principio, se les pagaba a los niños tres o cuatro veces menos y se evitaba emplear a un obrero adulto de oficio en tareas complicadas pero que implicaban un escaso desgaste de energía. Estas razones son, a grosso modo, el discurso oficial de los manufactureros en relación al

⁶ CORIAT, op. cit., págs. 17-18.

trabajo infantil, pero las verdaderas razones las podemos ver en la sistemática petición de niños huérfanos y abandonados que los industriales realizaban a los orfanatos desde fines del siglo XVIII. Claramente, este comportamiento busca combatir la holganza obrera. Suministrándose de niños, el industrial se proveía de fuerza de trabajo dócil y hábil. Además, presentaban la ventaja que podían ser retenidos en el recinto de la industria de modo permanente, sin preocuparse de las temporadas de producción, evitando así que el taller intempestivamente quedara sin fuerza de trabajo. En consecuencia, el suministro de niños aseguraba el flujo industrial entre el ritmo de las estaciones. Este flujo continuo, relacionado también con la docilidad infantil, es producto del aprendizaje de los menores. Los niños, principalmente los provenientes de los orfanatos, ya venían disciplinados, por lo que eran propensos a continuar con dicho ritmo en el taller. Así, el industrial aseguraba mano de obra por mucho tiempo y les restaba a estos obreros una de las características más despreciadas por él, la indisciplina. De todos modos, hubo que considerar que el reclutamiento de los niños provocaba en ellos un rápido desgaste físico y mental. De ahí la dictación de leyes que limitaron la cantidad de horas trabajadas por los niños y asimismo, hicieron obligatoria la asistencia a la escuela, de manera de evitar el desgaste precoz.

iii. El Destajo: Las máquinas y los niños no fueron suficientes para erradicar de las fábricas a los obreros de oficio, ya que estos eran el paso obligado de muchas partes del proceso productivo. Es así que se tuvo que acudir a formas más sofisticadas para combatirlo, siendo el destajo la más eficaz arma del período pre-taylorista. Un destajista es un subcontratista de mano de obra que con las máquinas y las materias primas provistas por el industrial, hace ejecutar trabajos que éste le confía, con ayuda de obreros contratados por él por pieza y día, sin intervención del patrón. Si bien puede haber una similitud con la actividad desplegada por el sindicato de oficio, lo cierto es que el destajista opera a un nivel mucho mayor. La empresa propiamente tal ya no existe. Las distintas fases del proceso productivo quedan parceladas entre distintos destajistas que se hacen enteramente responsables de su sección productiva. Lo paradójico de esto es que las funciones que se le delegan al destajista son las que

precisamente el empresario se reservará posteriormente (a partir de Taylor) con mayor énfasis. En dicho momento se consideraba que el destajista, como obrero de oficio, estaba en mejores condiciones de cumplir que el patrón con el reclutamiento de trabajadores y con la organización y vigilancia del proceso productivo. En el fondo, ante la imposibilidad de poder quebrantar o eliminar esta técnica, implica usar el oficio contra sí mismo, ya que se utilizaba a un hombre de oficio para vigilar y controlar el trabajo de los demás. En vista de esto, se comprende que rápidamente los obreros hayan instado por la supresión del sistema de destajos, ya que les impedía relajarse en el trabajo como sí podían hacerlo con un patrón lejano e ignorante del proceso productivo. Pese a que el destajo comenzó a prohibirse por ley en los distintos ordenamientos jurídicos, siguió aplicándose, y quedó en desuso sólo una vez que la mecánica económica provocó el surgimiento de la economía escala, la que hizo innecesario un sistema como éste.

En este estado de la lucha entre capital y trabajo aún no había una tendencia que prevaleciera sobre la otra. Había manifestaciones en uno y otro sentido. Sin embargo, la forma en que la incipiente disciplina industrial se impone, comienza a gestarse en esta época. Determinante resulta ser a este respecto la composición técnica de la clase obrera, pues ésta marca la tendencia de cual será su comportamiento político. Como se mencionó, la clase obrera en esta época está claramente fragmentada entre los obreros de oficio y los no calificados, caracterizándose estos últimos por no oponer resistencia a la intensificación del trabajo y a la política corporativa del obrero de oficio, principalmente, por la miseria en que se hallaba permanentemente sumido, no quedándole más opción que vender su fuerza de trabajo, al precio que le ofreciera el industrial.

Esta es la estructura sobre la cual aparece Taylor, modificando para siempre la organización del trabajo con su administración o gestión científica (en inglés, “Scientific Management”).

2. EL TAYLORISMO.

Frederick Winslow Taylor (1856-1915) fue un ingeniero mecánico y economista estadounidense, promotor de la organización científica del trabajo. En 1878 efectuó sus primeras observaciones sobre la industria del trabajo en la industria del acero. A ellas les siguieron, una serie de estudios analíticos sobre tiempos de ejecución y remuneración del trabajo. Sus principales puntos de análisis, fueron determinar científicamente el trabajo estándar, crear una revolución mental y un trabajador funcional, a través de diversos conceptos, que se aprecian a partir de sus obras Shop Management (1903) y The Principles of Scientific Management (1911)

Lo que diferenció a Taylor, o más bien a su sistema, de sus predecesores, es que atacó sistemáticamente al oficio mismo. No buscó evadirlo ni dirigirlo contra sí mismo, sino que buscó destruirlo. De esta forma, Taylor comienza a configurar un paradigma de organización del trabajo que provocará el despegue de la producción en masa y que tenía por finalidad, por un lado el aumento de la productividad, y por otro, evitar el control que los obreros podían tener sobre los tiempos de producción.

Taylor realiza un diagnóstico del estado de las relaciones productivas entre el capital y el trabajo, de las cuales infiere dos grandes certezas:

i. La eficacia del oficio como modo de resistencia contra la intensificación del trabajo, radica en el hecho de que el conocimiento y el control de los modos operatorios industriales son propiedad exclusiva de la clase obrera, quedando los patrones excluidos de él.

ii. Esta exclusividad del saber obrero implica que son éstos los que controlan los tiempos de producción.

Combinando estas certezas, Taylor concluye lo siguiente: “*quien domina y dicta los modos operatorios se hace también dueño de los tiempos de producción*”. Estando el saber en manos obreras, se configura, al decir de Taylor, una “*holganza sistemática*” que paraliza el desarrollo del capital.⁷

2.1. Condiciones sociales que permitieron el éxito del taylorismo.

A partir de 1815 se produce en Estados Unidos el mayor movimiento migratorio de la época moderna. Este movimiento se ve fraccionado por la Guerra Civil, que tuvo lugar entre 1860 y 1865, y si bien podría pensarse que dividir dicho movimiento migratorio en dos períodos, interrumpidos precisamente por dicho acontecimiento histórico es una mera distinción cronológica, lo cierto es que el tipo de migración que se produce en ambos períodos es totalmente distinta, considerando los lugares de destino de los inmigrantes, su calificación y manejo del oficio y las labores que pasaron a desempeñar en Estados Unidos.

Se estima que en el primer período, entre 1815 y 1860, llegaron a Estados Unidos un total de cinco millones de inmigrantes⁸, provenientes principalmente del noroeste de Europa. La causa de estas grandes inmigraciones se debe a que en los países del noroeste europeo están notándose los efectos de la revolución industrial, los cuales implican la expropiación del pueblo campesino, tanto a través de medios económicos o de expulsiones violentas, legalmente organizadas. En vista de esas circunstancias, el campesino que no se adapta a la nueva realidad económica o que no tiene cabida en el nuevo sistema de producción industrial no le queda más opción que el exilio. Además, la emigración contó con el respaldo legal, ya que en el período inmediatamente anterior,

⁷ Esta “holganza sistemática” a la que se refiere Taylor se refiere a las formas de defensas desarrolladas por la clase obrera, de manera de asegurar por un tiempo prolongado su empleo y sustento.

⁸ CORIAT, op. cit., pág. 25.

como lo señalamos precedentemente, se prohibía por vía legal la emigración de los obreros. Este cambio de actitud de la clase dirigente se debió al convencimiento de que ante las incipientes y violentas revueltas obreras era mejor dejarlos partir, antes de que se reconstruyeran y reactivaran los focos de insurrección.⁹

El caso más llamativo de esta primera emigración es el de Irlanda. Para esa época, Irlanda se había convertido en una mera provincia agrícola de Inglaterra, por cuanto ésta última se había encargado de bloquear cualquier intento de manufacturizar el país. De hecho, ni siquiera los centros urbanos estaban en condiciones de mantener una población asalariada de forma continua, por lo que los artesanos y obreros se vieron forzados a volver al campo a intentar subsistir en las ocupaciones elementales que ofrecía la rústica agricultura irlandesa. Evidentemente, el campo, con su limitada capacidad de producción, no tenía cabida para la gran masa de obreros y artesanos que migró hacia él, obligando a estos últimos a seguir deambulando. Es así como se produce una ruta migratoria entre Irlanda, Inglaterra y Estados Unidos. Todo lo anterior implicó que Irlanda perdiera casi un tercio de su población en el período comprendido entre 1811 a 1866¹⁰.

En Estados Unidos, los inmigrantes tenían asignada su ubicación. Este país, a mediados del siglo XIX, está dominado por los WASP¹¹, quienes se reservan para sí, una posición económico-social ventajosa respecto de sus nuevos “vecinos”. Solo permitieron que el 10% de los inmigrantes se ubicaran en el campo como granjeros. Esto es consecuencia de su ignorancia respecto de las técnicas agrícolas americanas o de la

⁹ Ejemplo de lo mencionado son las leyes de 1825 y 1827 de Inglaterra y 1848 en Alemania y Escandinavia que suprimieron la prohibición de emigración. Incluso, esta medida alcanzaba a los artesanos y obreros especializados, sin perjuicio de que algunos países, como Inglaterra, intentaron realizar en un primer momento una emigración “selectiva”, reteniendo a los mejores obreros. En este sentido: Ibid., pág. 26-27.

¹⁰ Otro elemento que forzó la emigración de irlandeses fue la “enfermedad de la patata”, una epidemia que provocó una hambruna generalizada y la muerte de un millón de personas. En este sentido: Ibid.

¹¹ WASP: White anglo-saxon protestant (blanco, anglosajón, protestante). Son los descendientes de los primeros inmigrantes de Estados Unidos, cuando América era una simple colonia inglesa. En la época en que se desarrolla la gran inmigración, ya se han consolidado en el país como el grupo dominante, tanto en el plano político como económico, posición que defenderán con ahínco.

“competencia” que tenían en el sur con los esclavos negros. Es por ello que los inmigrantes se ubican en la costa este norteamericana, principalmente en torno a Nueva York y Boston. Al radicarse en núcleos urbanos, constituirán la gran reserva de mano de obra dócil, amaestrada por el capital inglés en el caso de los irlandeses, que tanto reclamaban los industriales norteamericanos del período inmediatamente anterior.

La segunda oleada de inmigrantes data de 1880 a 1915. Esta inmigración se caracteriza porque termina de alterar la composición del mercado de trabajo norteamericano.

El lugar de procedencia de estos nuevos inmigrantes cambia radicalmente: si en la primera oleada venían principalmente del noroeste de Europa, ahora es del otro extremo, Europa del sur (italianos, griegos, armenios) y del este (polacos, húngaros, checos, rumanos, alemanes). Esto tiene su explicación en el mismo proceso anterior: la revolución industrial, la cual cincuenta años después llegó a los países que todavía no se habían incorporado a ella. Estos inmigrantes también se ubicaron en la costa este del territorio americano, fenómeno producido en paralelo a la inmigración asiática (chinos y japoneses), quienes se ubicaron, por su parte, en la costa oeste.

La característica de estas nuevas inmigraciones es que están compuestas por hombres sin especialización alguna y que han tenido un ínfimo contacto con la industrialización. Además, las condiciones de acogida de estos inmigrantes fueron mucho más duras que lo que fue para sus predecesores de cincuenta años antes. En primer lugar, la posibilidad de establecerse en el campo es prácticamente nula, ya que está en manos de los WASP y de los pocos inmigrantes de la oleada anterior que lograron acceder a él, quienes se dedicaron a especular con las tierras y provocaron el “cierre de las fronteras” entre el campo y la ciudad, no teniendo los nuevos inmigrantes más opción que concentrarse en las zonas urbanas.

En el fondo, de las dos inmigraciones se constituyó un inmenso ejército de reserva que además posee características muy alabadas por el capitalista norteamericano.

Esta gran masa de obreros contribuyó a consolidar el gran proyecto industrial que en esta época estaba en plena etapa de formación.

No puede dejar de mencionarse que este contingente de obreros era estrictamente de reserva, por cuanto hasta entonces las relaciones productivas se desarrollaban en torno al oficio y a la habilidad obrera, lo cual no permitía una incorporación a gran escala al proceso productivo de las fuerzas de trabajo no especializadas.

De este proceso de mutación de clase trabajadora norteamericana resulta que su composición quedó de la siguiente manera: por una parte, un número reducido de artesanos y obreros de oficio que zafaron de las leyes europeas que impedían su emigración, instalándose en territorio norteamericano y replicando el mismo sistema de producción y defensa del oficio existente en Europa, para lo cual constituyeron rápidamente sindicatos y asociaciones de defensa, destacándose entre todas ellas la AFL. Por otra parte, un enorme contingente de personas, recién expropiadas de sus tierras, sin especialización, conocimiento e inclusive contacto con el proceso industrial, desprovistos de asociaciones de defensa por el rechazo de las organizaciones creadas por los obreros de oficio, en vista de su política de defensa corporativa.

Puede advertirse en lo anterior la diferencia de la composición técnica de la clase obrera con los medios de representación política que disponía. Es aquí donde el taylorismo realiza su ataque en contra del oficio, en vista de lograr una dominación del trabajo por parte del capital. Dividiendo el saber obrero, haciéndolo simple, trasladando las directrices del trabajo al capital, se provoca la entrada en masa del trabajador no especializado en el proceso productivo. Así, el sindicalismo es derrotado en dos frentes: no sólo es expulsado sistemáticamente el obrero especializado, sino también, el sindicalizado y organizado. Esto fue un gran triunfo del capital, porque siendo el obrero no especializado objetivamente más barato que el obrero de oficio, el hecho de no estar organizado, lo privó de la capacidad de defender el valor de su trabajo.

La forma política en que se atacó al oficio y se propendió a la contratación de los no especializados fue la llamada “*open shop campaign*”¹², es decir, el taller abierto, la libertad del empresario para contratar la fuerza de trabajo de elementos externos al sindicato.

Esta política se caracterizó por el hecho de que existió la convicción, incluso antes del advenimiento de Taylor, de que el problema de la acción sindical había que tratarlo colectivamente.¹³ Así, proliferaron las milicias privadas antiobreras y antisindicales, y los “confidentes” que se infiltraban en las organizaciones obreras con el fin de conocer su funcionamiento y sus planes de movilización y lucha.¹⁴

Los métodos de defensa antiguamente empleados por los grupos de obreros más influyentes, como el boicot y el sello, perdieron toda su efectividad. Las antiguas asociaciones obreras pagaron caro su política corporativista y no les quedó más que aceptar los nuevos términos en que se desarrollarán en adelante las relaciones de producción.

Detrás del sistema ideado por Taylor, están ciertos principios económicos, que permitieron desarrollar de manera notable los índices de producción en Estados Unidos. Para Taylor, el gran generador de riqueza es el trabajo sobre la naturaleza. Es así, a partir de este axioma básico, Taylor estimó que la acumulación de capital necesariamente supone el aumento de la productividad del trabajo. Es por eso que, instaurándose la nueva era del taylorismo, las relaciones de producción se rigen por nuevas normas:

¹² Campaña para la apertura del taller a los obreros no sindicalizados.

¹³ En la convención de la NAM (National Association of Manufacturers) de 1903 se reconoció claramente que un acercamiento colectivo al problema del trabajo constituía una nueva necesidad. Asimismo, la NMTA (National Mutual Trades Association) en su manifiesto declara lo siguiente respecto de la política sindical del “taller cerrado”: “En la medida que nosotros, los patrones, somos responsables del trabajo efectuado por nuestros trabajadores, seremos nosotros quienes determinemos de manera discrecional qué hombres consideramos más aptos para efectuar el trabajo y las condiciones en que el trabajo debe hacerse; la cuestión de la competencia de los hombres depende de nuestra sola autoridad”. En este sentido: CORIAT, *op. cit.*, págs. 26.

¹⁴ De todos modos, cabe señalar que existieron asociaciones, como la National Civil Foundation, que emplearon tácticas más moderadas, por ejemplo, la llamada contratación periódica. Esta consistía en prohibir el derecho a huelga entre contrato y contrato. En este sentido: *Ibid.*

i. Desde el punto de vista del trabajo concreto, es decir, del valor de uso de las fuerzas de trabajo requeridas, la principal modificación es la pérdida del control obrero sobre los modos operatorios. A cambio de ello, se lo reemplaza por una serie de gestos de producción concebidos y controlados por la dirección de la empresa. Esta serie de gestos, en un principio elemental, llegará a convertirse en un código general del quehacer industrial. De esta forma va asegurándose paulatinamente la incorporación del trabajador no especializado en el proceso productivo, lo que provoca el consiguiente cambio en la composición de la clase obrera requerida.

ii. Desde el punto de vista del trabajo abstracto, es decir, de la formación de los valores de cambio, la nueva ideología asegura un gran aumento de la productividad y de la intensificación del trabajo, ya que el hecho de reglamentar el trabajo de los obreros, provoca la reducción al mínimo de los tiempos “muertos” de producción y, como contrapartida, aumenta de manera considerable la jornada de trabajo efectiva.

3. EL FORDISMO.

Henry Ford (1863 - 1947) fue un industrial estadounidense, fundador de la compañía Ford Motor Company y padre de las cadenas de producción modernas utilizadas para la producción en masa. Fue un prolífico inventor que llegó a registrar 161 patentes de invención. La introducción de su modelo automovilístico Ford T, revolucionó el transporte y la industria en Estados Unidos, y, de paso, lo convirtió en uno de los hombres más acaudalados de su época.

A él se le atribuye el fordismo, sistema de producción industrial que se desarrolló entre fines de los años treinta y principios de los setenta, que le permitió crear a su compañía grandes cantidades de automóviles a bajo costo, mediante la producción en cadena. Si bien Ford tenía una educación bastante pobre, tenía una visión global, con el

consumismo como llave de la paz. Su intenso compromiso con la reducción de costos llevó a una gran cantidad de inventos técnicos y de negocio, incluyendo un sistema de franquicias que estableció un concesionario en cada ciudad de Estados Unidos y Canadá y en las principales ciudades del mundo¹⁵.

3.1. La cadena de montaje.

El sistema de control de los tiempos ideado por Taylor fue perfeccionado por Ford, mediante una serie de interesantes modificaciones realizadas tanto dentro como fuera del taller.

Las modificaciones que dicen relación con la forma de producir se traducen en estandarizar los tiempos de producción, de manera que éstos dependan cada vez menos de la discrecionalidad del obrero. La forma de llevar a cabo estas medidas fue a través de la línea de montaje, que consiste, básicamente, en un transportador de cinta, al que va adherido la pieza principal de la mercancía que se produce; ésta va pasando por el lugar de trabajo de cada obrero, donde éstos se mantienen fijos y le incorporan la pieza cuyo montaje le es encomendado, tarea que debían cumplir dentro del tiempo en que el transportador pasara por el lugar de trabajo respectivo. Así, tenemos una doble ventaja para el productor: se ahorra en mano de obra, ya que el obrero realiza un trabajo elemental, que no requiere de mayor calificación, y por otro lado, se obtiene una regulación, externa al obrero, del ritmo de trabajo.

¹⁵ WIKIPEDIA. Henry Ford. [en línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Henry_Ford> [consulta: 10 octubre 2008]

3.2. Normas de productividad y de producción fordistas.

La relevancia económica del fordismo consiste en haber asegurado el paso a la producción en serie y haber abierto una brecha para la producción en masa.

Las normas que introduce son de dos tipos: de productividad y de producción.

Las normas de productividad son los avances que asegura la línea de montaje respecto a las técnicas de extracción del plustrabajo. Así, podemos decir que el transportador permite suprimir gran parte de la mano de obra de mantenimiento y asimismo, elimina los tiempos muertos del taller y los convierte en tiempos productivos. De esta forma, y como se señaló anteriormente, el gran efecto que se produce es la extensión de la jornada de trabajo efectiva.

Por otro lado, la línea de montaje lleva a la radicalización de la parcelación del trabajo. Con Taylor, aún importaba la destreza individual del obrero, ya que en dicho sistema lo esencial era la división entre los trabajos de concepción y ejecución. Ford, por su parte, alcanza la subdivisión del propio trabajo de ejecución, lo que se vio facilitado por la composición de la clase obrera, la política del open shop¹⁶ y principalmente, gracias a un desarrollo inédito del maquinismo.

Finalmente, la organización del trabajo en líneas permite una vigilancia del proceso de producción. Antes, al capataz le era imposible la vigilancia del trabajo. Al estar ahora ordenado en líneas, es perfectamente posible advertir el cumplimiento de las instrucciones dadas a los obreros.

En cuanto a las normas de producción, éstas dicen relación con los cambios que la línea de montaje introdujo en la economía misma, modificando la escala de

¹⁶ En palabras del mismo Ford: “Todo el mundo trata de suprimir la necesidad de la destreza en todos los empleos de la mano de obra”. En este sentido: FORD, Henry. *Mi vida y mi obra*. Barcelona, Orbis, s/f. págs. 135-136.

producción, la naturaleza de los productos y las condiciones de formación de los costos de producción.

La línea de montaje aseguró las condiciones para lograr la producción en serie de mercancías estandarizadas. Para esto, la producción en serie debe haberse perfeccionado en cuanto a la calidad de sus componentes. Esto, porque para que sea posible el montaje, es necesario que las piezas que se montan sean rigurosamente idénticas e intercambiables.

3.3. El salario.

Para el capitalista, el salario siempre ha sido un estímulo patronal para el trabajo. Con Taylor, esta concepción llega a su formulación más sofisticada, el salario diferenciado por piezas, es decir, aquel que se paga dependiendo de la cantidad producida.

Sin embargo, esta concepción taylorista del salario se enmarca dentro de su gran objetivo, que es la lucha sistemática en contra del oficio. En efecto, mediante el salario se estimula al obrero a abandonar su holganza y a evitar que prefiera afiliarse al sindicato y a sus prácticas de resistencia. Así, el capitalista busca evadir el pago de la tarifa sindical y la de las cajas de socorro y ayuda mutua, las cuales hasta ese entonces eran llevadas exclusivamente por los sindicatos.

En el fondo, el apartar al obrero del sindicato exige ofrecer al obrero una garantía menos incierta de sus gastos de mantenimiento durante la prestación de sus servicios y fuera de ella. Es así, como el salario ya no se relaciona únicamente con la cantidad de trabajo aportado, sino también con la cantidad de trabajo necesario para que el obrero asegure sus gastos de reproducción.

De esta manera, comienza a configurarse el “capitalismo de bienestar”, que se caracteriza por ofrecer al trabajador un buen salario, una jornada de trabajo de duración razonable, garantías contra los tiempos de cesantía, contra los atentados a su salud y contra las prácticas discriminatorias, prestaciones todas, que el sindicato buscaba obtener por medio del trabajo, y que en este nuevo modelo fueron apropiadas por el empleador, sustituyéndose las garantías indirectas, propias del sindicato, por las directas.

Esto último implica un gran golpe contra el sindicato, puesto que nuevamente el capital lo priva de un elemento esencial, las prácticas asistenciales, las cuales lo hacían muy popular entre los trabajadores.

Ford da un salto cualitativo respecto a la funcionalidad que otorga a los salarios. En 1914 anuncia en sus empresas un Acuerdo General sobre los Salarios, el “five dollars day”. Recibe dicho nombre porque precisamente, su disposición más interesante y representativa, dispone el ascenso del salario nominal de 2,5 a 5 dólares diarios.

Ford pretende conseguir, mediante este acuerdo general sobre los salarios, los siguientes objetivos:

i. **El aprovisionamiento permanente de fuerza de trabajo:** Hay que tener presente que las industrias Ford Motor Company estaban ubicadas en Detroit, ciudad con una realidad muy particular a comienzos del siglo XX, compuesta por un gran contingente obrero producto de las inmigraciones, el cual se empleaba principalmente en la industria automotriz. Sin embargo, dicho rubro era extremadamente exigente y monótono, por lo que existía una alta deserción y recambio de obreros. En consecuencia, era un terreno fértil para la proliferación del sindicalismo y de las insurrecciones. En vista de ello, el aumento de los salarios busca romper dicho estado de insubordinación.

ii. **Influir en las condiciones de vida de la población obrera:** se busca, mediante el control del gasto del salario, influir en las condiciones de existencia de la población obrera. Como medida complementaria al punto anterior, y como intento de

solución para el gran problema social existente en Detroit a principios del siglo XX, Ford establece una estricta regulación para asignar el sueldo de 5 dólares por día. Los requisitos decían relación con la antigüedad en la empresa, con la edad y sexo del trabajador (Ford pretende que las jóvenes se casen) y con la moralidad (presentación personal, uso de tabaco y alcohol, etcétera).¹⁷ Con esto se inaugura la entrada en las industrias de los psicólogos y sociólogos, quienes son contratados por Ford con el objeto de controlar a los obreros, catastrar su forma de vida, tanto en su propio hogar como en los lugares que frecuentan y principalmente, en que gastan su salario.

iii. Dar al salario la función de ser una herramienta de eficacia del sistema: El five dollars day es complementario a todo el proceso que hemos reseñado, es decir, al maquinismo, a la reducción de la especialización, de los desplazamientos, etcétera. El salario, por tanto, sirve al capitalista de herramienta de eficacia del sistema. Para esto, se introducen sanciones sobre el salario en caso de ausencia, retraso o falta de cuidado en el trabajo, acompañadas de cláusulas de despido. Se dictan reglamentos internos cuyo estricto cumplimiento es a la vez condición de contratación y de despido. Ante este panorama, ciertamente que el five dollars day obtuvo grandes resultados; por una parte redujo al mínimo el ausentismo laboral y la deserción; disminuyó los costos de producción, tanto así, que pese al alza de los salarios y a la disminución de la jornada de trabajo, el costo de producción por automóvil en las industrias Ford bajó en un 17%¹⁸, y, finalmente asegurado el suministro de una mano de obra seleccionada y dócil, la producción de las industrias Ford experimentó niveles de crecimiento a ritmos nunca antes vistos.¹⁹

La racionalización tayloriana y fordiana no se detiene en los efectos recién señalados. Influye directamente en las condiciones de supervivencia de la clase obrera. Por un lado, y como consecuencia de la aparición de las grandes concentraciones

¹⁷ BENYON, Huw. *Working for Ford*. Harmondsworth, Penguin, 1971. pág.21.

¹⁸ Ibid., pág. 24.

¹⁹ Las industrias Ford produjeron 200.000 automóviles en 1913, 500.000 en 1915, 1.000.000 en 1919 y 2.000.000 en 1923. En este sentido: CORIAT, op. cit., pág. 59.

industriales y urbanas, aleja al trabajador de sus condiciones domésticas., que se caracterizaban por ser eminentemente rurales o semirurales, de las cuales obtenía sus medios de supervivencia de un modo no propiamente mercantil.²⁰ Por otra parte, a medida que la producción racionalizada se enfoca en los bienes de uso necesario, convierte a estos últimos en mercancías, lo que implica que sólo pueden ser adquiridos mediante una contraprestación en dinero, es decir, por medio del salario.

De esta manera, la clase obrera se regenera de una nueva forma: “*la racionalización productiva universalizó el intercambio mercantil de los bienes de uso necesario*”.²¹

En consecuencia, la producción sobre una base capitalista de los bienes de uso necesario, el rompimiento del equilibrio doméstico de la clase obrera y la ampliación de la esfera del salariado son fenómenos ligados, inherentes y necesarios al funcionamiento del nuevo esquema de acumulación del capital que resulta de las grandes racionalizaciones del proceso de trabajo.

4. CRISIS DEL MODELO. KEYNES.

A partir de 1920 la sociedad estadounidense comienza a gozar de los beneficios que trajo el aumento de la producción por la instauración de las técnicas tayloristas y fordistas.

Sin embargo, el período de bonanza no duró mucho. En efecto, se produjeron una serie de hechos que revelaron la fragilidad del sistema capitalista del *laissez faire*,

²⁰ Un estudio realizado en Estados Unidos en 1890, a 2500 familias residentes en las principales regiones del carbón, el acero y el hierro, sugiere que la mitad de ellas poseía ovejas, aves de corral, huertas o las tres cosas a la vez. Véase: BAVERMAN, Harry. *Labor and Monopoly Capital*. París, Máspero, 1976. pág.156.

²¹ AGLIETTA, Michel. *Regulación y crisis del capitalismo*. Madrid, Siglo XXI, 1979. pág. 92.

del dejar hacer, que concluyeron en el descalabro bursátil de 1929, con repercusiones internacionales.

Si bien la crisis se hizo visible mediáticamente por el famoso “jueves negro”, lo cierto es que fue el resultado del establecimiento de las nuevas normas de trabajo, de producción y de consumo, soportes de los modelos de Taylor y Ford.²²

Con respecto a los cambios producidos en la producción de mercancías, es evidente que, como en todo proceso con connotaciones sociales, no acaecieron de un momento a otro, ni de manera violenta. De hecho, el capital debió luchar varias décadas para lograr imponer las reglas del “scientific management”, encontrando una particular acogida en algunos momentos, como en tiempos de guerra, y otras épocas de manifiesto estancamiento. También cabe tener presente que el proceso tuvo un ritmo diferente dependiendo de los distintos países, de las distintas regiones, del sector económico, del nivel de resistencia obrera, etcétera, y asimismo, estas técnicas generaron especial escepticismo entre muchos industriales, quienes seguían prefiriendo las formas pre-taylorianas.²³

En el fondo, durante esta época existió una coexistencia de diferentes tipos de procesos de trabajo, los que, por supuesto, presentaban una desigualdad de productividad respecto de un mismo tipo de bien. Estas desigualdades no podían mantenerse, por cuanto conllevan la ruina de aquellas unidades productivas que ocupaban procesos menos eficaces. Si consideramos que esta desigualdad fue aumentando en un corto tiempo y que, en vista de eso, fue aumentando el número de unidades productivas cuyos procesos económicos iban quedando obsoletos, puede inferirse claramente que se estaba frente a una crisis generalizada, que se tradujo tanto en la desvalorización del capital propio, en la medida que sólo podía comercializarse a un precio inferior a su real valor, o, simplemente, en su destrucción.

²² CORIAT, op. cit., pág. 88.

²³ Ibid., pág. 89.

Es así, entonces, que la racionalización tayloriana y fordiana implicó el reajuste de los procesos productivos empleados por las distintas unidades económicas, lo cual se tradujo en quiebras industriales, comerciales o bancarias, eliminación de unidades de producción, concentración y en centralización del capital. En síntesis, la racionalización fue vehículo y motor de la crisis, puesto que su propio funcionamiento convertía en arcaicos los procesos que en algún momento la sustentaron. Tal es el origen de las quiebras y ruinas industriales en cadena que caracterizaron a la década de 1930.²⁴

Las nuevas normas de consumo tuvieron una implementación lenta y asimétrica, y adicionalmente, fueron causantes de convulsiones sociales. Estas nuevas medidas, como se ha señalado previamente, suponían la supresión del antiguo equilibrio doméstico y rural, la producción de corte capitalista de los bienes de uso necesario, la extensión del salariado y la hegemonía del dinero como instrumento y soporte de cambio. Todos estos elementos son interdependientes, y si bien su recepción fue dificultosa porque chocaba violentamente contra el antiguo orden de cosas, lo cierto es que terminaron de imponerse forzosamente a través del mecanismo legislativo.

La motivación de estas medidas fue fomentar la incipiente producción en masa. Al respecto señalaba Ford que era necesario mantener ciertos equilibrios, a objeto de asegurar un nivel elevado de producción: *“nuestro propio éxito depende en parte de los salarios que paguemos. Si repartimos mucho dinero, ese dinero se gasta (...); de ahí que (...) esta prosperidad se traduce en un aumento de la demanda”*²⁵.

Sin embargo, Ford no consideró en un primer momento que altos salarios no absorbían por sí mismos los bienes producidos a unas escalas y series altas. Por esto, proliferaron las técnicas de consumo forzoso. Así, nacen los economatos (en Chile, pulperías), almacenes donde el obrero debía alimentarse y abastecerse; se empieza a pagar al trabajador no sólo en dinero, sino también en vales de compra canjeables por

²⁴ Ibid.

²⁵ FORD, op.cit., pág. 142.

determinadas mercaderías de determinados establecimientos. También comienzan a desarrollarse en esta época, instituciones que fomentan la venta a crédito.²⁶

Las nuevas normas de consumo, de trabajo y de producción, suponen la distribución de un poder adquisitivo suficiente en forma de salario y de renta. Debido a que estos mecanismos no funcionan de manera lineal y automática, las crisis son precisamente producidas por la falta de adecuación entre estas normas.

Dicho de otra manera, hay que considerar a la crisis como parte del proceso de racionalización de los procesos productivos y de acumulación de capital. Sin embargo, en la medida que las crisis debilitan el capital y rompen el ansiado equilibrio, posibilitan la entrada en escena de un nuevo actor: el Estado, con el objeto de asegurar una regulación de los nuevos equilibrios y de las nuevas relaciones de clase.

Antes de la entrada del Estado en las relaciones de producción, no faltaron quienes, ante el panorama desolador de la economía en general, dieron sus recetas para solucionar la crisis, siempre dentro del esquema existente (por ejemplo Henry Ford, John D. Rockefeller o John P. Morgan). Sin embargo, existió un hombre que supo interpretar el fenómeno, con el convencimiento de que en periodos de crisis no deben repetirse hechos pasados, sino incorporar nuevos elementos sociales para poder superarlos. Este hombre fue John Maynard Keynes.

John Maynard Keynes (1883 - 1946) fue un economista británico, cuyas ideas tuvieron una fuerte repercusión en las teorías económicas y políticas modernas, así como también en las políticas fiscales de muchos gobiernos, generando el monetarismo. Los

²⁶ Por ejemplo, en Francia encontramos a la SOVAC (Société de Vente à Crédit), dependiente de Citroen; la DIAC (Diffusion Industrielle et Automobile par le Crédit), creada a instancias de Peugeot; la CAVIA (Crédit pour l'Achat des Vehicules Automobiles), ligada a Simca, entre las que se ocupaban del crédito automotriz. Hubo también instituciones orientadas al crédito para adquirir otro tipo de bienes, especialmente, electrodomésticos, como La Semeuse, el CREG (Crédit Electrique et Gazier) y Radio-fiducilaire, dependiente de Philips. En este sentido: CORIAT, op. cit., pág. 93.

economistas lo consideran uno de los principales fundadores de la macroeconomía moderna²⁷.

Keynes es el ideólogo que permite la entrada del Estado en la economía de mercado. En específico, interviene en la relación entre las fuerzas de trabajo y la acumulación de capital. Es por eso que la figura de Keynes, y sus postulados de política económica, deben ser relacionados con el mecanismo de producción en masa y con el salvataje del capitalismo.

Keynes repite como norma macroeconómica uno de los postulados centrales de Ford: mantener el poder adquisitivo y distribuir salario y renta, pues este es el supuesto del mantenimiento de un alto nivel de consumo, el cual es la “llave maestra” de la salida de la crisis.

Para Keynes era un contrasentido el comportamiento general de ahorro que suponían las crisis. En efecto, la crisis supone un alto número de cesantes, y el hecho de ahorrar solo provocaría un aumento de este índice. Aquel que quede cesante sólo vería disminuido su nivel de consumo, lo que a su vez provocaría la cesantía de aquellos trabajadores que hayan producido lo que él ya no tiene como consumir, provocando, en definitiva, un círculo vicioso. Keynes, de esta manera, concluye que todo lo que dificulta los procesos productivos repercute en los procesos de consumo, y viceversa. De esta manera, Keynes fue partidario de fomentar la actividad económica, tanto la producción como el consumo, ya que de esta forma se pone en marcha nuevamente los engranajes de la economía y así, la salida de la crisis.

De esta manera, Keynes propugnó políticas de consumo, que combatan la tendencia al ahorro y de inversión pública, principalmente de obras públicas, ejecutadas por las colectividades locales.

²⁷ WIKIPEDIA. John Maynard Keynes. [en línea] < <http://es.wikipedia.org/wiki/Keynes> > [consulta: 10 octubre 2008]

El mérito de Keynes es haber sabido registrar y formalizar las condiciones de existencia y reproducción de los mecanismos de producción en masa. Él no sólo da recetas macroeconómicas para solucionar la crisis, sino que incorpora nuevos actores sociales al juego económico, siendo estos los sindicatos.

En efecto, uno de sus primeros postulados es que la ley de la oferta y la demanda no se aplica, puesto que los sindicatos son lo suficientemente poderosos para intervenir en ella²⁸. Es por esto mismo que Keynes considera que los sindicatos suponen un gran peligro, más aun, porque la ciudadanía en general estima que sus demandas son legítimas. En vista de lo anterior, Keynes estima necesaria una nueva gestión de la fuerza de trabajo.

Además de su vertiente económica, la revolución keynesiana consagró una nueva forma de gestionar las fuerzas de trabajo por parte del Estado. Este “Estado-Plan”, se tradujo en el “New Deal” (en español, nuevo trato) norteamericano²⁹, que buscaba la consecución de los siguientes objetivos:

- i. Fijación de un marco jurídico legal consistente en un conjunto de reglas y normas sobre una misma relación de explotación (duración del trabajo, horas extraordinarias, trabajo de los niños, salario, etcétera).
- ii. Instauración de un salario indirecto (asignaciones familiares, enfermedad, jubilación) para repartir de otro modo los beneficios concernientes a las condiciones mercantiles y no mercantiles de reconstrucción de la fuerza de trabajo, con el fin de asegurar sobre una base duradera la existencia de la mano de obra barata que necesita la gran industria.

²⁸ KEYNES, John Maynard. *Essays in persuasion*. París, Gallimard, 1933. pág. 243.

²⁹ El “New Deal” consistió en una serie de medidas adoptadas en Estados Unidos por el Gobierno de Franklin Delano Roosevelt, con las cuales se palió la gran crisis económica de los años 30 y que suponen la aplicación del pensamiento económico de Keynes.

iii. Reestructuración de la asistencia a los cesantes y accidentados, concebida no ya como un sistema de ayuda a los más, sino como un medio de incorporación y control de las fuerzas de trabajo, consistente en mantenerlas en reserva para la producción capitalista.

A partir del “New Deal” la relación entre capital y trabajo se circunscribe a dos puntos: uno, de forma, es el establecimiento de contratos debidamente negociados; otro, de fondo, es que el contenido del contrato consiste en hacer que la elevación del nivel del salario dependa del incremento de la productividad.

Lo que Keynes pretendía, en el fondo, era suprimir la noción de antagonismos de clases y dotar a la relación capital-trabajo de una formalidad contractual. Desde Keynes, estos antagonismos se transforman en conflictos sociales dependientes de la negociación realizada entre los distintos interlocutores sociales.³⁰

³⁰ La posterior práctica de los contratos colectivos y los “convenios negociados”, reflejan una maduración de esta concepción de igualdad entre el capitalista y los sectores obreros organizados.

II. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA.

Durante la mayor parte del siglo XX, la empresa se conceptualizaba como un ente dotado de mecanismos de autoridad y mando, que poseía una estructura concentrada, con la que llevaba a cabo la totalidad del proceso de producción. De esta forma, la empresa se asemejaba a un edificio único y vertical o a una pirámide, en la que por una puerta entraba la materia prima y por la otra salía el producto acabado.³¹

En las dos últimas décadas del siglo pasado, diversas y complejas causas económicas, tecnológicas y productivas condujeron a una situación de “hiper competitividad” empresarial, tanto a nivel nacional como internacional, elevando al costo de producción (y, por tanto, al costo laboral) al rango de elemento clave o esencial para la supervivencia y crecimiento de la empresa. En ese marco, la descentralización productiva, como técnica de gerenciamiento de la reorganización flexible de la producción, le ha aportado a la empresa una reducción de riesgos económicos y jurídicos, la optimización de sus costos y la racionalización de sus recursos.

Fomentado su inicio en el mercado norteamericano, los modelos de externalización, outsourcing, descentralización o tercerización (esta última expresión es la más utilizada) han penetrado cada vez en más en las distintas regiones y empresas del mundo, no siendo nuestro país una excepción. De este modo, el modelo de producción fordista, que fue predominante en la mayor parte del siglo pasado, ha cedido terreno frente a un nuevo paradigma organizativo post fordista o de trabajo en red (del inglés, networking).

En este sentido, es común señalar que, en la actualidad, la empresa moderna basa su estrategia de funcionamiento en la segmentación y fragmentación de sus diferentes actividades y operaciones, concentrando sus recursos financieros, técnicos y humanos en

³¹ CASTELLO, Alejandro y ROSEMBAUM, Jorge. *Subcontratación e intermediación laboral*. Montevideo, Fundación de Cultura universitaria, 2008. pág. 21.

el núcleo del negocio, desplazando el resto de las operaciones hacia entidades externas con los que se celebra una variada gama de acuerdos, de diferente naturaleza jurídica.

El nuevo paradigma organizacional presenta algunos rasgos que revelan un cambio radical en la lógica de producción dominante en las primeras décadas del siglo XX.

Una primera característica consiste en que progresivamente va perdiendo importancia la fabricación de objetos tangibles en relación a la producción de bienes intangibles, los cuales abren nuevas posibilidades a la producción de valor, siendo la revolución informática el centro de este fenómeno. El segundo rasgo está vinculado a la sustitución de la lógica del control jerárquico por una lógica de gobierno de complejidad, que utiliza el aumento de la variación y de la intermediación como modo para generar valor y ventajas competitivas.

En cierta manera, la externalización supone una forma de división del trabajo en redes globales en las que se sustituye el trabajo interno, por la compra de trabajo terminado, que antes se solía realizar con recursos propios. Por esa vía, la empresa cede a un tercero una parte de las operaciones o actividades necesarias para cumplir su ciclo productivo, desprendiéndose de edificios, máquinas, herramientas y fundamentalmente trabajadores, para posteriormente mediante trabajos comerciales (suministro, arriendo de obra o de servicios, consultoría, franchising, etcétera) adquirir nuevamente el trabajo, servicio o producto que agrega a su proceso de producción. Esta técnica de organización empresarial permitiría obtener un bien final con un valor añadido, ya que la empresa proveedora o auxiliar tendría mayor especialización y eficiencia en la actividad que constituye su giro normal o parcial.

Aunque pueda resultar paradójico, la descentralización de la producción ha tenido como resultado, por un lado, una fuerte fragmentación organizacional y empresarial y una intensificación de la división del trabajo, pero por otro lado, una notable concentración del poder en todo lo que concierne a los aspectos financieros,

económicos, comerciales, tecnológicos y laborales³². Si bien las otrora grandes empresas industriales, comerciales y de servicios han adelgazado en activos fijos y trabajadores, su poder de conducción económica se encuentra intacto, al punto de que frecuentemente se observa que en su periferia se ubica una importante cantidad de empresas auxiliares que dependen económicamente de la misma.

La descentralización empresarial no constituye una categoría jurídica sino un fenómeno de carácter económico, una forma de organización de las actividades de la empresa. La descentralización empresarial tampoco es una teoría o una ideología, sino una forma de gestión de la empresa y una modalidad de colaboración entre empresarios para la realización de determinados ciclos o procesos productivos, en forma coordinada. A diferencia de los grupos de empresas o conjuntos económicos, en este caso las entidades mantienen su autonomía jurídica, financiera y política³³.

Ahora bien, la afirmación anterior no impide que la externalización, tanto sea de operaciones (transferencia de un segmento del proceso o las actividades de la empresa), como mano de obra (contratación del trabajo a través de un tercero), muchas veces se canalice por medio de instrumentos jurídicos que pertenecen al mundo del Derecho del Trabajo. Tal es el caso de la subcontratación, la intermediación, los grupos de empresas, la transferencia de empresas, la cesión y préstamo de mano de obra, entre otros institutos.

³² Al respecto, se ha sostenido que el sistema capitalista produce mercancías, tecnología y servicios no para satisfacer necesidades humanas en abstracto, como postula la teoría neoclásica y funcionalista de la economía, sino para elevar al máximo la acumulación de capital y la rentabilidad general del sistema, aun cuando éste se encuentre en un ciclo represivo. Según datos publicados por el periódico Financial Times en el año 2001, de las 500 empresas más grandes del mundo un 79% están ubicadas en EE.UU. o Europa Occidental. Si se incluye a Japón, la cifra aumenta a un 91%. Este proceso de concentración y centralización de capital, de las empresas, de los recursos humanos, naturales y financieros, y de activos empresariales, es el responsable, en opinión de Adrián Sotelo, de la reestructuración de la economía mundial en los años ochenta y noventa. Además, es particularmente responsable de la refuncionalización del mundo del trabajo, cuya organización queda, de esa forma, estructurada y expuesta a las características de esta nueva fase de la economía mundial. En este sentido: SOTELO, Adrián. *La reestructuración del trabajo, superexplotación y nuevos paradigmas del mundo del trabajo*. México D.F., Editorial Itaca, 2003. pág. 13.

³³ CASTELLO y ROSEMBAUM, op. cit., pág. 23.

Sintetizando, podría decirse que la descentralización empresarial plantea para el Derecho del Trabajo dos grandes problemáticas. La primera, que ha sido más estudiada y regulada legalmente, referida a la identificación y determinación de los sujetos responsables del cumplimiento de la normativa. La segunda, menos frecuentada por la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, se refiere a las barreras prácticas (y a veces legales) para el desarrollo de las relaciones colectivas y la diferencia de condiciones de trabajo existentes entre los trabajadores de las empresas principales, comitentes o matrices y los trabajadores de empresas auxiliares, proveedoras o satélites.

A ello hay que agregar que, con carácter general, los procesos de descentralización han tenido efectos negativos en el ámbito de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. En muchos casos, la externalización aparece como un fenómeno asociado a la disminución de los niveles de empleo. Si bien, a priori podría pensarse que esta técnica supone una mera forma de trasladar empleo de una empresa a otra, lo cierto es que muchas veces este proceso termina provocando la destrucción de empleo útil. Ello se debe a que frecuentemente la descentralización va asociada a la necesidad de obtener el mismo bien o servicio, a menor costo, o a que la empresa auxiliar puede brindarlos sin incrementar sus recursos humanos.

También se suele producir un deterioro en la fuerza de trabajo, una disminución de los salarios y un aumento de la informalidad laboral; no debe perderse de vista que generalmente la externalización tiene como destinatario a pequeñas y medianas, con menor disponibilidad de recursos, mayor fragilidad económica y plantillas laborales más reducidas, lo cual genera que los niveles salariales sean menores a los existentes en la empresa principal y que, en ciertos casos, tengan que evadir la legislación laboral y previsional (economía informal) para poder aumentar su competitividad.

A su vez, el “adelgazamiento” de la empresa principal y la creación en su periferia de múltiples unidades productivas (pequeñas y medianas), han conspirado contra la posibilidad material de que los trabajadores se puedan sindicalizar. De igual

modo, la descentralización productiva suele impactar negativamente sobre la negociación colectiva.

Es un hecho que la deslocalización del proceso en una pluralidad de estructuras empresariales formalmente autónomas dificulta la aplicación de condiciones de trabajo (especialmente salariales) de manera homogénea para todo un sector, lo que hace inclinar la balanza hacia un modelo de negociación colectiva descentralizada o por empresa. La realidad demuestra que existen serias dificultades para que se conformen redes de trabajadores de pequeñas empresas interconectadas, capaces de unirse para negociar. Tampoco ha sido posible que el convenio colectivo de la empresa que constituye el epicentro de la descentralización se convierta en un instrumento que perdure en relación con la negociación de condiciones laborales respecto de los trabajadores de las empresas satélites.

En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no existe una prohibición para que el empresario, en ejercicio de la libertad de empresa plasmado bajo diferentes formulas en las constituciones nacionales, tenga libertad para determinar la forma en que organizará sus actividades (con la única restricción de que las estructuras sean lícitas). Sin embargo ello no implica que en protección de los terceros (trabajadores, proveedores, consumidores, el fisco, accionistas minoritarios, etcétera) la legislación no pueda establecer límites a dicha libertad, así como también formas y niveles de responsabilidad patrimonial del empresario frente a los terceros con los que se vincula (especialmente los trabajadores de las empresas proveedoras de trabajo o de obras o servicios).

En este sentido, muchas veces la legislación del trabajo introduce alguna norma, capaz de inmunizar, en parte, a los trabajadores atrapados en el proceso de tercerización del problema de alteridad formal jurídica por parte de quien implementa la descentralización, haciendo co-responsable al beneficiario del servicio externalizado, inclusive más allá de todo mecanismo de imputación directa de las relaciones de trabajo.

1. ASPECTOS GENERALES.

Los cambios recientes en el mundo de las relaciones laborales tienen fuerte conexión con el fenómeno de desestructuración de la actividad económica de la empresa. En el nuevo proceso de la producción en red, la empresa no sólo se conecta con el proveedor de materia prima y con el comprador de su producto como solía suceder en el pasado, sino que desarrolla una extensa trama de interconexiones con proveedores de diverso tipo que colaboran y auxilian a la empresa en la realización de las distintas etapas de su ciclo de producción.

En el pasado, la empresa se estructuraba de forma vertical e incluía en su propio ámbito el ciclo productivo completo o al menos su mayor parte. La empresa suponía una forma centralizada y concentrada de capital y trabajo, autosuficiente y autónoma, que controlaba la totalidad de su ciclo productivo y la búsqueda de una ventaja competitiva, a partir de la realización exclusivamente de competencias esenciales, centrales o nucleares. De esta forma la empresa ha apostado a reducir su plantilla, desprenderse de sus activos fijos y desplazar funciones que antes se desarrollaban en su seno, delegándolas en empresas que ofrecen mejor precio. Consecuentemente, las empresas estructuran su producción en red o de forma horizontal, con vinculaciones más o menos estables, con empresas satélites que les proveen servicios.

En el pasado, la empresa suponía una organización integrada y centralizada, con fronteras visibles. Los cambios en curso sustituyen ese tipo de empresa por formas novedosas y complejas. De esta forma, el polo patronal se diluye y el centro único de poder es reemplazado o disimulado por una pluralidad de centros de decisión jurídicamente autónomos. El empleador puede desdibujarse en múltiples sujetos de

imputación jurídica, porque como veremos, cuando un empresario decide hacer un negocio, utiliza muchas sociedades, contratos diferentes, subcontratos, etcétera³⁴.

En el nuevo escenario internacional, de alta competencia y cambios tecnológicos acelerados, las empresas tienen que ser flexibles y capaces de cambiar su forma de producir para acomodarse a las nuevas condiciones económicas. Si esta estrategia es llevada hasta sus límites, la empresa se desmaterializa, se convierte en una entidad virtual que no posee bienes ni empleados. Lo mismo sucede cuando el fenómeno de exteriorización de la producción se realiza “en cascada”, de modo que resulta más difícil la determinación del punto donde una empresa termina y la otra comienza.

Según Juan Rivero Lamas, la descentralización productiva supone una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios, basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando³⁵.

También se ha dicho, que la descentralización productiva consiste en una forma de organización de la actividad empresarial, en virtud de la cual una empresa (empresa principal) decide no realizar directamente ciertas actividades, optando, en su lugar, por desplazarlas a otras empresas o personas individuales (empresas auxiliares) con quienes establece a tal efecto contratos de variado tipo, civiles o mercantiles³⁶, o que es un proceso por el cual una empresa transfiere a otra parte de su actividad.³⁷

³⁴ LORENZETTI, Ricardo. *El fraccionamiento de la responsabilidad laboral*. Revista de Derecho laboral. (2001-1): 114. Buenos Aires, 2001.

³⁵ RIVERO, Juan. *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*. En: X CONGRESO Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. Asociación Española del Trabajo y la Seguridad Social, Colección informes y estudios, 2000. pág. 23.

³⁶ TERRADILLOS, Eudurne. *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2000. pág. 33.

³⁷ FERNANDEZ, Hugo y GAUTHIER, Gustavo. *La tercerización y el Derecho del Trabajo*. Revista de Derecho laboral. XL(186): 390. Montevideo, abril.-junio 1997.

Según María López Sánchez, la descentralización productiva o outsourcing “*es un fenómeno económico que comporta la redefinición del ciclo productivo de la empresa, para encomendar a terceras empresas la realización de una parte de su actividad de producción de bienes o servicios (...) no es un fenómeno uniforme sino que acoge en su seno una tipología muy variada de supuestos de gran complejidad, caracterizados porque en ellos se opera una reducción o desmembramiento de la empresa como consecuencia de decisiones de táctica empresarial*”³⁸.

Salvador del Rey y Manuel Luque, ponen de manifiesto que “*pocas decisiones empresariales presentan en la actualidad una problemática jurídico-laboral más importante que los fenómenos de la descentralización productiva, esto es, toda externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa*”.³⁹

También se señala que la descentralización productiva incluye dos ideas centrales: por un lado, una división del trabajo entre empresas, y por otro lado, la exteriorización (o externalización) de funciones que una empresa podría realizar, pero que para desarrollarlas decide recurrir a una cooperación interempresarial.

El fenómeno de la descentralización genera que la organización contemporánea de la empresa adopte formas inimaginables en el pasado. Ejemplo paradigmático de descentralización, es la transnacional Nike, la cual ha sido catalogada como una “*empresa virtual*”, ya que pese a ser la primera empresa mundial fabricante de calzado deportivo, no posee ninguna fábrica, ni máquinas, ni equipamiento ni bienes inmobiliarios. Esta compañía ha establecido una amplia red de proveedores, que producen las formas físicas de sus conceptos. Nike es solamente dueña de las ideas y las

³⁸ LOPEZ, María. *El empleador en las organizaciones empresariales complejas*. Madrid, Colección de Estudios CES, 2007. pág. 37.

³⁹ DEL REY, Salvador y LUQUE, Manuel. *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*. Valladolid, Lex Novoa, 2001. pág. 17.

imágenes que son lo que realmente se compran y se venden en la nueva economía en red.⁴⁰

Mario Garmendia apunta que *“la empresa abandona su corporeidad y pasa a constituirse en una entidad articuladora de transacciones y en un instrumento para organizar la asignación de recursos de un modo eficiente. La empresa moderna sólo reserva para sí las actividades más características, más redituables o las que puede desarrollar con mayor eficacia, delegando las demás. La empresa-organización queda transformada en un conjunto de contratos organizados. Tiende a convertirse en una empresa virtual que no posee nada tangible y cuya única virtud consiste en su capacidad de movilizar agentes económicos”*⁴¹.

1.1. Denominaciones.

En la literatura jurídica especializada se suelen utilizar diversos términos para hacer referencia al fenómeno económico que analizamos. Así, es usual que el desplazamiento obras o servicios que realiza una empresa hacia terceros (sean personas físicas o jurídicas) y la delegación de la función de contratación de personal (reclutamiento, selección y provisión de recursos humanos mediante agencias privadas de empleo) constituyen procesos denominados indistintamente con las expresiones “descentralización productiva o empresarial”, “externalización”, “tercerización”, “subcontratación”, “outsourcing”, entre otros.

⁴⁰ RIFKIN, Jeremy. *La era del acceso: la revolución de la nueva economía*. Barcelona, Paidós, 2000. pág 74.

⁴¹ GARMENDIA, Mario. *Nuevo régimen de responsabilidad en subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra (Comentario sobre leyes N° 18.099 y 18.251)*. Tribuna del Abogado. (156): 20. Montevideo, enero-febrero 2008.

Para algunos autores, como Ricardo Hierrezuelo, se trata de términos que no son sinónimos. En efecto, para él la descentralización productiva sería el género, que abarcaría todo el abanico de manifestaciones en las que existe una división del trabajo entre empresas y la exteriorización de funciones de una de ellas en otra, para lo cual se recurre a la cooperación interempresarial, mientras que fenómenos como la tercerización, intermediación, la interposición, contratación, subcontratación y outsourcing, serían especies de aquella⁴².

Hierrezuelo señala que la intermediación se verifica cuando una persona contrata trabajadores con la intención de proporcionarlos a las empresas, lo que constituye solamente una de las facetas de la descentralización: en la interposición existiría un tercero que se colocaría entre el trabajador y el empresario, como forma de evadir la legislación laboral por parte de este último. Por su parte, la contratación y subcontratación referirían a una modalidad de descentralización. El término “outsourcing” designaría, en sentido estricto, la externalización de servicios informáticos de la empresa, sin perjuicio de que una reformulación posterior haya hecho que se utilice el término para designar a toda estrategia empresarial en virtud de la cual una empresa externaliza parte de la actividad que antes desarrollaba personalmente⁴³.

Si bien la expresión “tercerización” suele ser utilizada como sinónimo de descentralización y externalización, estos dos últimos conceptos parecen tener una acepción más amplia, por lo que se hace recomendable su utilización como expresión de alcance más general o universal. En efecto, mientras la tercerización hace referencia a casos en los que existen tres sujetos y se conforma una relación triangular de trabajo, integrada por un trabajador y dos empresas, estando vinculado formalmente el trabajador con una sola de ellas, la descentralización o externalización comprenderían también las relaciones de carácter bilateral, como es el caso de la delegación de una actividad u

⁴² HIERREZUELO, Ricardo. *Intermediación e interposición laboral y descentralización productiva*. En: ACKERMAN, Mario, et.al. *Tratado del Derecho del Trabajo*, Tomo II. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005. pág. 235-236

⁴³ *Ibid.*.

operación productiva de una empresa, en un trabajador autónomo. En este último caso no existen tres sujetos, sino dos (empresas comitente o principal y trabajador autónomo), por lo que no existe tercerización, pero sí externalización productiva⁴⁴.

En lo que concierne a los sujetos que participan de este proceso, los mismos son designados con diferentes términos. En el caso de la empresa que encarga sus operaciones o servicios a otra entidad, es identificada como empresa principal, comitente, usuaria, tercerizante, matriz, receptora, tomadora de obras y servicio, entre otras denominaciones. Si bien todas estas expresiones pueden ser objetos de distintas definiciones y críticas, en la práctica son utilizadas de manera indistinta.

Diversas expresiones se utilizan también para designar a la empresa que ejecuta las operaciones encargadas por la empresa principal y que le provee las obras y servicios. Así, en la literatura jurídica, se le conoce como empresa auxiliar, proveedora, contratista, subcontratista, asociada, satélite, periférica, tercerizadora, subordinada o dependiente, externa, etcétera.

Finalmente, lo mismo ocurre en relación al trabajador que se desempeña en la empresa auxiliar: se le identifica como tercerizado, subcontratado, externo, suministrado, externalizado, etcétera.

1.2. Causas y objetivos de la externalización.

Entre las causas que impulsan la descentralización, se mencionan la reestructuración económica, el aumento de la competencia comercial que determina la necesidad de reducir costos, la revolución tecnológica (en especial en el campo de la

⁴⁴ Por las razones expuestas, se opta por utilizar los términos externalización y/o descentralización productiva o empresarial, por considerar que son aquellas más generales, se encuentran más difundidas en la literatura económica, psicológica y jurídica mundial y ofrecen menos reparos u objeciones.

información), la necesidad de eliminar la rigidez de la estructura salarial, prescindiendo de los trabajadores de menos calificación, la exigencia de adaptarse a los cambios del mercado y a las fluctuaciones productivas, el desempleo y la debilidad sindical, la armonización de las plantillas laborales según las necesidades organizativas de la empresa, la eficiencia técnica y la especialización profesional, el perfeccionamiento del producto final, las ventajas tributarias, la importancia adquirida por la empresa como instrumento de reactivación económica y la relevancia cada vez mayor del sector servicios⁴⁵.

Según Arnaldo Susseskind, la globalización de la economía y la liberalización del comercio mundial son los principales factores que han determinado la “horizontalización” de la producción de bienes y servicios⁴⁶.

Diego Tosca señala que dejando de lado los casos en que la externalización tiene finalidad fraudulenta, las causas o motivos determinantes o coadyuvantes al proceso de descentralización son:

- i.** la necesidad de adaptación constante de la empresa a niveles variables de producción;
- ii.** reducción de costos laborales y estructurales, pues el trabajo externalizado suele ser menos costoso que el interno y, por tanto, se ahorran costos fijos de inversión en infraestructura;
- iii.** la mayor productividad debido a la competencia entre subcontratistas;
- iv.** la influencia de las tecnologías de la información que permiten el modelo de la empresa en red, a partir de la cual se articulan estrategias incluso a niveles transnacionales, y

⁴⁵ CASTELLO y ROSEMBAUM, op. cit., pág. 36.

⁴⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Río de Janeiro, Renovar, 2002, p. 201.

v. el incremento de los servicios prestados por la Administración Pública, para lo cual opta por contratar con empresas privadas para la provisión de los mismos⁴⁷.

Los autores Adalberto Perulli y Raffaele De Luca-Tamajo señalan que las razones de las nuevas modalidades de “management” y organización de la empresa post-fordista, son complejas y deben buscarse en las estrategias de reorganización flexible de la producción. Así, los autores plantean que la estructura por redes permite que la empresa sepa exactamente cuáles serán los costos del proceso de producción, reduciendo riesgos y optimizando recursos. Agregan que confiar parte del ciclo productivo a otra empresa permite obtener un bien final con mejor valor añadido, ya que las empresas auxiliares suelen tener una mayor especialización debido al know how adquirido. De esta manera, la empresa es más reactiva a las demandas del mercado y en caso de reducción de los pedidos, sólo tendrá que disminuir su demanda interna hacia las empresas con las que contrata⁴⁸.

También puede llegarse a la externalización por motivos financieros específicos. Todas las actividades y sectores de la empresa no tienen el mismo rendimiento económico: si se considera separadamente cada uno de ellos puede suceder que algunos presenten ganancias, otros presenten menores beneficios y otros, directamente den pérdida. Si cada fase de su proceso productivo, se somete a una validación de rendimiento en base a la lógica del mercado, es posible que la empresa decida externalizar todas aquellas actividades que no resulten rentables.

En cuanto a los objetivos que se persiguen con el proceso de externalización, Rifkin señala tres aspectos importantes. En primer término, la externalización permite que la empresa se concentre más en lo que hace para obtener el lucro y deje que otros

⁴⁷ TOSCA, Diego. *La descentralización productiva (Anatomía y patología en Argentina)*. En: FERNÁNDEZ, Hugo, et. al. *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006. págs. 433-434.

⁴⁸ DE LUCA-TAMAJO, Raffaele y PERULLI, Adalberto. *Tema II: Descentralización productiva y derecho del trabajo (en sus aspectos individuales y colectivos)*. En: XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, París, 2006. s.p.

manejen las funciones de apoyo que, aunque son básicas en el mantenimiento de la organización, no son productoras intrínsecas de beneficio empresarial. En segundo lugar, al externalizar ciertas operaciones, las empresas consiguen acceder a proveedores que, debido a su especialización, pueden ofrecer servicios a costos reducidos, evitando la adquisición de infraestructura para realizar operaciones periféricas. Por último, la externalización dota a las empresas de la flexibilidad que se precisa en mercados muy cambiantes y se caracteriza porque los productos tienen cada vez ciclos de vida más cortos.⁴⁹

María López Sánchez expresa que la externalización tiene como fundamento la necesidad y ventaja que supone para el empresario el que la aportación de trabajo no se lleve a cabo únicamente de forma directa, sino también utilizando la mediación de otro empresario, que no se apropia de la totalidad de la utilidad patrimonial de la prestación de trabajo, ni ejercita la plenitud de las facultades directivas y de organización del trabajo, porque unas y otras, en diferente grado y régimen, pertenecen al empresario principal.⁵⁰

De modo similar, Hierrezuelo señala que la descentralización productiva le permite a la empresa llevar a cabo sus procesos productivos, ya no contratando a trabajadores, sino a otras empresas, por lo general pequeñas, mediante las cuales obtienen el mismo resultado productivo, aunque sin llegar nunca a ser empleador de quienes realizan estos trabajos.⁵¹

⁴⁹ RIFKIN, op. cit. pág. 71.

⁵⁰ LÓPEZ, op. cit. pág. 37.

⁵¹ HIERREZUELO, op. cit. pág. 238.

1.3. Externalización de operaciones y de mano de obra.

El proceso que se ha descrito hasta el momento se refiere fundamentalmente a la expulsión de actividades o funciones que realiza una empresa (comitente o principal), las cuales son cedidas a entidades externas (empresa proveedora o auxiliar) que pasan a realizar sus actividades con sus propios recursos humanos, materiales, financieros y técnicos. Naturalmente, no ingresan en esa categoría todas aquellas formas o modalidades que impliquen un desplazamiento ficticio o artificioso de actividades hacia un tercero, que sólo es autónomo en el plano formal. En efecto, si esta empresa se crea con el único objetivo de evadir regulaciones laborales, fiscales o de otra índole, estaremos en presencia de situaciones fraudulentas que nada tienen que ver con la descentralización legítima o auténtica que se ha reseñado hasta el momento.

Estaremos en presencia de una externalización de operaciones o actividades cuando una empresa comitente o principal, confíe o encargue a otra empresa auxiliar o proveedora, a través de un arreglo o acuerdo civil o comercial, la realización de una obra o servicio, la cual será ejecutada con su propia organización de medios económicos, materiales, técnicos y humanos, asumiendo su propio riesgo empresarial.

En la práctica, la externalización de operaciones se lleva a cabo a través de una extensa gama de contratos comerciales o civiles, como por ejemplo, outsourcing, franchising, asistencia técnica, agencia, transferencia de tecnología, suministro de bienes o servicios, distribución, almacenaje y logística, arrendamiento de obra, transporte, etcétera, así como también de contratos de colaboración o cooperación empresarial de tipo asociativo (joint venture, consorcios, cadenas productivas, grupos de interés económico, uniones temporales de empresa).

Algunos autores identifican la externalización de operaciones con la subcontratación. Así, el profesor Luis Lizama señala que la subcontratación implica una

situación en la que “una empresa, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido”⁵².

En cambio existirá externalización de mano de obra o de trabajo cuando lo que se confía a un tercero es solamente la contratación de la fuerza de trabajo, que es utilizada y dirigida directamente por la empresa comitente. En cierto modo, en estos casos lo que se externaliza es la función de búsqueda, selección, contratación y administración o gestión de la mano de obra, ya que la relación del trabajo real, sustantiva o económica, se sigue trabando con la empresa comitente (denominada “usuaria”, “receptora”, o “cliente” en los casos de simple suministro de mano de obra).

En esta categoría ingresan todas aquellas formas de contratación de trabajo a través de empresas de servicios temporales o transitorios, los casos de cesión y préstamo de mano de obra entre empresas y cualquier otra modalidad de relación empresarial en virtud del cual exista separación formal entre las empresas que contrata y provee el trabajador y la empresa que efectivamente utiliza, dirige y se beneficia de los servicios del trabajador, lo que dará lugar a una relación triangular de trabajo conformada por dos vínculos de diferente naturaleza: una relación jurídica de trabajo y una relación económica de trabajo.

Desde el punto de vista jurídico, la externalización de mano de obra queda inserta, a nuestro juicio, en la figura de la intermediación laboral. Habrá externalización de mano de obra toda vez que se verifique una subordinación fáctica o real entre el trabajador y una empresa que organiza, dirige y utiliza su trabajo, sin ser formalmente su empleador.

⁵² LIZAMA, Luis. *Derecho del Trabajo*. Santiago, Lexis Nexis, 2003. pág. 51.

La distinción entre la externalización de operaciones y la externalización de mano de obra resulta de especial interés práctico pero también jurídico, fundamentalmente por el diferente régimen de responsabilidad laboral que suele existir entre una modalidad y la otra. En el plano estrictamente teórico, la diferencia sustancial se encuentra en el hecho de que en la externalización de operaciones el comitente encarga a la empresa auxiliar una obra o servicio, que ejecuta con sus propios recursos y bajo sus propios riesgos, aun cuando, como veremos luego, en algún caso pueda ser cumplido en el ámbito espacial del comitente. En esta modalidad de externalización, la empresa auxiliar aporta un valor añadido respecto a la sola puesta a disposición de su personal. Para ello se requiere que la empresa proveedora y auxiliar organice, coordine y dirija sus propios trabajadores. No debe existir relación económica de trabajo entre la empresa comitente o principal y los trabajadores de la empresa auxiliar.

Por el contrario, en la externalización de mano de obra, la empresa auxiliar (intermediaria) se limita a contratar personal que luego coloca o pone a disposición de la empresa comitente (usuaria), que utiliza y dirige el trabajo. En la primera modalidad, el trabajador no se inserta en la estructura organizativa de la empresa comitente, por lo que no se debe verificar una relación de dependencia fáctica. En la segunda, los poderes de dirección y control del trabajo están en manos de la empresa comitente o usuaria o al menos los comparte con la empresa intermediaria o auxiliar, generándose así una relación triangular de trabajo (intermediario o auxiliar - trabajador - empresa comitente o usuaria).

José Luis Ugarte señala que la subcontratación (externalización de operaciones) y el suministro de mano de obra (externalización de mano de obra) se diferencian, principalmente, en dos aspectos:

- en la subcontratación la potestad de mando es ejercida efectivamente por la empresa contratista o subcontratista, mientras que en el suministro dicho poder es ejercido por la empresa usuaria y

- en la subcontratación el objeto del contrato civil o comercial entre las empresas es la ejecución de una obra o servicio, mientras que en el suministro la relación empresarial sólo tiene por objeto la puesta a disposición o cesión de los trabajadores⁵³.

En cuanto a derecho comparado, por lo general, la externalización de mano de obra trae aparejada la responsabilidad solidaria entre la empresa comitente o usuaria y la empresa auxiliar o intermediaria. Esto, pues de un modo u otro se imputa la relación de trabajo a ambas empresas, sin perjuicio de que, además, frecuentemente las legislaciones las hacen garantes solidarias de las condiciones de seguridad e higiene y les exigen aplicar el principio de equiparación, igualdad de trato o paridad entre los empleados internos y los suministrados (Argentina, Brasil, Chile, Venezuela, España, Italia, Francia, Grecia, Holanda, Suecia, Uruguay, entre otros países).

En cambio, cuando se trata de una auténtica externalización de operaciones, buena parte de las legislaciones mantienen las relaciones jurídicas en el ámbito de las organizaciones civiles y comerciales y no se examinan desde el punto de vista del Derecho del trabajo, ya que no se cumple el presupuesto socioeconómico indispensable para que se aplique esta disciplina jurídica: las tareas que realizan los trabajadores de la empresa proveedora o auxiliar no se ejecutan en condiciones semejantes a las de una relación de trabajo subordinada⁵⁴. La conclusión anterior se suele ver alterada cuando las obras o servicios que se confían al tercero se refieren a la actividad normal y propia de la empresa comitente, así como en los casos en que las actividades se ejecuten en el espacio físico de la empresa principal.

En resumen, podría decirse que en la externalización de mano de obra, el objeto del contrato entre empresa usuaria y empresa auxiliar, está constituido por la colocación,

⁵³ UGARTE, José Luís. *Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores*. *Revista Ius et Praxis*. 12 (1):15, Talca, jun. 2006.

⁵⁴ BRONSTEIN, Arturo. *La subcontratación laboral*. *En*: Seminario internacional sobre Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, Santo Domingo, abril 1999. s.p.

cesión, préstamo o puesta a disposición, de trabajadores que serán utilizados y dirigidos por la primera.

En cambio, en la externalización de operaciones el objeto de la contratación, entre empresa usuaria y empresa auxiliar, deberá referir preponderadamente a la ejecución de la obra y/o prestación de un servicio, para la cual esta última deberá emplear su propio personal que debe estar subordinado formal y sustancialmente a la empresa proveedora y no a la empresa principal. El “encargo” o contratación de un área de la actividad productiva que realiza la empresa comitente, puede constituir en cualquier clase de negocio jurídico de índole civil o comercial (e inclusive de Derecho Público), siempre que implique la ejecución de una obra o la prestación de un servicio. De ahí que queden excluidas del concepto de externalización todas aquellas modalidades contractuales que impliquen una simple transacción sobre bienes tangibles (compraventa, suministro de bienes, etcétera) en la medida en que no resulta comprometida una actividad por parte de una empresa auxiliar o proveedora⁵⁵.

1.4. Grados de externalización.

La descentralización productiva ha sido una herramienta para fragmentar, dispersar y diversificar la estructura y la actividad de la empresa mucho más allá de lo que inicialmente se podía imaginar. Las transformaciones en curso no son solamente intrasocietarias, sino especialmente intersocietarias, pasándose de un modelo de empresa integral y autónoma a uno nuevo caracterizado por la reducción de las dimensiones de la

⁵⁵ CASTELLO y ROSEMBAUM, op. cit., pág. 43.

empresa, que externaliza actividades periféricas y centrales, contratando servicios con otros empresarios con los que mantienen relaciones de dominación o coordinación.⁵⁶

En un inicio se consideró que la externalización solamente recaía en actividades secundarias, accesorias o de apoyo (externalización de primera generación). Así, Santiago Pérez del Castillo señalaba que la descentralización o tercerización “*consiste en descargar sobre pequeñas unidades independientes, el peso de la gestión en campos periféricos de la empresa principal*”.⁵⁷

En Brasil, basándose en las Leyes N° 6.019 de 1974, sobre empresas de trabajo temporal y N° 7.102 de 1983, sobre trabajo de vigilantes en los establecimientos bancarios y transportes de valores, la doctrina desarrolló el concepto de “actividades medio” y “actividades fin” para distinguir entre tercerización lícita e ilícita.

Las actividades medio son aquellas que se caracterizan por la circunstancia unívoca de ser funciones que no se ajustan al núcleo de las actividades empresariales del tomador del servicio, no se relacionan con el núcleo de la dinámica empresarial de éste, ni contribuyen para la definición de su posicionamiento en el contexto empresarial y económico más amplio. Son por lo tanto actividades periféricas a la esencia de la dinámica empresarial del tomador de los servicios, como son los casos del transporte, conservación, custodia, operación de elevadores, limpieza y otras tareas asimiladas o también actividades meramente instrumentales, de estricto apoyo logístico al emprendimiento, como es el caso del servicio de alimentación de los empleados.

⁵⁶ HIERREZUELO, Ricardo y NUÑEZ, Pedro. *Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo*. 2ª Ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2008. pág. 598.

⁵⁷ PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. *La subcontratación y otras formas atípicas de aportar trabajo a la empresa*. En: Anales de Jurisprudencia Uruguaya: fallos de casación civil 92-93, Tomo I. Montevideo, Del Foro, 1994. pág 301.

Por su parte, las actividades fin son conceptuadas como funciones y tareas empresariales y laborales que se ajustan al núcleo de la dinámica empresarial del tomador de servicios.⁵⁸

Sin embargo, la distinción entre actividades medio y actividades fin no es sencilla, ya que no trata de conceptos precisos, sino de connotaciones dudosas y equívocas. Así, se ha señalado, a modo de ejemplo, que el servicio aseo e higiene no podría ser considerado como actividad medio cuando se trata de un hospital, del mismo modo que no lo sería la vigilancia en un establecimiento bancario.⁵⁹

Arnaldo Sussekind expresa que la tercerización lícita, es aquella que se corresponde con la contratación de empresas especializadas en segmentos de producción no correspondientes al objeto final de la contratante o para la ejecución de actividades medio, no fundamentales al funcionamiento de la empresa. Siguiendo ese concepto, la jurisprudencia brasileña en aplicación de la Súmula N° 331 del Tribunal Superior del Trabajo, ha entendido que es legítima la tercerización de servicios de restaurante o preparación de alimentos, seguridad, conservación y limpieza, conservación y asistencia de maquinaria y equipamientos, asistencia médica, jurídica o contable, transporte, selección y entrenamiento personal⁶⁰.

Cuando la tercerización es ilícita, la consecuencia jurídica es que la relación laboral se encuentra trabada directamente con la empresa tomadora de los servicios, lo que implica que deben aplicársele al contrato de trabajo todas las normas pertinentes a la actividad laboral que rigen para esta última, corrigiéndose todas las desviaciones que pudieren haber existido por efecto de la tercerización.

⁵⁸ GODINHO, Mauricio. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. Sao Paulo, LTR, 2005. pág. 442.

⁵⁹ TOLEDO-FILHO, Manoel. *Intermediação de mão de obra e solidariedade: o sistema brasileiro*. En: XVIII Jornadas Uruguayas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Colonia del Sacramento, Fundación de Cultura Universitaria, 2007. pág. 168.

⁶⁰ SUSSEKIND, op. cit. pág. 204.

Pero las elaboraciones realizadas por la doctrina y la jurisprudencia brasileña, no son automáticamente trasladables al resto de los países. A falta de barreras jurídicas y económicas las empresas también han exteriorizado su núcleo (externalización de segunda generación), por lo que en la actualidad la descentralización empresarial puede recaer tanto en actividades secundarias como en actividades principales, sin perjuicio de la eventual responsabilidad patrimonial que pueda atribuirse a la empresa principal en función de la verdadera naturaleza jurídica de los vínculos que se trabe con las empresas auxiliares⁶¹.

Al respecto, Américo Plá Rodríguez señala que inicialmente se consideraban las tareas centrales como no susceptibles de descentralizarse. Pero las continuas transformaciones tecnológicas producidas en todos los planos hicieron ver que, incluso, en ese núcleo central había empresas especializadas que podían producir mejor o más rápido, por lo que la línea divisoria empezó a relativizarse y la frontera entre lo central y lo periférico perdió nitidez y aptitud para distinguir las formas legítimas y las formas ilegítimas⁶².

Una evolución más reciente, demuestra que en ciertos sectores de actividad, especialmente de naturaleza industrial, las empresas no solo organizan su producción delegando en proveedores formalmente externos parte de sus operaciones centrales, neurálgicas o esenciales, sino que, además, en ciertos casos las mismas son ejecutadas dentro del ámbito espacial (locales y establecimientos) de la propia empresa comitente o principal (externalización de tercera generación).

En estos casos, si la empresa auxiliar o proveedora pierde sus poderes de dirección y control sobre sus trabajadores y utiliza medios o recursos de la empresa comitente, se configura una relación triangular de trabajo que generalmente ameritará algún tipo de responsabilidad laboral sobre esta última.

⁶¹ CASTELLO y ROSEMBAUM, op. cit. pág. 45.

⁶² PLA RODRIGUEZ, Américo. *La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000. pág. 41.

1.5. Clasificaciones.

Se han propuesto varias clasificaciones respecto de la descentralización productiva. Así, se habla de descentralización vertical y horizontal. La primera supone el desmembramiento de ciertas actividades que normalmente realizaba una empresa, para encomendarlas a otra. La segunda, consiste en la fragmentación o segmentación del ciclo productivo, por lo que la empresa comitente se reserva solo la realización de una determinada etapa o faceta del producto, derivando en terceros las restantes etapas hasta su finalización⁶³.

Los autores Marta Herbert y Jorge Silveira exponen otras interesantes clasificaciones que son pertinentes, respecto a este tema. Señalan que la tercerización puede ser interna o externa, según si el trabajo o servicios se preste en las instalaciones de la empresa usuaria o en el exterior. Atendiendo al objetivo buscado, dichos autores distinguen entre descentralización focal, que es aquella que se produce por las exigencias del mercado y determina que la empresa se concentre en lo que mejor sabe hacer, y descentralización por costos que es el resultado de condiciones económicas del mercado⁶⁴.

También se hace referencia a las modalidades tradicionales o recientes de tercerización, según si esta recae sobre actividades que comúnmente se delegan en terceros (limpieza, vigilancia, transporte, etcétera) o en las que ocasionalmente se externalizan (cuidados de la salud, procesos industriales, etcétera). También se habla de descentralización normal o descentralización patológica, siendo la primera la que

⁶³ HIERREZUELO y NUÑEZ., op. cit. págs..250-251.

⁶⁴ HERBERT, Marta y SILVEIRA, Jorge. *Repercusión de la descentralización en el problema del desempleo*. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000. pág. 61.

obedece a razones de eficiencia y competitividad y la segunda la que obedece a una intención de evadir regulaciones legales. Otra categorización de interés distingue entre externalización real o ficticia, según exista verdadera autonomía económica y funcional entre las empresas comitente y proveedora.

Sin embargo, una de las clasificaciones más importantes, por su repercusión práctica y jurídica ha sido aquella que distingue entre descentralización principal o neurálgica y descentralización periférica o secundaria. Principal es aquella que recae sobre actividades o funciones que son inherentes al giro de la empresa comitente, en tanto que periférica se refiere a funciones complementarias y accesorias. Inicialmente se consideraba que la tercerización solo podía recaer sobre actividades no esenciales de la empresa; de lo contrario, la empresa comitente era responsable laboralmente por los trabajadores contratados por la empresa proveedor, sin importar o tener en cuenta el lugar donde se ejecutaban las obras y servicios y la existencia o no de subordinación fáctica con la usuaria.

De allí deriva otra clasificación trascendente: descentralización lícita e ilícita. Por lo general, se sostenía que era lícita cuando reposaba sobre funciones esenciales, normales o principales. Sin embargo, como acertadamente lo hace notar Juan Dieste, la línea divisoria entre tercerización lícita e ilícita no pasa por la bipolaridad “actividad principal – actividad secundaria” sino por el eje “trabajo subordinado - trabajo autónomo”. No existe en nuestro ordenamiento (y en general tampoco en el Derecho extranjero) impedimento jurídico o fáctico alguno para externalizar segmentos de la actividad principal de las empresas, para lo cual se deberá tener en cuenta la consistencia económica de la empresa proveedora y el alcance de los poderes organizativos de la empresa comitente⁶⁵.

⁶⁵ DIESTE, Juan Francisco. *Responsabilidad laboral derivada d las distintas formas de tercerización del trabajo*. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000. pág. 328-329.

2. DESAFÍOS QUE PRESENTA LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA PARA EL DERECHO DEL TRABAJO.

La externalización, además de constituir una expresión de las nuevas modalidades atípicas de contratación laboral, se inserta en el proceso de cambios del sistema de relaciones laborales, que provoca polémicas y promueve un debate caracterizado por la confrontación de ideas polarizadas. Se ha dicho al respecto que “*es un debate similar al planteado en torno a la flexibilización laboral, porque evidentemente la tercerización es una modalidad de organización de trabajo, que en definitiva flexibiliza, precariza y muchas veces destruye los vínculos entre trabajador y empleador, vínculos que constituyen la base del Derecho del trabajo*”.⁶⁶

Con una visión crítica sobre el fenómeno de la externalización, Antonio Grzetich señala que ésta “*genera efectos perniciosos sobre el mundo del trabajo, como por ejemplo la rebaja de salario, la evasión fiscal, la utilización de jornadas reducidas o suspensiones del trabajo, incumplimiento de beneficios legales y la dispersión de los trabajadores en diversas unidades productivas, lo que obstaculiza la sindicalización*”. Es por esto que distingue entre la tercerización autónoma, que presentaría atisbos de legitimidad, y la tercerización dependiente, sobre la cual se presume que busca eludir la legislación laboral y de seguridad social⁶⁷. Si bien a las empresas les ha permitido enfrentar el desafío de la competitividad dentro del ámbito de la mundialización, este proceso ha implicado un notable perjuicio para los trabajadores, puesto que produjo un aumento en el desempleo al no absorber las empresas satélites los trabajadores despedidos como consecuencia de la segmentación funcional, precarizó las condiciones de trabajo, fomentó las formas clandestinas, sin perjuicio de que, además, en los casos

⁶⁶ RASO, Juan. *La contratación atípica del trabajo*. Montevideo, AMF, 2000. pág. 196.

⁶⁷ GRZETICH, Antonio. *La tercerización, piqueta fatal*. Revista Derecho Laboral, XL (186):420. Montevideo, abril-junio 1997.

que recurre a la contratación de trabajadores autónomos, la huída del Derecho del trabajo es total⁶⁸.

Como se ha dicho, la descentralización plantea importantes retos y desafíos para el Derecho del Trabajo:

i. En primer lugar, como señala José Monereo, los procesos de flexibilidad encadenados a la reorganización de los sistemas productivos han planteado nuevos problemas en orden a la determinación de la figura del empleador responsable⁶⁹. Las nuevas formas de organización de las empresas, no siempre pueden ser conceptualizadas y resueltas bajo el modelo tradicional de empresa unitaria. Ante estas nuevas modalidades de organización flexible de la empresa y de su actividad, el Derecho del Trabajo ha comenzado a reaccionar ajustando sus instrumentos y amoldando sus institutos con un sentido tutelar y protector. Frente a la flexibilidad en la organización del capital, algunas corrientes doctrinarias y ciertas legislaciones comienzan a reclamar una flexibilidad en la configuración del responsable laboral.

Al respecto, Perulli y de Luca-Tamajo expresan que *“mientras el Derecho moderno del trabajo se concentró a menudo en el combate de la flexibilidad en las relaciones individuales de trabajo y sus mecanismos conexos de descentralización, sería útil, y la mejor opción posible, utilizar la flexibilidad con otra finalidad: flexibilizando las nociones de empleador y de instituciones colectivas, por la construcción jurídica de nuevas comunidades de trabajo que permitan encontrar nuevas solidaridades. En este sentido se podría hablar, ya no en sentido único, de Derecho del Trabajo flexible”*.⁷⁰

ii. Los procesos de externalización plantean para el legislador, el intérprete y el juzgador la necesidad de encontrar un equilibrio adecuado entre la libertad organizativa del empresario y la protección de los intereses de los trabajadores. Las

⁶⁸ CASTELLO y ROSEMBAUM, op. cit. pág. 56.

⁶⁹ MONEREO, José. *Grupos de empresas y subcontratación*. En: BAYLOS, Antonio y COLLAO, Luis. *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*. Madrid, Trotta, 1994. pág. 239.

⁷⁰ DE LUCA - TAMAJO y PERULLI, op. cit. s.p.

normas no pueden prohibir, restringir u obstaculizar los procesos económicos y la búsqueda de la competitividad empresarial, pero deben desestimular las conductas fraudulentas que solo pretenden optimizar los beneficios en base a la elusión de normas tuitivas.

iii. La externalización pone en evidencia la desactualización de algunos institutos jurídicos laborales clásicos, imponiendo su remodelación para contemplar la nueva forma fragmentada de organización del trabajo en la empresa. La externalización ha posibilitado que los trabajadores de cada unidad tengan condiciones de trabajo diferentes, sin tener en cuenta si esa división de tareas entre empresas es auténtica y con base objetiva, lo que haría lícita la distinción, o se trata solamente de disminuir costos laborales por esa vía, mediante una deslocalización ficticia. El principio de paridad o trato equitativo, utilizado prudentemente, puede servir para estimular las prácticas de tercerización basadas en la especialización productiva, la mejora en la calidad y la racionalización de los medios de producción.

iv. La descentralización presenta el desafío de flexibilizar la organización de la empresa sin provocar el deterioro o precarización de las condiciones de trabajo. En muchos casos el resultado de la externalización ha sido la pérdida de puestos de trabajo o la rebaja de las condiciones en que se cumplen las tareas. La búsqueda de mejores niveles de competitividad no puede realizarse sobre la base de disminuir costos laborales.

v. Por último, la descentralización plantea un importante reto para la organización sindical, la negociación colectiva y la acción gremial. El modelo de empresa flexible, que concentra sólo un núcleo duro de personal altamente calificado y bien remunerado y que apela a una periferia de trabajadores inestables, que entran y salen constantemente según las exigencias dinámicas de la producción, constituye una barrera invisible para el desenvolvimiento de los derechos colectivos. En ese marco la información, la participación, la capacitación y formación profesional y las normas de

soporte de la libertad sindical pueden constituir herramientas para la recomposición del sujeto colectivo ante los nuevos procesos económicos⁷¹.

⁷¹ CASTELLO y ROSEMBAUM, op. cit. pág. 57.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.

I. LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL

1. LA NOCIÓN DE SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS.

Del término “subcontratación” pueden inferirse dos alcances.

En un sentido amplio, designa toda descentralización, al exterior de la empresa, de las actividades o fases que integran su ciclo productivo.

En sentido estricto, técnico, designa las relaciones que establecen dos empresas en donde una encarga a la otra la producción de algún bien o la prestación de algún servicio necesario para su proceso productivo, comprometiéndose la segunda a llevarlo a cabo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos humanos, de acuerdo con determinadas directrices previamente establecidas.

Esta noción restringida deja fuera del concepto de subcontratación la así llamada “subcontratación de trabajo o mano de obra”, a través de la cual la empresa contrata, no la ejecución de una obra o servicio, sino el mero suministro de fuerza de trabajo.

La OIT y algunos autores, utilizan el concepto amplio de subcontratación, que abarca tanto la subcontratación de obras o servicios como el suministro de personal. Sin embargo, como observa José Luis Ugarte, no es conveniente utilizar una noción amplia, pues ésta mueve a una confusión conceptual y práctica, desde que un mismo supuesto de

hecho genera innecesariamente una concurrencia de normativas distintas⁷². Además, la expresión amplia de subcontratación no tiene en Chile respaldo legal, ya que la figura ha sido expresamente contemplada por el legislador en un sentido restringido, como subcontratación de obra o servicio. Esto último razón se ve reforzado por la nueva legislación, la cual distingue claramente entre trabajo en régimen de subcontratación y suministro de personal.

2. LA SUBCONTRATACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO.

2.1. Reseña histórico-legislativa.

2.1.1 Artículo 2003 N° 5.a del Código Civil.

La regla 5.a del artículo 2003 del Código Civil se refiere al contrato para la confección de una obra material que consiste en la construcción de un edificio. Esta regla establece que si los “artífices u obreros” han contratado directamente con el dueño del edificio “por sus respectivas pagas”, se considerarán como contratistas independientes, teniendo acción directamente contra el dueño; pero si contratan no con el dueño del edificio sino con el empresario que se encarga de la ejecución de toda la obra por un precio único prefijado, no podrán accionar contra el dueño de la obra, sino subsidiariamente, y sólo hasta la concurrencia de lo que éste deba al empresario.

⁷² UGARTE, José Luis. *Suministro de trabajadores y trabajo temporal ¿Empresas sin trabajadores?.* *Revista Laboral Chilena*, (6): 79. Santiago, jun. 1998.

De acuerdo al Código Civil, la acción subsidiaria establecida en el artículo 2003, es procedente aunque el que encargue la obra sea una persona natural; disposición modificada por la ley 18.620 a partir del año 1987, como se verá en el punto 2.1.6.

2.1.2. Artículo 4° de la Ley n° 4.055 de 1924.

El Artículo 4° de la Ley n° 4.055, de 26 de septiembre de 1924, estableció que *“la responsabilidad del patrono o empresario que por cuenta ajena tome a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario”*.

Esta norma fue deroga en mayo de 1931, cuando entró en vigencia el Código del Trabajo.

2.1.3. Artículo 16 del Código del Trabajo del año 1931.

El artículo 16 del Código del Trabajo del año 1931, disponía un caso de responsabilidad subsidiaria respecto a los obreros:

“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros.

En caso de construcción de edificios por un único precio prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encarga la obra sea una persona natural”.

El mismo cuerpo legal recogió en su artículo 256 la ya citada norma del artículo 4° de la ley N° 4.055 de 1924. El artículo 257, por su parte, establecía que:

“los subcontratistas o subempresarios que tengan tres o menos obreros ocupados en el momento del accidente, no adquieren la calidad de patrones y subsistirá la responsabilidad del empresario o propietario en su caso”.

2.1.4. Artículo 4°, incisos 2° y 3°, de la Ley N° 16.744 de 1968.

La Ley N° 16.744, de enero de 1968, establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Hace responsable subsidiario a la empresa mandante frente a obligaciones de afiliación y cotización que afecten a sus contratistas respecto a sus trabajadores. Establece la misma responsabilidad para los contratistas respecto de los subcontratistas⁷³.

Cabe señalar que esta norma se encuentra vigente, ya que no fue objeto de derogación o reforma por la ley 20.123.

⁷³ El artículo 4, en sus incisos 2° y 3° de la Ley 16.744, dispone: *“Respecto de los trabajadores de contratistas o subcontratistas, deberán observarse, además, las siguientes reglas: El dueño de la obra, empresa o faena, será, subsidiariamente, responsable de las obligaciones que, en materia de afiliación y cotización, afecten a sus contratistas respecto de sus trabajadores. Igual responsabilidad afectará al contratista en relación con las obligaciones de sus subcontratistas.”*

2.1.5. Artículo 1° de la Ley N° 16.757 de 1968.

La Ley N° 16.757, de febrero de 1968 restringió y, en ciertos casos, penalizó la descentralización productiva. Su artículo 1° señalaba en su primer inciso:

“Los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria, o de reparación o mantención habituales de sus equipos y que no sean tratados en los incisos segundo y tercero de este artículo, no podrán ser ejecutados a través de contratistas o concesionarios”.

El inciso segundo agregaba:

“Sin embargo, la disposición del inciso anterior no se aplicará cuando los referidos trabajos constituyan labor especializada, que se encomiende a una empresa o industria establecida que pague patente como tal, cuyo giro principal sea, precisamente, ejecutar tales labores o manufacturar elementos, partes, piezas, o repuestos por orden de terceros”.

El inciso tercero excluía de estas restricciones a la actividad de la construcción. Por otra parte, el artículo de la ley sancionaba las infracciones al artículo 1° con multa o beneficio fiscal de 5 a 100 sueldos vitales mensuales.

Esta norma fue derogada en julio de 1979.

2.1.6. Artículo 63 del Código del Trabajo, de acuerdo a la Ley N° 18.620 de 1987.

El antiguo artículo 63 del Código del Trabajo, disponía que:

“El dueño de la obra, empresa o faena, será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural”

Esta norma reguló la subcontratación de bienes y servicios en nuestro país hasta el año 1993. Escuetamente establecía la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal frente a las obligaciones de contratistas a favor de sus trabajadores. La norma no se refiere a la situación de los trabajadores vinculados con empresas subcontratistas y se refería a obligaciones en general sin mencionar las obligaciones de carácter previsional.

La norma, en su inciso segundo, contempla un caso de exclusión de responsabilidad legal ante una obra encargada por una persona natural; modificó lo dispuesto por el Código Civil por ser norma posterior y especial. Este artículo 63 fue posteriormente modificado en los años 1993 y 2000, pero el contenido de su inciso segundo ha permanecido inmutable

2.1.7. Artículo 20 inciso 3° de la Ley N° 17.322 de 1970.

El artículo 20 inciso 3° de la Ley N° 17.322, de 1970, estableció la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena respecto de las obligaciones previsionales que sean de cargo de contratistas y subcontratistas correspondientes a trabajadores que hubieran prestado servicios en dicha obra o faena.

Si bien éste inciso sufrió modificaciones en el año 2005, en virtud de la ley N° 20.0023, en lo sustancial, se ha mantenido intacto.

2.1.8. Artículo 64 del Código del Trabajo, de acuerdo a la Ley N° 19.250 de 1993.

La Ley N° 19.250 de 1993, modificó el artículo 64 del Código del Trabajo en los siguientes aspectos:

- estableció la responsabilidad subsidiaria del contratista respecto de obligaciones que afecten a los subcontratistas con que hubieren contratado y a favor de los trabajadores de éstos;
- estableció la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal a favor de los trabajadores de empresas subcontratistas cuando no pudiere hacerse efectiva dicha responsabilidad que afecta al contratista;
- amplió el contenido de la responsabilidad subsidiaria a las obligaciones de carácter previsional
- agregó un inciso tercero que contenía normas de carácter procesal⁷⁴.

⁷⁴ Estas normas eran: 1) El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podía solicitar que ésta fuese notificada a todos a quienes pudieran responder subsidiariamente de sus derechos; 2) La notificación se debía realizar dentro de los seis meses contados desde la terminación de los servicios y 3) El efecto de la notificación era interrumpir los plazos de prescripción que pudieran favorecer a los subsidiariamente obligados.

2.1.9 Artículo 64 y 64 bis del Código del Trabajo, de acuerdo a la ley 19.666 del año 2000.

La Ley N° 19.666 del 10 marzo del año 2000, modificó el inciso tercero del artículo 64 y agregó un nuevo artículo 64 bis que contenía una serie de derechos para el responsable subsidiario frente a las empresas contratistas y subcontratistas⁷⁵.

El artículo 64, hoy derogado, en su inciso tercero señalaba: *“El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos”*

Esta norma permitía demandar en forma conjunta al empleador directo y a los responsables subsidiarios.

2.2. Legislación actual.

2.2.1. Generalidades.

Las normas indicadas anteriormente, especialmente los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, y sin perjuicio de las normas aún vigentes ya mencionadas, regularon el trabajo en régimen de subcontratación en Chile hasta su derogación por la ley 20.123 de 16 de octubre de 2006.

La Ley N° 20.123, que “regula trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de

⁷⁵ Los derechos establecidos a favor del responsable subsidiario eran: 1) derecho a la información; 2) derecho legal de retención y 3) pago por subrogación.

servicios transitorios”, introdujo un Título VII al Libro I del Código de Trabajo denominado “Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”.

Este nuevo Título VII tiene dos párrafos. El primero de éstos se ocupa del trabajo en régimen de subcontratación.

2.2.2. El concepto de empresa.

Previo a analizar el concepto de subcontratación laboral, y más adelante, el de suministros de personal, es preciso determinar que entiende nuestra legislación por “empresa”.

El inciso tercero del artículo 3º del Código del Trabajo define la empresa para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social como:

“toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales y benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

La empresa, así entendida, es la organización jerárquica que tiene por objeto el ejercicio de cualquier actividad, sea o no económica, en la cual tiene lugar la dinámica de las relaciones de trabajo. De esta manera, la propia ley permite entender la empresa como un ente compuesto⁷⁶, que requiere para su existencia, la concurrencia de los elementos constitutivos definidos por el legislador, aunque quien tiene la calidad de soporte jurídico y dota de individualidad legal determinada a la empresa, es el empleador. Esto es, se produce una interdependencia entre ambos conceptos que permite

⁷⁶ UGARTE, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Lexis Nexis, 2007. págs. 82-85.

formular una regla de oro: “*cada vez que existe un empleador necesaria e indefectiblemente existirá una empresa en términos laborales*”.⁷⁷

Los elementos de la definición legal de empresa son los siguientes:

- Una organización de medios personales, materiales o inmateriales: la empresa es considerada un ente abstracto, constituido por la suma de diversos factores, pero distinto de éstos y, consecuentemente, independientes de los cambios que éstos puedan experimentar.
- Una dirección bajo la cual se ordenan tales medios: esta dirección y organización general recae precisamente en el empleador, quien ejerce su potestad de dirección para tal efecto.
- La prosecución de una finalidad que puede ser de orden económico, social, cultural o benéfico: el Código del Trabajo le ha conferido una finalidad amplísima a la empresa, la que puede ser de orden lucrativo o no.
- Una individualidad legal determinada: este elemento ha sido objeto de discusión en la doctrina. Para algunos autores debe identificarse con la forma jurídica que puede adoptar la organización del capital, por ejemplo, una sociedad anónima.⁷⁸ Por otro lado, otros autores han sostenido, en el marco del derecho del trabajo, que tal concepto consiste en identificar a la empresa laboral en cuanto tal, independientemente de su forma organizativa o de su naturaleza jurídica.⁷⁹

El empleador es, según el propio Código del Trabajo, en su artículo 3° letra b): “*la persona natural o jurídica que utiliza los servicios prestados por el trabajador*”, y habría que agregar, conforme al artículo 7° del mismo cuerpo legal, la contraparte del

⁷⁷ UGARTE, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Lexis Nexis, 2007. pág. 76.

⁷⁸ HUMERES, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. pág. 92.

⁷⁹ TAPIA, Francisco. *El Concepto de empresa y los derechos sindicales en el Derecho chileno del Trabajo*. En: SOCIEDAD CHILENA DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer Arteaga*. Santiago, 1998. pág. 227.

trabajador en la relación laboral. Es el empleador, el sujeto sobre el cual el Derecho del Trabajo hace recaer obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato de trabajo⁸⁰, y no cabría sostener, sin efectuar la precisión que propone la tesis del ente compuesto, que los derechos y obligaciones del contrato de trabajo se radican, sin más, en la empresa.

Al empleador le corresponde la dirección, orientación y estructuración de la empresa, organizando el trabajo en todos sus aspectos, financieros, tecnológicos, comerciales y personales, lo que se traduce en el ejercicio de una potestad directiva esencialmente funcional al cumplimiento de los fines de la empresa y, por lo mismo, el concepto de empresa no tiene autonomía respecto de la noción de empleador⁸¹.

2.2.3. El concepto de Subcontratación.

Según el artículo 183-A inciso 1º del Código de Trabajo, *“es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.”*

La definición legal de trabajo en régimen de subcontratación contenida en el referido artículo 183-A del Código del Trabajo tiene como punto de partida la prestación

⁸⁰ UGARTE, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Lexis Nexis, 2007. pág. 75.

⁸¹ Ibid.

de servicios que realiza el dependiente contratado por la contratista o subcontratista. Es así como la legislación laboral define la subcontratación desde el punto de vista del trabajador que labora en tal régimen y no de las empresas que se benefician, directa o indirectamente, con la actividad del trabajador.

Lo anterior se explica por la intención expresa del legislador de precisar el concepto de subcontratación y excluir de este supuesto la figura del suministro de trabajadores, sin perjuicio de su regulación expresa en la misma ley N° 20.123.⁸²

En consecuencia, el punto de partida exigido por la ley para la existencia de trabajo en régimen de subcontratación es que el dependiente que labora en esta modalidad sea trabajador de la contratista o subcontratista y, en consecuencia, el elemento distintivo estará dado por el vínculo de subordinación y dependencia que deberá existir entre las empresas contratistas o subcontratistas y sus trabajadores.

Sin perjuicio de lo señalado, para la existencia del trabajo en régimen de subcontratación, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

i. La existencia de un acuerdo contractual entre la empresa principal y la contratista o subcontratista, cuyo objeto sea una obligación de hacer y de resultado. Entre la empresa principal y el contratista, o bien, entre el contratista y el subcontratista, se debe haber celebrado un contrato cuyo objeto sea la ejecución de determinadas obras o la prestación de servicios específicos, y no la cesión directa de mano de obra. En otras palabras, se requiere que la obligación contraída por el contratista o subcontratista, a favor de la empresa principal o del contratista, tenga las siguientes características: en primer lugar, debe tratarse de una obligación de hacer, ya

⁸² Como se ha enunciado y se desarrollará en la segunda parte de este capítulo, en el suministro de trabajadores, un trabajador es contratado por una empresa A (suministrador) para cederlo a una empresa B (cliente) que es la que, en definitiva, utilizará los servicios del trabajador. En esta relación triangular, la empresa suministradora conserva la calidad de empleador del trabajador, pese a que no ejerce las atribuciones propias de aquél y se limita, en la mayoría de los casos, exclusivamente a pagar la remuneración.

que su objeto debe consistir en la ejecución de un hecho que no es sino una actividad del deudor (por ejemplo, la construcción de un edificio, el transporte de personas o cosas, la vigilancia de instalaciones). En segundo lugar, debe tratarse de una obligación de resultado, porque el objeto está constituido por la obra o servicio que una de las partes se compromete a hacer, a cambio de un determinado precio. En este último caso, no será esencial que la empresa que contrata la obra o servicio sea la destinataria final de las obras o servicios contratados, ya que pudo recibir el encargo de otra (la empresa principal) y subcontratar parte del mismo. Esto es posible, pues nuestra legislación laboral admite la posibilidad de una cadena constituida por la empresa principal, un contratista y uno o varios subcontratistas.

ii. La empresa contratista o subcontratista debe actuar por su cuenta y riesgo. Para cumplir con el encargo formulado por la empresa principal y cumplir con el acuerdo contractual señalado, la contratista o subcontratista debe:

- estar dotada de medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad;
- asumir las responsabilidades y los riesgos propios del desarrollo de la gestión empresarial, vale decir, actuar por su cuenta y riesgo;
- desarrollar una actividad propia y específica, esto es, se debe encargar de la ejecución de obras o servicios, y
- organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo las funciones inherentes a su condición de empleador.

iii. Las obras o servicios contratados deben tener carácter permanente. Esto significa que la obligación del contratista o subcontratista debe ser de ejecución duradera y continua, porque su cumplimiento se desenvolverá en el tiempo ininterrumpidamente. A la inversa, que las obras o servicios contratados deban tener carácter permanente, significa que no deben ser esporádicos o discontinuos. Lo que

caracteriza a una labor discontinua es precisamente el hecho de que la prestación de los servicios se efectúe en forma interrumpida, cesando y volviendo luego a proseguir⁸³.

En el mismo sentido, el dictamen N° 141/5 de 10 de enero de 2007 de la Dirección del Trabajo, ha interpretado que:

“Estaremos en presencia de trabajo en régimen de subcontratación cuando las obras o los servicios que deban ejecutar y/o prestar los respectivos trabajadores sean realizadas en forma permanente o habitual para la empresa principal, entendiéndose que revisten tales características aquellas cuyo desarrollo implica permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, esto es, que no se realicen o respondan a necesidades específicas, extraordinarias u ocasionales. Así, a vía de ejemplo, quedarían regidos por las normas que regulan el trabajo en régimen de subcontratación, los trabajadores de una empresa de aseo o seguridad que, en forma diaria o regular, realizan labores o servicios del rubro para la empresa principal, se cumplan los demás requisitos que al efecto exige la ley. Por el contrario, quedarían excluidas de la aplicación de la señalada normativa las actividades de reparación de maquinaria, soporte técnico, aseo industrial u otras que se realizan en forma ocasional y extraordinaria cuya duración queda determinada por la prestación del servicio específico contratado”.

iv. Los servicios u obras contratadas deben ejecutarse o realizarse “en” la obra, empresa o faena de la empresa principal: Este criterio ha generado diversas interpretaciones en la doctrina nacional.

En primer lugar, y por el uso que hace la ley de la preposición “en” en la definición legal, algunos autores sostienen que el supuesto normativo previsto en la

⁸³ La expresión “discontinuos” se ha entendido por la Dirección del Trabajo con estricto apego a su significado literal. Así, se ha dicho que, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el término “discontinuo” significa “interrumpido, intermitente o no continuo” y que “intermitente”, por su parte, significa “que se interrumpe o cesa o vuelve a proseguir”. En este sentido: LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. *Subcontratación y Suministro de Trabajadores*. Santiago, LexisNexis, 2007. págs 20-21

legislación laboral requiere la concurrencia de una circunstancia geográfica, locativa o espacial.⁸⁴

Para la Dirección del Trabajo es suficiente que la empresa principal sea la propietaria de las obras o faenas en que se desarrollan los servicios u obras permanentes, con independencia del lugar donde éstos se prestan o ejecutan:

“lo verdaderamente sustancial en este aspecto es que la empresa principal sea la dueña de las respectivas obras o faenas en las que deban desarrollarse los servicios o ejecutarse las labores subcontractadas, independientemente del lugar físico en que éstas se realicen. En otros términos, estaremos en presencia de trabajo subcontractado, en tanto se trate de actividades pertenecientes a la organización de la empresa principal, aun cuando los trabajos, tareas o labores que implique la ejecución de la o las obras o servicios, se desarrollen en recintos o instalaciones ajenos a la empresa principal, dueña de la respectiva obra, empresa o faena. Atendido todo lo expuesto no cabe sino reiterar que para los efectos de determinar la existencia del trabajo en régimen de subcontractación, sólo cabe atender, a si la empresa principal es dueña de la respectiva obra, empresa o faena, siendo irrelevante para estos efectos, el lugar o recinto donde deban desempeñarse los trabajadores del contratista”⁸⁵.

Según Luis Lizama y José Luis Ugarte, dichas soluciones no son razonables, ya que plantean dificultades prácticas y jurídicas para determinar cuándo se configura el trabajo en régimen de subcontractación. Para dichos autores, los criterios del lugar y de la propiedad deben complementarse con el criterio de los procesos. En virtud de ese criterio, la circunstancia que determina la existencia del trabajo en régimen de subcontractación a partir del examen de la preposición “en” tendrá que ver con la

⁸⁴ PALAVECINO, Claudio. *Régimen Jurídico del Trabajo Subcontractado y del Suministro de Personal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. pág. 36.

⁸⁵ Dictamen N° 141/5 de la Dirección del Trabajo, de 10 de enero de 2007.

intervención del contratista o subcontratista en algún proceso productivo de la empresa, con independencia del lugar donde se presten los servicios.⁸⁶

v. La empresa principal que encarga la construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no debe ser una persona natural. El Código del Trabajo excluye de la responsabilidad subsidiaria que cabe aplicar al trabajo en régimen de subcontratación y de las obligaciones directas en materia de higiene y seguridad a la persona natural que encarga la construcción de edificaciones por un precio único prefijado.

La exclusión prevista por el Código del Trabajo sólo se debe extender a aquellos contratos en los cuales una persona natural contrata con otro (persona natural o jurídica) que efectúe una construcción para ella, a cambio del pago de un precio único prefijado.

No se comparte la tesis sostenida por otros autores en el sentido que esta excepción tiene carácter general y que debe aplicarse a todos aquellos casos en los cuales una persona natural no tenga la calidad de empresaria. Para ello, da argumentos de texto, sosteniendo como principal fundamento la utilización de la voz “empresa principal” por el Código del Trabajo⁸⁷.

vi. La persona natural contratada debe ser dependiente o debe estar subordinada a la contratista o subcontratista. Como se ha sostenido anteriormente, en una relación triangular de trabajo, si el trabajador está subordinado a la empresa externa, se encuentra en un régimen de subcontratación, y si está subordinado a la empresa principal, está en situación de suministro, debiendo ajustarse a los estrictos términos del nuevo párrafo, agregado al Libro I del Código del Trabajo.

El elemento que tipifica al contrato de trabajo y que, permite diferenciarlo de otros contratos afines que son propios del derecho privado, es el de la dependencia o subordinación. La dependencia o subordinación cumple esa función porque los demás

⁸⁶ LIZAMA y UGARTE, op. cit. págs. 21-22

⁸⁷ PALAVECINO, op. cit. pág. 40.

elementos de la relación laboral (personalidad y onerosidad) se encuentran también presentes en las prestaciones de servicios reguladas por el derecho común.

Aunque este elemento no se contempló en la definición legal del Código del Trabajo de 1931, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo exigieron para entender configurado el contrato de trabajo.⁸⁸

Este elemento se incorporó a la definición legal de contrato de trabajo a través del DL N° 2.200, de 1978, pero el legislador no estipuló lo que debía entenderse por vínculo de dependencia y subordinación.

Esta omisión normativa ha provocado las siguientes discusiones acerca de su configuración y contenido:

1° si las expresiones “subordinación” y “dependencia” que utiliza el Código del Trabajo son equivalentes o no,

2° si es posible clasificar la subordinación en técnica, moral, jurídica y económica, y

3° si la subordinación es un concepto o un tipo.

Sobre el primer punto cabe sostener que el uso de la conjunción “y” no es siempre unívoco ya que su función de conexión puede expresar la idea de operación de conjunción (“y-plural”), o bien, la idea de todo o nada (“y-conjunto”)⁸⁹.

⁸⁸ El artículo 1° del Código del Trabajo de 1931 definió el contrato de trabajo como “*la convención en que el patrón o empleador y el obrero o empleado se obligan recíprocamente, éstos a ejecutar cualquier labor o servicio material o intelectual, y aquéllos a pagar por esta labor o servicio una remuneración determinada*”. Sin perjuicio de lo señalado, la Corte Suprema sostuvo invariablemente que “*no existe vínculo de subordinación o dependencia y, por consiguiente, contrato de trabajo, en la convención que se celebra con un profesional en virtud del cual éste se desempeña como asesor técnico e ingeniero y consultor del directorio, actuando como profesional independiente*”. Esta misma exigencia formuló la doctrina nacional de la época. En este sentido: ESCRIBAR, Héctor. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Santiago, Zig-Zag, 1944. págs. 332-339.

En este caso, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que los términos son sinónimos y, en consecuencia, han sostenido que la expresión “y” se utiliza como “y-conjunto”, o sea, en términos inseparables que funcionan como un todo y en que no cabe efectuar distinción alguna entre ellos⁹⁰.

En cuanto al segundo problema, un sector de la doctrina nacional ha entendido que el trabajador está subordinado al empleador de la siguiente manera⁹¹:

- moralmente y, por ello, obligado a respetar al empresario,
- técnicamente, ya que el empleador es quien conoce la forma de realizar el trabajo,
- económicamente, en cuanto existe una preeminencia del capital sobre el trabajo, o bien, en tanto el trabajador depende económicamente de la empresa, y
- jurídicamente, porque el empleador tiene la potestad de mando funcional, referido a la adecuada prestación de los servicios, y correlativo al deber de obediencia del trabajador.

Sin perjuicio de lo señalado, la mayoría de la doctrina nacional y la jurisprudencia (judicial y administrativa) han entendido que el trabajador sólo está subordinado al empleador jurídicamente⁹², en los siguientes términos: “*la sujeción personal del trabajador, en la actividad laborativa, en su fase de ejecución, dentro de la*

⁸⁹ IGARTÚA, Juan. *Teoría Analítica del Derecho (La Interpretación de la Ley)*. Pamplona, AEE, 1944. pág 63.

⁹⁰ MACCHIAVELO, Guido. *Derecho del Trabajo. Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas*. Tomo I. Santiago, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1986. pág. 177. PALAVECINO, Claudio. *La subordinación laboral: una relación en permanente cambio*. Revista Laboral Chilena. (IX-X): 76-80. Santiago, 1999.

⁹¹ FUENTES, Carlos. *El contrato individual de trabajo en la legislación chilena*. Revista Laboral Chilena. (5): 68. Santiago, 1999.

⁹² THAYER y NOVOA, op. cit., págs. 43-44. ROJAS, Irene. *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual*. Santiago, LexisNexis, 2004. pág. 24. UGARTE, José Luis. *La crisis de la subordinación y el nuevo trabajo autónomo*. En: Bronstein, Arturo. *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo*. Santiago, LexisNexis, 2005. págs. 107-158.

*organización técnico-productiva de la empresa, a las directivas, normas y disciplina del empleador, a fin de que sólo incorpore su acción a las tareas específicas que le señale bajo sus poderes técnico-empresariales*⁹³.

De este modo, el concepto de subordinación, se ha desplazado desde la idea de que ésta importa la sumisión a órdenes o directrices emanadas del empleador, que se manifiestan en una constante vigilancia sobre lo que ha hecho el trabajador, hacia una noción donde lo fundamental es la inserción del trabajador, de un modo continuado y sistemático, en la organización de la empresa.

En consecuencia, es posible entender la subordinación como la dirección que un sujeto de derecho, denominado empleador, efectúa sobre la actividad que ejecuta otro para él, quién se incorpora en forma continuada a la esfera productiva que controla el primero, lo que se manifestará en un conjunto de indicios vinculados, más que a hechos físicos y especiales (utilización de uniforme, instrucciones, control directo, trabajo en el lugar de la empresa), a determinados rasgos de la cooperación mutua entre las partes, tales como: la fijación de la modalidad productiva a ser ejecutada por el trabajador (qué producir, cómo y a qué ritmo), la coordinación informática, la exclusividad como cliente, la propiedad de la infraestructura utilizada y la fijación de un estatuto de sanciones pecuniarias.⁹⁴

En tercer término, la idea de subordinación jurídica ha traído como consecuencia que la doctrina y la jurisprudencia nacionales la comprendan como un tipo, y no como un concepto. Lo anterior significa que la subordinación no está definida por uno o más elementos enumerados exhaustivamente, ya sea por el legislador o el juez, como esenciales, de modo que su ausencia acarrea necesariamente la calificación como no laboral del contrato de que se trate. Al contrario, la subordinación como un tipo normativo describe de un modo abierto y aproximado, una determinada condición que

⁹³ MACCHIAVELO, op. cit., pág. 174.

⁹⁴ UGARTE, José Luis. *La crisis de la subordinación y el nuevo trabajo autónomo*. En: Bronstein, Arturo. *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo: en el proceso de transformación de la empresa*. Santiago, LexisNexis, 2005. págs. 120-121.

debe ser correspondida por los hechos a ser calificados, mediante un juicio de semejanza, no de subsunción⁹⁵.

En consecuencia, el procedimiento para calificar el contrato de trabajo y diferenciarlo de otras figuras contractuales, se efectúa pragmáticamente, a través de indicios. Es trabajador subordinado quien, por indicios, demuestra ser utilizado como un típico trabajador subordinado. No se requiere la identidad completa, basta con la existencia de cierto trato “familiar”.

Esta técnica conocida como “haz de indicios” ha sido acogida ampliamente por la jurisprudencia chilena (judicial y administrativa), que ha entendido la subordinación jurídica como un tipo normativo, abierto e inclusivo, y no como un concepto cerrado y excluyente⁹⁶.

En vista de lo anterior, la jurisprudencia judicial y la jurisprudencia administrativa, en particular de la Dirección del Trabajo, han construido los indicios que constituyen manifestaciones concretas de este tipo, que permiten calificar como relación de trabajo a una determinada prestación de servicios personales.

Según la Dirección del Trabajo, en su dictamen N° 5.848/386 de 26 de noviembre de 1998, reiterado, entre otros, en los dictámenes N° 4.422/317, de 23 de octubre de 2000, N° 2.903/73, de 23 de julio de 2003, N° 3.521/118, de 28 de agosto de 2003 y N° 649/22, de 9 de febrero de 2005, los elementos fácticos que configuran el vínculo de subordinación y dependencia son:

1° La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento;

⁹⁵ Ibid., págs. 114-122.

⁹⁶ UGARTE, José Luis. *La subordinación jurídica: el concepto que nunca estuvo*. Revista Laboral Chilena. Santiago, enero - 2004. pág. 78 y s.s.

2° La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo;

3° La obligación de asumir, durante el desarrollo de la jornada y dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente, sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores;

4° El trabajo, por una parte, se realiza según las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Y, por la otra, la supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador, y

5° Las labores, permanencia y vida en el establecimiento, durante la jornada de trabajo, deben sujetarse a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador.

En la misma lógica de lo anterior, la Dirección del Trabajo ha concluido que la determinación de la existencia del vínculo de dependencia y subordinación deberá ser establecida en cada caso en particular.⁹⁷

Respecto de la jurisprudencia judicial, cabe señalar que la Corte Suprema más que efectuar un listado de los indicios, se inclina por analizar en concreto los elementos

⁹⁷ A modo de ejemplo, la Dirección del Trabajo ha calificado genéricamente que no hay contrato de trabajo en los siguientes casos: (a) profesores con las universidades privadas en las que imparten clases (dictamen N° 5.299/249, de 14 de septiembre de 1992), (b) empaquetadores con los supermercados en los que trabajan (dictamen N° 5.487-259 de 22.09.92, reemplazado por el dictamen N° 5.845/365, de 30 de noviembre de 1999) y (c) pastores y obispos con sus respectivas iglesias evangélicas o protestantes (dictamen N° 649/22, de 9 de febrero de 2005).

o signos de la prestación de servicios personales, para luego determinar si corresponden o no al vínculo de la subordinación.⁹⁸

Finalmente, cabe señalar que la Corte Suprema considera como una circunstancia indiciaria de relación laboral que una persona haya emitido boletas de honorarios por cantidades fijas y sin solución de continuidad a un cliente único.⁹⁹ Al contrario, si quien demanda en su calidad de trabajador dependiente prestó servicios durante más de cuatro años otorgando boletas de honorarios, cuyos montos eran variables, no habiéndose acreditado cumplimiento de horarios, ni dependencia y subordinación, se ajusta a derecho la sentencia que rechaza la demanda y niega lugar al pago de las indemnizaciones solicitadas.¹⁰⁰

La distinción del contrato de trabajo de otras relaciones jurídicas meramente civiles no es fácil, porque se han desarrollado fórmulas muy sofisticadas para eludir la contratación laboral. Sin embargo, la mayor dificultad se encuentra en la distinción de las modalidades de prestación de servicios conocidas genéricamente como honorarios y que no son sino expresión de un contrato civil de arrendamiento de servicios inmateriales o de confección de una obra material.

En todo caso, aplicadas las ideas anteriores al trabajo triangular, cabe sostener que si se dan las condiciones antedichas de subordinación quedará totalmente descartada la figura de la cesión o suministro de trabajadores y los dependientes del contratista serán considerados trabajadores que laboran en régimen de subcontratación y no se podrán aplicar las sanciones que contempla el artículo 478 del Código del Trabajo.

⁹⁸ Al igual que la Dirección del Trabajo, la Corte Suprema considera ciertos elementos indiciarios del contrato de trabajo. A modo de ejemplo, pueden señalarse los siguientes: a) la obligación de asistencia; b) el cumplimiento de horario de trabajo; c) la subordinación a instrucciones y órdenes; d) la prestación de servicios en forma continuada y permanente; e) la existencia de una jornada laboral; f) la fiscalización superior; g) la dirección y control; h) la supervigilancia; i) la supervisión directa; j) la concurrencia al lugar de trabajo; k) la prestación del servicio en el mismo lugar en que se encuentra el empleador; l) la dependencia jerárquica dentro de la empresa; m) el dar cuenta de la labor realizada, y n) la exclusividad de los servicios. En este sentido: URZÚA, Leandra. *El vínculo de subordinación o dependencia como elemento del contrato de trabajo: jurisprudencia*. Santiago, LexisNexis, 2003. págs 96-104.

⁹⁹ Corte Suprema. 4 de abril de 1997, Rol N° 4.639-96.

¹⁰⁰ Corte Suprema. 20 de marzo de 2001. Rol N° 4.980-00.

Ahora bien, no cabe confundir, la subordinación laboral con el control técnico que la empresa principal puede ejercer sobre la empresa contratista y sus trabajadores. Legítimo es el derecho de la empresa principal de dar instrucciones y directrices técnicas claves. A nuestro juicio, el fundamento de las órdenes técnicas dada por la principal a los trabajadores subcontratados, con el ejercicio del poder de mando propio de la subordinación laboral, corresponde a que las primeras son ocasionales y circunstanciales, referidas al control técnico del servicio contratado. Por otra parte, la subordinación laboral supone un control permanente y una dirección cotidiana de la prestación de servicios del trabajador, sin perjuicio de otros indicios de subordinación tales como el uso de uniformes, sujeción a la disciplina interna, exclusividad, etcétera.

3. SUMINISTRO ILEGAL DE TRABAJADORES.

De acuerdo al nuevo artículo 183-A del Código del Trabajo, la subcontratación supone como elemento fundamental el que los trabajadores en dicho régimen, se encuentren bajo la subordinación y dependencia efectiva de su empleador, esto es, de la empresa contratista. En caso contrario, por estar bajo la subordinación de la empresa principal, no estamos frente a un caso de subcontratación propiamente tal, sino que a un suministro ilegal de trabajadores, cuya consecuencia jurídica será considerar como empleador a la empresa principal.

Lo anterior ocurre en las siguientes situaciones:

- Cuando la prestación de servicios se realiza sin sujeción a los requisitos establecidos en el inciso 1º del artículo 183-A del Código del Trabajo, y
- Cuando los servicios prestados por la persona natural o jurídica que aparece como contratista, se limiten a la intermediación o colocación de trabajadores

para la empresa principal, sin cumplir los requisitos ni revestir el carácter de empresa de servicios transitorios en los términos del párrafo 2º, del Título VII, del Libro Primero del Código del Trabajo.

De esta manera, la Dirección del Trabajo, a través del Dictamen N° 141/05 de fecha 10 de enero de 2007, señala: *“Armonizando todo lo expuesto, posible es convenir que dándose las situaciones previstas en los números 1) y 2) precedentes, el legislador asigna expresamente el carácter de empleador de los trabajadores involucrados a la empresa principal, lo cual la obliga a asumir todas las obligaciones que correspondan a los trabajadores afectados, sean éstas laborales o previsionales”*.

En consecuencia, es la empresa que formalmente aparece como empresa principal, es decir, aquella que aparentemente utiliza los servicios de trabajadores en régimen de subcontratación, cualquiera sea la denominación que se le dé a la figura contractual (contrato civil, comercial o innominado), el verdadero y único empleador de dichos trabajadores.

A dicho efecto jurídico, se ha de agregar la aplicación de la sanción prevista en el nuevo inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo (simulación de trabajadores), esto es, sanción de 5 a 100 U.T.M., la que por tratarse de una sanción especial puede duplicarse o triplicarse de conformidad a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 477 del Código del Trabajo

Se establece que de no cumplirse estas normas no estaremos en presencia de trabajo en régimen de subcontratación, sino frente a un suministro ilegal de trabajadores, sancionado como tal por la nueva normativa que regula la materia. Una vez constatada la ilegalidad la Inspección del Trabajo, multará al mandante con una multa de 5 a 100 U.T.M., haciéndolo directamente responsable del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores objeto de la simulación, como también, del pago de todas las prestaciones que a éstos pudieren corresponder.

4. RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES.

4.1. Responsabilidad directa de la empresa principal.

El artículo 183-E del Código del Trabajo dispone expresamente que, sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, del contratista o subcontratista, en orden a adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y salud de sus propios trabajadores, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 184 del mismo Código, se establece una responsabilidad directa para la empresa principal. Es ésta quien debe asumir tales obligaciones respecto de todos los trabajadores que laboren en su obra, empresa o faena, cualquiera que sea la relación de dependencia con éstos, ya sea, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 bis de la Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales o de acuerdo al artículo 3° del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.

La ley N° 20.123, además reformó la ley N° 16.744 de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, agregando un nuevo artículo. 66 bis, que le impone un conjunto de obligaciones adicionales en materia de higiene y seguridad a la empresa principal que contrata o subcontrata con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro.

El D.S. N° 76, de Previsión Social, de 2007 (Reglamento para la aplicación del artículo 66 bis de la ley N° 16.744 sobre la gestión de la seguridad y salud en el trabajo en obras, faenas o servicios que indica) definió lo que debe entenderse por obra, faena o servicios propios de su giro, como *“todo proyecto, trabajo o actividad destinado a que la empresa principal desarrolle sus operaciones o negocios, cuya ejecución se realice*

bajo su responsabilidad, en un área o lugar determinada, edificada o no, con trabajadores sujetos a régimen de subcontratación”.

El artículo 66 bis señala que “los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicio propios de su giro, deberán vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, debiendo para ello implementar un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores.

Para la implementación de este sistema de gestión, la empresa principal deberá confeccionar un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas, en el que se establezca como mínimo las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas, a fin de garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas. Asimismo se contemplarán en dicho reglamento los mecanismos para verificar su cumplimiento por parte de la empresa mandante y las sanciones aplicables.

Asimismo, corresponderá al mandante velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas, aplicándose a su respecto para calcular el número de trabajadores exigidos por los incisos primero y cuarto, del artículo 66, respectivamente, la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en un mismo lugar de trabajo, cualquiera sea su dependencia. Los requisitos para la constitución y funcionamiento de los mismos serán determinados por el reglamento que dictará el Ministerio de Trabajo y Previsión Social”.

Por tanto, para que a una empresa principal le sea aplicable el contenido obligacional del artículo 66 bis de la ley N° 16.744, se requiere la concurrencia de ciertos requisitos. Los proyectos, trabajos o actividades desarrollados por las contratistas y subcontratistas deben estar destinados al desarrollo de las operaciones y negocios de la

empresa principal, la ejecución de los proyectos, trabajos o actividades, se debe realizar bajo la responsabilidad de la empresa principal, los proyectos, trabajos o actividades deben ejecutarse en un área o lugar determinado, que puede o no estar edificada, y las empresas contratistas y subcontratistas que desarrollan los proyectos, trabajos o actividades lo hacen con personal contratado laboralmente.

Conforme al Reglamento señalado, el sistema de gestión que establece el artículo 66 bis de la ley N° 16.744, deberá considerar entre otros los siguientes elementos:

- Una política de seguridad y salud en el trabajo, que establecerá las directrices que orientarán todos los programas y las acciones en materia de seguridad y salud laboral en la obra, faena o servicio;
- Una organización, que deberá señalar la estructura organizativa de la prevención de riesgos en la obra, faena o servicio, indicando las funciones y responsabilidades en los diferentes niveles jerárquicos, en particular, lo referido a la dirección de las empresas, los comités paritarios y los departamentos de prevención de riesgos y los trabajadores;
- Una planificación, que deberá estar fundada en un diagnóstico inicial de la situación y que deberá revisarse en caso de cambios en la obra, faena o servicios;
- Una evaluación periódica del desempeño del sistema, y
- Una acción en pro de mejoras o correctivas, que deben contar con los mecanismos para la adopción de medidas preventivas y correctivas en función de los resultados obtenidos en la evaluación definida previamente.

De acuerdo a la Ley y al Reglamento, para implementar este sistema, la empresa principal debe cumplir las siguientes obligaciones principales:

- Mantener en la faena, obra o servicios y por el tiempo que ésta se extienda, un registro actualizado de antecedentes de las empresas contratistas, subcontratistas y de servicios transitorios.
- Confeccionar un Reglamento Especial para empresas contratistas y subcontratistas, el que será obligatorio para tales empresas.
- Velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad.
- Velar por la constitución y funcionamiento de un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas.

4.2. Responsabilidad subsidiaria.

Del análisis conjunto de las disposiciones legales se puede concluir que la empresa principal o el contratista, según corresponda, serán subsidiariamente responsables de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas y a los subcontratistas en favor de sus trabajadores, en los siguientes casos:

- Cuando la empresa principal o el contratista hicieren efectivo el derecho de información y de retención contemplados en el artículo 183-C, y,
- Cuando la empresa principal o el contratista hicieren efectivo el derecho de retención a que alude el inciso 3° del artículo 183-D.

4.2.1. La responsabilidad de la empresa principal.

La empresa principal responderá subsidiariamente con respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a sus empresas contratistas. También responderá en la misma calidad en caso de las obligaciones laborales que afecten a las empresas subcontratistas, cuando éstas no puedan exigirse de las empresas contratistas en su calidad de responsable subsidiario inmediato.

4.2.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad subsidiaria.

Es una responsabilidad civil por el hecho ajeno, establecida en el artículo 2320 del Código Civil., que constituye un tipo de responsabilidad por culpa presumida, y una responsabilidad directa del empresario.

Es una responsabilidad solidaria del derecho común, también es una responsabilidad directa del empresario.

4.2.3. Responsabilidad civil objetiva de quién contrata o subcontrata.

Culpa in contrahendo, toda vez que compete al dueño de la obra, o al contratista, según sea el caso, adoptar los necesarios resguardos previos a fin de informarse bien sobre la calidad de la persona con quien contrata, su forma de cumplir las obligaciones, y además puede convenir la adopción de medidas de fiscalización y control sobre la

forma como el contratista o subcontratista está dando cumplimiento a sus obligaciones laborales y previsionales.

Es una responsabilidad en subsidio o en defecto del derecho de prenda general del empleador directamente obligado. Es una garantía de origen legal y de naturaleza claramente laboral, establecida por el legislador para hacer frente a los posibles incumplimientos, por parte del empleador directo de las prestaciones estrictamente laborales o previsionales y frente a la eventual insolvencia de dicho deudor.

La doctrina laboral ha entendido que esta responsabilidad obedece a un concepto de tutela normativa que en virtud de la ley persigue el cumplimiento del derecho a través del tercero que se beneficia del aporte del trabajador, cuando el empleador directo no ha cumplido con las obligaciones laborales y previsionales.

4.2.4. Alcances de la responsabilidad solidaria. Los límites de la responsabilidad subsidiaria.

Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal es la misma que la responsabilidad del fiador y, por ello, el responsable subsidiario goza de beneficio de excusión.

Esta responsabilidad subsidiaria es, para el mandante y dueño de la obra, de carácter indirecto, en cuanto su exigibilidad depende no de un hecho propio, sino de un hecho ajeno: el cumplimiento de las obligaciones de dar de carácter laboral y previsional por parte de la empresa contratista.

Hoy la ley tiene un título especial para estas obligaciones, y por otra parte, el artículo 183-B fue claro al señalar que la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los

contratistas a favor de los trabajadores de éstos incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral.

4.2.5. Extensión de la responsabilidad subsidiaria.

Se extiende exclusivamente a las obligaciones laborales y previsionales de dar que el contratista adeude a sus trabajadores.

La obligación de dar es la que tiene por objeto la transferencia del dominio de una cosa o la constitución sobre ella de algún otro derecho real.

Las obligaciones de dar que tiene el empleador con sus trabajadores son las siguientes:

- Pagar la remuneración y las demás prestaciones en dinero que no tengan contenido remuneracional.
- Retener, de las remuneraciones que debe pagar al trabajador, las cotizaciones previsionales y declararlas y enterarlas en los órganos previsionales pertinentes, y
- Cuando concurren los supuestos establecidos por la ley, deberá pagar las indemnizaciones por término del contrato de trabajo a que haya lugar.

5. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y RETENCIÓN.

5.1. Generalidades.

La ley le otorga a la empresa principal ciertos derechos de control respecto de los contratistas y subcontratistas.

Estos derechos son: el derecho de información (inciso primero del artículo 183-C del Código del Trabajo), el derecho de retención (inciso tercero del artículo 183-C del Código del Trabajo.), y el derecho de pago por subrogación (inciso tercero y cuarto del artículo 183-C del Código del trabajo.).

El artículo 183-C señala, “La empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso anterior, deberá ser acreditado mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social deberá dictar, dentro de un plazo de 90 días, un reglamento que fije el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del Trabajo respectiva emitirá dichos certificados.

Asimismo, el reglamento definirá la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o instituciones competentes podrán certificar debidamente, por medios

idóneos, el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores.

En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este Párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora.

En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.”

5.2. El derecho de información.

La empresa principal tiene derecho a ser informada sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, tanto de los trabajadores del contratista como del subcontratista.

La información que pueda exigir la empresa principal al ejercer este derecho, dice relación con el monto de las obligaciones laborales y previsionales adeudadas por los contratistas y subcontratistas a sus respectivos trabajadores, y a si encuentran éstas pagadas o incumplidas.

La empresa principal no se encuentra legalmente obligada a exigir esta información a los contratistas y subcontratistas, aunque tiene como consecuencia agravar su responsabilidad, elevándolo a la calidad de responsable solidario respecto de las obligaciones de dar de contenido laboral y previsional que sus contratistas y subcontratistas tengan con sus respectivos trabajadores.

Para ejercer este derecho, la empresa principal requerirá a los contratistas y subcontratistas que acrediten el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones señaladas.

Conforme a la ley, ésta acreditación se puede realizar mediante un certificado emitido por la Inspección del Trabajo respectiva, o bien, por una entidad o institución competente.

5.3. El derecho de retención.

En caso de que el certificado extendido por la Inspección del Trabajo o la entidad o institución competente, acredite la existencia de una deuda laboral o previsional, la empresa principal podrá ejercer el derecho de retención respecto las obligaciones que tenga a favor del contratista o subcontratista respectivo, por el monto del que es responsable subsidiariamente, debiendo pagar, en tal caso, con dicha retención, al trabajador o institución previsional acreedora.

El derecho de retención es la facultad de que se encuentra dotada la empresa principal para retener una determinada cantidad de dinero de las obligaciones que tiene pendiente de pago a la contratista, cuando los certificados pertinentes constaten la existencia de una deuda laboral o previsional de la contratista con sus trabajadores.

Cabe señalar que el derecho de retención ha sido objeto de un significativo rediseño. Hasta antes de la ley N° 20.123, los derogados artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, configuraban este derecho de la empresa principal. El derecho de retención operaba como una medida de control respecto de la empresa contratista, la que se veía privada transitoriamente del pago de una suma de dinero, en tanto no efectuara el pago de las obligaciones laborales y previsionales que adeudaba a sus dependientes.

El actual artículo 183-C del Código del Trabajo, ha dado un giro en este punto, ya que este derecho se ha establecido no sólo para resguardar a la empresa principal de su eventual responsabilidad subsidiaria, sino también como un mecanismo para garantizar el pago de las deudas laborales y previsionales respectivas. Ello, porque la ley señala que: *“si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora”*.

El derecho de retención no es un derecho autónomo, sino dependiente del derecho de información, en el sentido que sólo cuando se ha ejercido previamente este último puede ejercerse el primero. Y para ser más preciso, el derecho de retención tiene como condición esencial, la efectiva información, por medio idóneo, de la existencia de una deuda laboral o previsional hacia los trabajadores subcontratados. No existiendo dicha información, no existe jurídicamente derecho de retención.

En efecto, como la retención genera la obligación legal de pagar a los acreedores la deuda laboral o previsional respectiva con el monto retenido, es necesario para que dicho derecho nazca para la empresa principal, que exista previamente, como resultado del ejercicio del derecho de información, acreditación por medio idóneo de la existencia de una deuda pendiente. Esa constancia en un certificado laboral permitirá, precisamente, a la empresa principal cumplir con la obligación legal de pagar a los acreedores la deuda respectiva.

De este modo, la ley genera un sistema de protección del trabajador en régimen de subcontratación que opera en dos niveles: primero, la responsabilidad directa del

contratista en su calidad de empleador, y segundo, la responsabilidad indirecta del mandante en calidad de tercero responsable subsidiariamente, quien, además, y aquí el gran aporte de la reforma legal en estudio, responde de las obligaciones laborales que corresponda, en caso de no haber ejercido oportunamente los derechos de control que la ley le otorga, ahora en calidad de tercero responsable solidariamente. Segundo: el derecho de retención, consagrado en el artículo 183-C inciso 3° del Código del Trabajo, el cual señala que, en el caso de que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquel o aquellos, el monto de que es responsable en conformidad a este párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora.

5.4. Posibilidad de pago por subrogación.

Se encuentra contemplado en el inciso cuarto del artículo 183-C del CT., en los siguientes términos:

“En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora”.

Este derecho de la empresa principal se encuentra desvinculado del ejercicio de los derechos de información y retención, de manera tal que la ley laboral la faculta para pagar por subrogación a los acreedores del contratista incumplidor (trabajadores y órganos de previsión social) conforme a las reglas generales del derecho común.

Esto es, se deben aplicar las normas contempladas en el párrafo 8 del Título XIV, del Código Civil, sobre pago por subrogación, que permiten a un tercero a pagar al deudor y subrogarse en los derechos del acreedor.

El artículo 1609 del Código Civil prescribe que la subrogación, o sea, *“la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”*, debe estar prevista en la ley o en la convención. En este caso, se trata de una subrogación legal.

El propósito del legislador laboral al contemplar el pago por subrogación es estimular la eficacia de los contratos de trabajo, propender al cumplimiento de las obligaciones que de ellos emanan y amparar la situación de los terceros (empresa principal o contratista, según sea el caso) que pagan por el deudor (contratista o subcontratista) al acreedor (trabajador o entidad previsional), ya que esta institución permite hacer subsistir la obligación ya pagada en manos de esos terceros, con todos sus accesorios y privilegios.

Efectuado el pago por la empresa principal al acreedor, se producirá como efecto el traspaso del crédito y todos sus accesorios de manos del trabajador o la entidad previsional, a ésta. En otras palabras, sólo cambiará la persona física del acreedor, pero el crédito subsistirá y permanecerá con todos sus accesorios.

Una situación distinta es la que se produce cuando la empresa principal ha ejercido previamente los derechos de información y retención, ya que en esta hipótesis no hay derecho a pagar por subrogación, sino que una obligación legal de pagar al acreedor (trabajador o entidad previsional) del tercero (contratista), la suma retenida a este último.

No hay propiamente pago por subrogación, ya que la empresa principal no paga con dinero propio las obligaciones incumplidas por la empresa contratista sino que con el dinero retenido precisamente a tal deudor, en el ejercicio de los derechos de control

que le otorga la ley. Por ello, no podría haber transmisión de los derechos de los acreedores a la empresa principal que les ha pagado.

De esta manera, para la empresa principal constituye una obligación pagar al trabajador o a la institución previsional, que fueren acreedoras del contratista y subcontratista, y respecto del cual se ha ejercido el derecho de retención en los términos señalados en el apartado anterior.

Sin embargo, para asegurar el pago de las obligaciones laborales y previsionales adeudadas a los trabajadores y a las entidades previsionales, una vez ejercido el derecho de retención, el artículo 183-C del Código del Trabajo obliga a la empresa principal a que pague a los acreedores (trabajador y entidad previsional) del contratista incumplidor. Si no paga, la consecuencia jurídica que le afecta es su responsabilidad se agrava: de ser responsable subsidiario se convierte en responsable solidario.

5.5. La atenuación de responsabilidad de solidaria a subsidiaria.

El artículo 183-D del Código del Trabajo, establece la posibilidad de atenuación de la responsabilidad solidaria a subsidiaria:

“Si la empresa principal hiciera efectiva el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o periodo durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual

responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

Se aplicará también, lo dispuesto en el inciso precedente, en el caso que, habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo y de las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas subcontratistas, la empresa principal o contratista, según corresponda, hiciera efectivo el derecho de retención a que se refiere el inciso tercero del artículo precedente.”

Por tanto, este artículo establece dos casos de atenuación de la responsabilidad. El primero, en caso ejercer la empresa los derechos de información y retención, y el segundo, en caso de ejercer el derecho de retención luego de practicada la notificación pertinente a la Dirección del Trabajo.

II. EL SUMINISTRO DE PERSONAL

1. GENERALIDADES.

1.1. Antecedentes de la figura del suministro de personal.

La figura de suministro de trabajadores era desconocida para nuestra legislación laboral, que no contemplaba norma que la autorizara. Incluso, desde la reforma del año 2001 (ley N° 19.759), la ley parecía haber caminado en sentido contrario: lejos de permitirla, la colocaba bajo el sospechoso apartado de la simulación laboral.

La inicial y única referencia jurídica sobre esta figura en el ámbito laboral, a principios de los años noventa, correspondió a la Dirección del Trabajo, que emitió, en dictamen N° 5487 del 22.09.1992, su opinión sobre lo que se denominó “contrato de enganche”. Según el Dictamen, contrato de enganche es aquel contrato celebrado por el trabajador con una empresa colocadora, quien mantenía en todo caso su calidad de empleadora, para que el trabajador prestara servicios en empresas distintas, designadas por la empresa colocadora. La Dirección del Trabajo señaló respecto de este contrato de enganche que *“no existe norma de derecho laboral que pudiese apoyar a legitimar una eventual legalidad del vínculo entre trabajadores y determinados agentes o representantes de empresas colocadoras”*.

Así, el organismo estatal no reconocía la existencia de esta figura de trabajo atípico, señalando que en ese caso existía un vínculo laboral tradicional, entre el trabajador y la empresa usuaria de los servicios. La doctrina de la Dirección del Trabajo se apoyaba en la premisa fundamental de que para *“nuestra legislación laboral es empleador quien actúa efectivamente como tal”*.

Para fundar esta afirmación, la Dirección del Trabajo utilizaba, como argumento principal, la definición que la ley laboral contempla de empleador en el artículo 3° del Código del Trabajo y que corresponde a “*la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato*”.

Como es fácil de advertir, la solución jurídica de la Dirección del Trabajo, atendido a la legislación laboral vigente en ese momento era coherente, ya que si el empleador se determina por quien ejerce efectivamente la potestad de mando, entonces el trabajador suministrado debería reconocer como tal a la denominada empresa usuaria, vínculo laboral que debía materializarse en un contrato de trabajo escriturado, ya que de lo contrario se infringía el artículo 9° del Código del Trabajo.

Es más, desde el año 2003 la Dirección del Trabajo había considerado como simulación laboral, a que se refiere el inciso primero del artículo 478, al fenómeno del suministro de trabajadores.

Ahora, si esa era la opinión de la Dirección del Trabajo sobre esta figura de suministro de trabajadores antes del dictamen de la ley 20.123, cabe preguntarse por qué siguió creciendo el fenómeno con el mismo producto objetado, esto es, mano de obra y personal para las empresas usuarias sin tener que asumir la calidad legal de empleador.

La explicación pasaba por la solución judicial al problema, que tenía algo de contradictorio: todo dependía, como en tantas materias, si el pronunciamiento iba al fondo del asunto (identidad del empleador), o tan sólo se quedaba en la forma (competencia de la Dirección del Trabajo). Cada una de estas opciones tenía resultados distintos e incompatibles.¹⁰¹

¹⁰¹ En el aspecto formal, la opinión que sobre esta materia habían tenido los Tribunales de Justicia, más específicamente la Corte Suprema, había sido declarar ritualmente la falta de competencia de la Dirección del Trabajo, tanto para instruir a la empresa usuaria como para multarla por falta de escrituración del contrato de trabajo. En este sentido: LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. *Subcontratación y suministro de trabajadores*. Santiago, LexisNexis, 2007. pág 71.

La particular situación de los trabajadores suministrados, hizo plantear la necesidad de introducir una regulación legal en nuestro orden laboral para el suministro de trabajadores, que permitiera resolver las inquietudes que esta figura generaba: ¿Puede ser considerado empleador una empresa que no tiene mayor contacto laboral con sus trabajadores? ¿Es correcto que la empresa que recibe día a día la prestación de servicios no asuma ninguna responsabilidad en el ámbito laboral? ¿El suministro de trabajadores requiere que la labor suministrada sea sólo transitoria? ¿Cómo se ejercen los derechos colectivos de los trabajadores suministrados, especialmente la sindicalización y la negociación colectiva? ¿Qué ocurre con las diferencias salariales entre los trabajadores suministrados y los contratados directamente por la empresa usuaria? ¿Quién responde en casos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales?

El debate acerca del suministro de personal, sin embargo, se topaba con las diversas objeciones que esta figura provocaba, tanto en Chile como en el mundo, especialmente las vinculadas a la precarización en la situación del trabajador suministrado. Algunas objeciones eran:

- Que a través de esta figura se genera una vía de restricción de los derechos laborales para los trabajadores suministrados frente a la empresa usuaria, especialmente el negar a dichos trabajadores la posibilidad de que formen parte de los sindicatos y de negociaciones colectivas dentro de la empresa. Son trabajadores excluidos de la libertad sindical efectiva.

- La dificultad de sostener que la empresa usuaria, donde el trabajador temporal presta sus servicios diariamente y respecto de la cual tiene deberes laborales, no tenga ninguna responsabilidad legal frente al trabajador. Sin embargo, esta objeción del trabajo temporal ha sido superada en la legislación comparada, mediante el establecimiento de la responsabilidad laboral solidaria de la empresa usuaria o, en su defecto, la responsabilidad subsidiaria.

- La discriminación laboral, ya que mientras los trabajadores contratados directamente por la usuaria gozan de cierta estabilidad laboral, asociada a beneficios y garantías laborales, los trabajadores suministrados, en muchas ocasiones, realizando la misma labor o desempeñando la misma función, reciben un trato sensiblemente distinto, asociado a menos beneficios, menos garantías y peores salarios.

Objeciones como las anteriores, hicieron que se prohibiera inicialmente en las legislaciones laborales nacionales el suministro o cesión de trabajadores, prohibición adicionalmente refrendada a nivel internacional con el Convenio N° 96 de la OIT, sobre agencias de colocación. Sólo en la década de los noventa comenzó a ganar legitimidad, como una forma flexibilizar las relaciones de trabajo al permitir que las empresas recurrieran a otras en búsqueda de mano de obra temporal, sin necesidad de contratar directamente a los trabajadores. Así, diversos países que hasta fines de los ochenta prohibían esta figura, comenzaron a reconocerla y a regularla: España en 1994, Italia en 1997 y en nuestro propio entorno Colombia en 1990.

Además, se reconoce al suministro de trabajadores como figura legítima en el ámbito de la legislación internacional del trabajo, con el Convenio N° 181 de la OIT, sobre Agencias Privadas de Empleo de 1997. En este contexto, Chile se encontraba casi como una excepción en el plano internacional, ya que no se reconocía esta figura, cuestión que precisamente pretende ser salvada por la Ley N° 20.123 de reforma al Código del Trabajo.

1.2. La Ley N° 20.123: excepción al principio de la primacía de la realidad.

La Ley N° 20.123 reconoce y regula por primera vez en Chile la figura de suministro de personal a través de lo que denomina empresas de servicios transitorios, y se le reconoce la calidad de empleador con respecto a los trabajadores suministrados o

cedidos, por los que debe responder legalmente de todas las obligaciones laborales y previsionales que correspondan.

Según las reglas generales, esa calidad no le corresponde, ya que como no hay excepción al artículo 3° del Código del Trabajo, la empresa suministradora no debería ser considerada empleador, ya que el mando y la dependencia corresponde a la empresa usuaria. La ley altera las reglas generales, considerando empleador a quien no ejerce el mando y la subordinación, a cambio de una regulación que garantice los derechos de los trabajadores¹⁰².

De este modo, por tratarse de una figura de excepción, la de suministro o cesión de trabajadores por vía de una empresa de servicios transitorios, sólo debe ser considerada lícita y ajustada a derecho, cuando la misma se efectúe en la forma y del modo previsto en el nuevo párrafo 2°, del Título VII, del Libro I, del Código del Trabajo.

Cualquier otra situación en donde un trabajador preste servicios subordinados para una empresa, pero su contrato de trabajo se encuentre suscrito con otra empresa distinta, independiente de la denominación que las partes den a dicha figura o situación, debe entenderse como suministro ilegal y ser sancionado como tal por la nueva normativa legal sobre la materia.

¹⁰² Ibid., pág 78.

2. LA NOCIÓN DE SUMINISTRO DE TRABAJADORES Y LOS SUJETOS INTERVINIENTES: EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS, EMPRESA USUARIA Y TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

2.1. Noción de suministro.

El suministro de trabajadores se caracteriza por dar lugar a una relación triangular en la que participan: un suministrador, que generalmente será una empresa específicamente dedicada a dicho giro; un usuario, el cual demanda trabajadores para su empresa o actividad; y un trabajador que es contratado por el suministrador con la finalidad de que preste sus servicios en una o más de las empresas usuarias.

Las empresas de servicios transitorios (en adelante E.S.T.), como las denomina nuestra legislación, facilitan o suministran sus trabajadores a las empresas usuarias, pero conservando la calidad de empleador. Esto opera del modo siguiente: la empresa suministradora contrata, por tiempo indefinido o por tiempo determinado, a un trabajador que acepta ser puesto temporalmente a disposición de una empresa usuaria o cliente, delegando la empresa de suministro toda o parte de su autoridad en la empresa usuaria, a través de un contrato de puesta a disposición celebrado entre ambas. La empresa de suministro no es, pues, una empresa de servicios que actúe como contratista respecto de la empresa usuaria, ya que en tal caso no habría puesta del trabajador a disposición de la empresa cliente, sino que la empresa de suministro contratista conservaría su autoridad sobre el mismo.

De esta manera, la tradicional relación contractual bilateral entre empresario y trabajador, se convierte en una compleja relación triangular entre un trabajador, la empresa de suministro y la empresa usuaria. Habrá, pues, dos contratos, el contrato de trabajo entre la empresa de suministro y el trabajador y el contrato de puesta a

disposición entre la empresa de suministro y la empresa cliente. De estos dos contratos surgirán, sin embargo, tres relaciones distintas, pues a las anteriores se añade la que se establece entre el trabajador suministrado y la empresaria usuaria¹⁰³.

2.2. Sujetos intervinientes.

i. Empresa de Servicios Transitorios (E.S.T.): La ley define la E.S.T. en el artículo 183-F del Código del Trabajo como *“toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”*.

En otros términos, la E.S.T. es aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados, respecto de los cuales ostenta la condición de empleador, a través de un contrato civil o mercantil de puesta a disposición, por un tiempo determinado y por un precio. También ha sido definida como *“aquella empresa que se dedica a colocar trabajadores en otra (denominada “usuaria” o “receptora”), para atender necesidades temporales de ésta y asumiendo el pago de los créditos que se generen”*.¹⁰⁴

La E.S.T. se distingue de la agencia de empleo. Mientras ésta se limita a contactar ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia pase a formar parte de las relaciones laborales que pudieran derivarse, la E.S.T., en lugar de distanciarse del

¹⁰³ PALAVECINO, op. cit.,pág. 82.

¹⁰⁴ ERMIDA, Oscar y CASTELLO, Alejandro. *Las empresas de trabajo temporal*. En: VV. AA. *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del trabajo*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000. pág. 414.

trabajador colocado en una empresa usuaria y receptora, se atribuye y reclama formalmente para sí la calidad de empleador, cumpliendo para ello con las cargas formales que se derivan de tal condición (registro ante organismos públicos, pago de salarios, contratación de seguro de accidentes del trabajo, etcétera).

ii. Empresa Usuaria. Según el mismo artículo 183-F del Código del Trabajo, se entiende por usuaria *“toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código”*,

iii. Trabajador Transitorio. Finalmente, la ley define, en el artículo 183-F, letra c) del Código del Trabajo, al trabajador de servicios transitorios, como *“todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2º”*.

3. DIFERENCIAS ENTRE LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y OTRAS FIGURAS ANÁLOGAS.

3.1. Diferencias entre empresas suministradoras y agencias de empleo.

La agencia de empleo es una entidad que se dedica a la colocación de trabajadores, realiza intermediación laboral con el solo objeto de poner en contacto a las personas que buscan trabajo con las empresas que necesitan trabajadores. La agencia de empleo vincula oferta y demanda de empleo y, al realizar esta tarea, cumple una función específica en el ámbito laboral, pero sin formar parte de las relaciones laborales que puedan nacer a partir de su intervención; la agencia de empleo se limita a cumplir un papel en el reclutamiento de trabajadores. Actúa en lo que puede ser el momento inicial de una relación laboral. Una vez que se ha producido el encuentro entre las partes que efectivamente inician una relación laboral, la agencia se retira para no jugar ningún papel posterior en esa relación que ella ha contribuido a generar.

Las empresas suministradoras de trabajadores también conectan a personas que necesitan empleo con empresas que necesitan trabajadores, pero, una vez que vinculan a los sujetos de esta oferta y demanda de empleo, permanecen como parte de la relación laboral, generando así una relación laboral de tipo triangular.

La labor de la agencia de empleo no altera en ningún sentido la relación jurídico laboral entre el trabajador al que asistió en la búsqueda de empleo y la empresa que decidió la contratación de este trabajador.

La distinción entre agencia de empleo y empresas que se dedican al suministro del personal, a pesar de ser de fácil comprensión, ha sido origen de confusión. Así por ejemplo, el Convenio 181, surgido de los debates desarrollados en el seno de la

Organización Internacional del Trabajo, bajo la denominación “agencias de empleo privadas”, comprende tanto a las agencias de empleo como a las empresas suministradoras de trabajadores.

3.2. Diferencias entre el suministro de trabajadores y la subcontratación de bienes y servicios.

El suministro de trabajadores y la subcontratación de bienes y servicios se diferencian, en primer lugar, por su objeto. En la subcontratación de bienes y servicios, el objeto del contrato que se celebra entre las empresas, es la producción de una obra o la ejecución de determinado servicio. En el suministro de trabajadores, el objeto del contrato que se celebra, es la “puesta a disposición de trabajadores”. Como lo expresa Magdalena Echeverría, en el suministro “*el objeto no es un producto, sino trabajo. Es decir, cuando una empresa contrata con otra no la compra de determinados bienes o servicios, sino la provisión de trabajo, específicamente, de trabajadores*”.¹⁰⁵

Por tanto, en el subcontrato cada empresa involucrada es el verdadero empleador de sus trabajadores, cada empresa contrata trabajadores para que se desempeñen para ella y participen en la elaboración o producción de la obra o servicio subcontratado. El vínculo laboral es claro, la potestad de mando es ejercida por cada empleador por separado respecto de los trabajadores que se hallan bajo su subordinación o dependencia.

En el suministro de trabajadores ocurre algo distinto. La figura del empleador se bifurca, existiendo dos empleadores respecto de un mismo trabajador. Uno será empleador formal y el otro será empleador real. Este último es quien ejerce la potestad

¹⁰⁵ ECHEVERRÍA, Magdalena. *El otro trabajo*. En: DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Cuaderno de Investigación N° 7. Santiago, 2001. pág. 40.

de mando, utiliza el trabajo ajeno pero con la pretensión de verse liberado de la calidad jurídica de empleador y de las responsabilidades que dicha calidad conlleva.

Por otra parte, en la subcontratación de bienes y servicios cada parte es una verdadera empresa, es decir, realiza las tareas propias de su giro con elementos personales propios, materiales e inmateriales que se hallan bajo su dirección y al servicio de sus fines.

En el suministro de trabajadores, la empresa suministradora no cuenta con esta organización de medios que permitan la realización de las tareas para las que ha sido contratado el trabajador. Al contrario, al trabajador se le inserta en una organización de medios que corresponden a otra empresa que es la que efectivamente ocupa al trabajador para la consecución de sus fines.

Por último, la subcontratación de bienes y servicios es un mecanismo de descentralización productiva. Entre las empresas que se relacionan mediante la subcontratación se distinguen unidades económicas independientes entre sí, de distinto tamaño que se relacionan contractualmente, generando una especie de encadenamiento productivo en el que distintas empresas asumen la elaboración de una parte o fase del proceso productivo total.

El suministro de trabajadores no es propiamente un mecanismo de descentralización productiva. El trabajador suministrado se incorpora a una empresa que no modifica su organización por el hecho de incorporar trabajadores a través de un intermediario. Por su parte, la empresa suministradora no participa en la elaboración de ninguna parte o fase del proceso productivo¹⁰⁶.

¹⁰⁶ LEON, Catherina., ARAYA, Patricio. y GALLO, Cristián. *Análisis de la nueva ley de subcontratación: Ley N° 20.123*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, 2008.

4. EL SUMINISTRO DE PERSONAL EN EL DERECHO COMPARADO.

4.1. Generalidades.

En el informe presentado en el Congreso Mundial de derecho del Trabajo de 2006 en París por los autores Raffaele De Luca Tamajo y Adalberto Perulli, referente al tema de la descentralización productiva y del Derecho del trabajo, se señala que la forma en que reaccionan las legislaciones laborales frente al proceso de externalización, podría calificarse de la siguiente manera¹⁰⁷:

i. Países en los que se observa una tendencia a prohibir algunas formas de descentralización, basadas en la presunción de que existiría fraude laboral, como es el caso del suministro de mano de obra (o algunas de sus modalidades o causas).

ii. Países en que la legislación es más abierta a los procesos de externalización, pero se legitiman o estimulan solamente aquellas que se basan en razones de especialización productiva y de economía de tipo logística y organizacional. Estos países ponen trabas u obstáculos a aquellas formas de externalización basadas en el menor costo del trabajo. Para ello se recurre a la técnica de la paridad o equiparación de condiciones de trabajo y ciertas formas de responsabilidad subsidiaria y solidaria.

iii. Regímenes en los que la protección de los trabajadores en los procesos de descentralización, se basa en la garantía de satisfacción de créditos del trabajador externalizado, para lo cual se recurre a la responsabilidad solidaria.

iv. Modelos en los que existen muy pocos condicionamientos a la libertad organizacional del empresario, ignorándose toda prohibición a la interposición o

¹⁰⁷ DE LUCA-TAMAJO, R. y PERULLI, A. op. cit., s.p.

suministro de mano de obra. Algunos países que han elegido esta opción más liberal, son Reino Unido, Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda.

v. Finalmente, algunos países confían en el control judicial y sindical de los fenómenos de descentralización productiva, estableciendo, a vía de ejemplo, la obligación de informar a la organización sindical, en forma previa, las decisiones que puedan implicar una externalización.

4.2. Argentina.

En Argentina, el suministro de personal se encuentra regulado en la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, de 1976. El artículo 29 inciso 3° de dicha ley, dispone que: *“Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas”*. El artículo 29 bis complementa la regulación estableciendo que *“el empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquella por todas las obligaciones laborales, y deberá retener los pagos que efectuó a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivas para los organismos de seguridad social y depositarlos en término”*.

De esta forma, la ley argentina ha adoptado la ficción de que el empleador directo del trabajador eventual es la E.S.T., contemplando dos situaciones distintas. Cuando la E.S.T. esté regularmente constituida, los trabajadores serán considerados empleados de ésta y no de la empresa usuaria. En cambio, si ésta no estuviera habilitada para funcionar, el trabajador sería considerado estable o permanente en relación a la

empresa usuaria, la que a su vez sería considerada, como titular directa de la relación laboral, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la E.S.T.

La habilitación administrativa es el requisito indispensable para que la E.S.T. pueda funcionar en la legislación argentina, siendo el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, la autoridad competente para otorgarla. Entre los requisitos para poder inscribirse en el Registro de Empresas de Servicios Eventuales se destacan: estatuto social, domicilio, registro ante organismos públicos, constancia de contratación de seguros de vida obligatorio, constituir una garantía, capital inicial mínimo, entre otros.

Para la doctrina laboral argentina, la contratación de personal eventual mediante una E.S.T. consiste en una interrelación triangular, puesto que, por un lado, existe una relación entre el trabajador y la E.S.T., y, por otro, existe una relación entre la empresa usuaria y el trabajador.

Adicionalmente, para tutelar los derechos individuales y colectivos del trabajador eventual, la Ley de Contrato de Trabajo dispone que *“el trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la convención colectiva, será representado por el sindicato y beneficiado por la obra social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria”*.

Respecto a la intermediación laboral pura y simple, el artículo 29 de la Ley de Contrato de Trabajo, en sus incisos 1º y 3º, establece que:

“Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados de quien utilice su prestación.

En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones

emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social”.

Según la doctrina, esta norma resulta aplicable a los supuestos de intermediación fraudulenta, en los cuales el verdadero empleador hace que un tercero figure como contratante del trabajador, pero aquel es el único beneficiario de la prestación que recibe y aprovecha. De acuerdo al artículo 29 de la Ley de Contrato de Trabajo, tanto el intermediario como quien utilice la prestación, son solidariamente responsables por las obligaciones derivadas del contrato, sin perjuicio de que el verdadero titular de la relación jurídica laboral sea el empresario principal¹⁰⁸.

4.3. Brasil.

En Brasil la legislación no regula de manera completa, orgánica y sistémica el fenómeno de la externalización o tercerización. En el ámbito privado existen apenas dos leyes que se refieren a esta temática, pese a lo cual la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado una importante cantidad de reglas, criterios y pautas que buscan controlar el proceso de descentralización empresarial, haciéndolo compatible con los principios esenciales que rigen la utilización de la fuerza de trabajo en ese país.

La primera norma legal que supuso una inflexión en el sistema clásico garantista del trabajo, fue la Ley Federal N° 6.019 de 1974, la cual consagra expresamente el trabajo temporal en las empresas urbanas. De acuerdo a la ley, el trabajo temporal solamente es permitido para atender a la necesidad transitoria de sustitución de su personal regular y permanente (vacaciones anuales, licencias especiales, enfermedad, ausencia de otra naturaleza) o para cubrir la necesidad resultante de incremento

¹⁰⁸ CASTELLO y ROSEMBAUM, op. cit. pág. 66.

extraordinario de servicios en la empresa tomadora (aumento en las ventas en ciertos periodos del año, lanzamiento de nuevos productos, etcétera), autorizando las relaciones triangulares de trabajo.

De acuerdo al artículo 11 de la ley anteriormente citada, el contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador eventual, debe ser formulado por escrito, y en principio, no puede dar origen a una relación laboral, entre trabajador y empresa usuaria, por más de tres meses. Sin embargo, mediante autorización conferida por el Ministerio de Trabajo se puede extender el plazo. El incumplimiento de las circunstancias que habilitan para recurrir a la contratación de trabajo temporal, a través de intermediarios, o de cualquier requisito establecido para su puesta en práctica (plazo, instrumentación por escrito, etcétera), trae como consecuencia que la relación jurídica se entienda formalizada directamente con la empresa usuaria.

Esta normativa presupone la intermediación de una empresa de trabajo temporal, entendida como la persona física o jurídica, cuya actividad consiste en suministrar a otras empresas, temporalmente, trabajadores, debidamente calificados, remunerados y asistidos por ellos. En su artículo 12, la ley asegura al trabajador temporal una remuneración equivalente a la recibida por los empleados de la misma categoría de la empresa usuaria o cliente, calculados por la base horaria, garantizado, en cualquier hipótesis, el recibimiento del salario mínimo regional.

En el caso de quiebra de la empresa de trabajo temporal, la empresa usuaria o cliente es solidariamente responsable del pago de las remuneraciones, contribuciones de seguridad social e indemnizaciones, respecto al tiempo en que el trabajador estuvo bajo sus órdenes.

4.4. Costa Rica.

En Costa Rica el artículo 3° del Código de Trabajo admite la figura del “intermediario”, conceptualizándolo como *“toda persona que contrata los servicios de otra u otras personas para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono”*. Conforme con la misma norma, patrono e intermediario son solidariamente responsables frente al trabajador, por las obligaciones provenientes del mismo Código, de sus Reglamentos y de las disposiciones de previsión social.

De esta forma, se entiende que la intermediación es una actividad permitida por el Código de Trabajo, aunque el funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal no se encuentra prevista en la legislación laboral. Más aún se prohíbe, de manera absoluta, el funcionamiento de empresas de servicios transitorios para la contratación de mano de obra extranjera, en virtud de la Ley de Migración y Extranjería.

4.5. Venezuela.

En Venezuela la figura de las Empresas de Trabajo Temporal fue regulada por los artículos 23 a 28 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999. Estas normas disponen que las empresas de trabajo temporal registradas ante el Ministerio del Trabajo, tienen la condición de intermediarias.

La figura del intermediario se encuentra definida por el artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo, como *“la persona que en nombre propio y en beneficio de otra utilice los servicios de uno o más trabajadores”*. Agrega la Ley que *“el intermediario será responsable de las obligaciones que a favor de esos trabajadores se derivan de la Ley y de los contratos; y el beneficiario responderá además, solidariamente con el*

intermediario, cuando le hubiere autorizado expresamente para ello o recibiere la obra ejecutada. Los trabajadores contratados por intermediarios disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario”.

De acuerdo con el artículo 26 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, se admite la contratación de empresas de trabajo temporal para:

- La realización de una obra o la prestación de un servicio, cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, fuese en principio de duración incierta;
- Atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, por un periodo que no excederá de tres meses.
- Sustituir trabajadores.

La empresa de trabajo temporal tendrá a su cargo las obligaciones que surjan de las leyes o reglamentos, respecto de los trabajadores por ella contratados. Sin embargo, conforme al artículo 24, si la empresa de trabajo temporal incumple dichas obligaciones, se considerará “intermediario”, en los términos del artículo 54 de la Ley Orgánica del Trabajo. Esto significa que los trabajadores contratados por ella, deben gozar de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que corresponden a los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, y, además, está última, vería comprometida su responsabilidad en forma solidaria, respecto de las obligaciones laborales pertinentes de la empresa de trabajo temporal.

4.6. España.

El suministro temporal de trabajadores o de mano de obra, según la legislación española, esta regulada en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, en redacción dada por la Ley Nº 43 de 2006, disponiendo lo siguiente:

“1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratados de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza la funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.”

Al respecto, Jesús Cruz Villalón¹⁰⁹ señala que con carácter general se admite que las empresas de trabajo temporal, cedan los trabajadores por ellas contratado a las empresas usuarias, en todo tipo de actividades profesionales y sectores. La limitación legal de los supuestos en que puede acudir a los servicios de las empresas de trabajo temporal, se ve acompañada por una serie de exclusiones expresas al uso del contrato de puesta a disposición, como, por ejemplo:

- Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria;
- Para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinan reglamentamente (obras de construcción, minería, industrias extractivas, trabajos en plataformas marinas, etcétera);
- Para ceder trabajadores a otra empresa de trabajo temporal y;
- Para las actividades de estiba y desestiba.

Para que la empresa de trabajo temporal pueda funcionar, se exige la previa obtención de una autorización administrativa. La solicitud de autorización administrativa permite constatar que la empresa de trabajo temporal cumpla con los requisitos de transparencia y solvencia, impuesto legalmente, para desarrollar esta peculiar actividad de mediación entre empresa usuaria y trabajadores. La autorización administrativa es, por ello, requisito esencial para poder realizar la actividad de contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas. La duración de la autorización es válida por un año y prorrogable por dos periodos sucesivos iguales. Si sobre la base de tales autorizaciones la empresa de trabajo temporal ha realizado su actividad durante tres años, la autorización se concederá sin límite de duración, expirando cuando se deje de realizar la actividad durante un año ininterrumpido.

¹⁰⁹ CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Outsourcing y relaciones laborales. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo*. En: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 2000. pág. 249-326.

En cuanto al régimen de responsabilidad laboral, Cruz Villalón¹¹⁰ expresa que, si bien entre la empresa usuaria y el trabajador cedido no existe relación contractual, al desarrollar el trabajador sus servicios en el ámbito de aquélla, la norma le impone una serie de derechos y obligaciones para ambas partes. Así, en materia retributiva y de seguridad social, corresponde a la empresa de trabajo temporal el cumplimiento de estas obligaciones, siendo la empresa usuaria responsable subsidiaria de las obligaciones mencionadas contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Dicha responsabilidad será solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en cuanto a los supuestos en que puede recurrirse a tal contrato.

Por último, en materia de prevención de riesgos laborales, la responsable es la empresa usuaria, debiendo informar al trabajador con carácter previo al inicio de la prestación de servicios sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, así como las medidas de protección y prevención contra los mismos. La empresa usuaria ostentará el poder de dirección inherente a la calidad de empleador, ejerciendo las facultades de dirección y control de la actividad laboral durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito.

¹¹⁰ Ibid.

5. EL SUMINISRO DE PERSONAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

5.1. Constitución de la Empresa de Servicios Transitorios

5.1.1. Requisitos.

En nuestra legislación, el artículo 183-F letra a) del Código del Trabajo, dispone que sólo personas jurídicas podrán realizar la actividad de E.S.T., para lo cual deberán previamente inscribirse en un registro especial público que al efecto llevará la Dirección del Trabajo (artículo 183-K del Código del Trabajo). Al solicitar su inscripción en tal registro, la empresa respectiva deberá justificar:

- Los antecedentes que acrediten su personalidad jurídica, su objeto social y la individualización de sus representantes legales.
- Incluir en su nombre o razón social la expresión “Empresa de Servicios Transitorios” o la sigla “E.S.T.”.
- Dedicación exclusiva a la actividad de E.S.T.

5.1.2. Garantía.

Inmediatamente después de practicada la inscripción y antes de empezar a operar, de acuerdo al artículo 183-K, inciso final del Código del Trabajo, la E.S.T. deberá garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales y de

seguridad social de la empresa con sus trabajadores y de las multas por infracciones laborales, mediante una garantía financiera (boleta de garantía u otro instrumento de similar liquidez) permanente a nombre de la Dirección del Trabajo. Esta garantía se regula en el artículo 183-J del Código del trabajo

Su monto será de 250 U.F., aumentada en 1 U.F. por cada trabajador transitorio adicional contratado, por sobre 100 trabajadores; 0,7 UF por cada trabajador contratado, por sobre 150 trabajadores y 0,3 UF por cada trabajador transitorio contratado, por sobre 200. Su monto se ajustará cada doce meses, considerando el número de trabajadores transitorios que se encuentren contratados en dicho momento.

El instrumento deberá tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días, y será devuelto dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta.

La garantía estará destinada preferentemente a responder, en lo sucesivo, por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias, y luego las multas que se le apliquen por infracción a las normas del Código del Trabajo. La Ley señala que esta garantía constituye un patrimonio de afectación a los fines recién indicados y que estará excluida del derecho de prenda general de los acreedores.

La sentencia ejecutoriada que ordene el pago de remuneraciones y/o de cotizaciones previsionales adeudadas, el acta suscrita ante el Inspector del Trabajo en que se reconozca la deuda de dichas remuneraciones y la resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa, podrán hacerse efectivas sobre la garantía, previa resolución del Director del Trabajo autorizando el pago. Contra dicha resolución no procederá recurso alguno.

En caso de término de la E.S.T., el Director del Trabajo, una vez acreditado el cumplimiento de las obligaciones laborales de origen legal o contractual y de seguridad

social que sean pertinentes, deberá proceder a la devolución de la garantía dentro del plazo de 6 meses, contados desde el término de la empresa.

5.1.3. Aprobación de la inscripción.

La Dirección del Trabajo, en un plazo de 60 días, podrá emitir observaciones a la inscripción en el registro, si faltara alguno de los requisitos antes mencionados. Tras los 60 días, se entenderá aprobada si no le hubieran sido formuladas observaciones (artículo 183-K inciso 2° del Código del Trabajo).

En igual plazo, la E.S.T. podrá subsanar las observaciones que se le hubieren formulado, bajo apercibimiento de tenerse por desistida de su solicitud por el solo ministerio de la ley. Podrá asimismo, dentro de los 15 días siguientes a su notificación, reclamar de dichas observaciones o de la resolución que rechace la reposición, ante la Corte de Apelaciones de su domicilio, para que ésta ordene su inscripción en el registro (artículo 183-K inciso 3° del Código del Trabajo).

La Corte conocerá de dicha reclamación en única instancia, con los antecedentes que el solicitante proporcione y oyendo a la Dirección del Trabajo, la que podrá hacerse parte en el respectivo procedimiento (artículo 183-K inciso 4° del Código del Trabajo).

5.2. Relación entre la Empresa de Servicios Transitorios y la Empresa Usuaria: el contrato de puesta a disposición de trabajadores.

5.2.1. Noción y naturaleza.

El contrato de puesta a disposición, es el celebrado entre la E.S.T. y la empresa usuaria y tiene por objeto la cesión de trabajadores para prestar servicios en la usuaria, a cuyo poder de dirección quedan sometidos.

Pese a ser un contrato regulado y dirigido por el Derecho del Trabajo, su naturaleza es civil/mercantil; por tanto, en lo no previsto por el Código del Trabajo, se le aplicará la legislación común y conocerán de los conflictos entre las partes, los tribunales civiles. En efecto, el artículo 183-H del Código del Trabajo, sólo atribuye competencia a los juzgados de letras del trabajo respecto de las cuestiones suscitadas entre las partes de un contrato de trabajo de servicios transitorios, o entre los trabajadores y la o las usuarias de sus servicios.

5.2.2. Formalidades.

La puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios a una empresa usuaria, deberá constar por escrito en un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios. Sólo podrá celebrarse para atender necesidades temporales de trabajo de la empresa usuaria en los supuestos del artículo 183-Ñ del Código del Trabajo, que expondremos más adelante.

De acuerdo al artículo 183-N del Código del Trabajo, el contrato de puesta a disposición deberá indicar:

- La causal invocada para la contratación de los servicios;
- Los puestos de trabajo para los cuales se realiza;
- La duración de la misma;
- El precio convenido;
- Si los trabajadores puestos a disposición tendrán o no derecho, durante la vigencia del contrato, a la utilización de transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria.
- La individualización de las partes, la cual deberá hacerse con indicación del nombre, domicilio y número de cédula de identidad o rol único tributario de los contratantes. En el caso de personas jurídicas se deberá, además, individualizar al o los representantes legales.

El contrato deberá suscribirse dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador. Cuando la duración del mismo sea inferior a cinco días, la escrituración deberá hacerse dentro de los dos días de iniciada la prestación de los servicios.

De acuerdo al inciso final del artículo 183-N del Código del Trabajo, la falta de contrato escrito de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas sobre suministro de personal. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiera aplicar conforme al Código del Trabajo. Es posible

concluir, pues, que en nuestro ordenamiento el contrato de puesta a disposición es un contrato solemne y que la solemnidad es la escrituración.

Finalmente, cabe advertir que será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios que prohíba la contratación del trabajador por la usuaria a la finalización de dicho contrato (artículo 183-Q del Código del Trabajo).

5.2.3. Supuestos permitidos.

El contrato de puesta a disposición sólo puede celebrarse para atender necesidades temporales de trabajo de la usuaria en los supuestos del artículo 183-Ñ del Código del Trabajo:

- a) suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados;
- b) eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza;
- c) proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados;
- d) período de inicio de actividades en empresas nuevas;
- e) aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria, o

f) trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran de una ejecución inmediata, tales como la reparación en las instalaciones y servicios de la usuaria.

5.2.4. Duración.

La Ley regula la duración del contrato de puesta a disposición en relación con los supuestos que lo hacen procedente (artículo 183-O del Código del Trabajo).

Tratándose de casos de reemplazo por suspensión del contrato de trabajo, la puesta a disposición del trabajador podrá cubrir el tiempo de duración de la ausencia del trabajador reemplazado.

En caso de eventos extraordinarios y eventos ocasionales o extraordinarios de actividad, el contrato de trabajo para prestar servicios en una misma usuaria no podrá exceder de 90 días. En el caso de proyectos nuevos y específicos de la usuaria y del período de inicio de actividades dicho plazo será de 180 días, no siendo en ambos casos susceptibles de renovación. Sin embargo, si al tiempo de la terminación del contrato de trabajo subsisten las circunstancias que motivaron su celebración, se podrá prorrogar el contrato hasta completar 90 ó 180 días en su caso.

Tratándose de trabajadores con discapacidad, el plazo máximo de duración del contrato de puesta a disposición será de seis meses renovables (artículo 183-AC del Código del Trabajo).

Si el trabajador continuare prestando servicios después de expirado el plazo de su contrato de trabajo, éste se transformará en uno de plazo indefinido, pasando la usuaria a ser su empleador y contándose la antigüedad del trabajador, para todos los efectos

legales, desde la fecha del inicio de la prestación de los servicios a la usuaria (artículo 183-T del Código del Trabajo).

5.2.5. Supuestos prohibidos.

No pueden celebrarse contratos de puesta a disposición en los siguientes casos (artículos 183-P del Código del Trabajo):

- a) para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados;
- b) para reemplazar a los trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva, o
- c) para ceder trabajadores a otras E.S.T.

La contratación en los supuestos no permitidos daría lugar a calificar la cesión como ilegal. En consecuencia, el trabajador se considerará dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común. Además, la usuaria será sancionada administrativamente con una multa de 10 U.T.M. por cada trabajador contratado.

Tampoco podrá celebrarse un contrato de puesta a disposición cuando la E.S.T. sea matriz, filial, coligada, relacionada o tenga interés directo o indirecto, participación o relación societaria de algún tipo con la usuaria (artículo 183-I del Código del Trabajo).

5.3. La relación laboral del trabajador con la Empresa de Servicios Transitorios: el contrato de trabajo de servicios transitorios.

5.3.1. Noción y naturaleza.

La ley define el contrato de trabajo de servicios transitorios como “*una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido*” (artículo 183-R del Código del Trabajo). Se trata de un contrato de trabajo distinto del definido por el artículo 7° del Código del Trabajo, ya que el empleador, esto es, la E.S.T., no utiliza de forma directa los servicios del trabajador sino que lo pone a disposición de la usuaria.

5.3.2. Formalidades.

El contrato de trabajo de servicios transitorios deberá celebrarse por escrito y contendrá, a lo menos, las menciones exigidas por el artículo 10 del Código del Trabajo. Su escrituración deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador. Cuando la duración del mismo sea inferior a cinco días, la escrituración deberá hacerse dentro de los dos días de iniciada la prestación de los servicios. Una copia del contrato de trabajo deberá ser enviada a la usuaria a la que el trabajador prestará servicios.

5.3.3. Objeto.

Corresponde a la E.S.T. el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales en relación con los trabajadores contratados para ser cedidos. En la remuneración convenida se considerará la gratificación legal, el desahucio, las indemnizaciones por años de servicios y sustitutivas del aviso previo, y cualquier otro concepto que se devengue en proporción al tiempo servido, salvo la compensación del feriado (artículo 183-Z del Código del Trabajo).

En relación con este último concepto, el trabajador de servicios transitorios que haya prestado servicios, continua o discontinuamente, en virtud de uno o más contratos de trabajo celebrados con una misma E.S.T., durante a lo menos 30 días en los 12 meses siguientes a la fecha del primer contrato, tendrá derecho a una indemnización compensatoria del feriado. Por cada nuevo período de 12 meses contado desde que se devengó la última compensación del feriado, el trabajador de servicios compartidos tendrá derecho a ésta. La indemnización será equivalente a la remuneración íntegra de los días de feriado que proporcionalmente le correspondan al trabajador según los días trabajados en la respectiva anualidad. La remuneración se determinará considerando el promedio de lo devengado por el trabajador en los últimos 90 efectivamente trabajados. Si el trabajador hubiere trabajado menos de 90 días en la respectiva anualidad, se considerará la remuneración de los días efectivamente trabajados para la determinación de la remuneración (artículo 183-V del Código del Trabajo).

Sólo podrán pactarse horas extraordinarias entre el trabajador y la E.S.T. al tenor del artículo 32 del Código del Trabajo (artículo 183-X del Código del Trabajo).

Por otra parte, las E.S.T. estarán obligadas a proporcionar capacitación para cada año calendario, al menos al 10% de los trabajadores que pongan a disposición en el mismo período, a través de alguno de los mecanismos previstos en el Párrafo 4° del

Título I de la ley N° 19.518 (artículo 183-AD del Código del Trabajo). En ningún caso la E.S.T. podrá exigir ni efectuar cobro de ninguna naturaleza al trabajador, ya sea por concepto de capacitación o de puesta a disposición en una usuaria (artículo 183-S del Código del Trabajo).

Las trabajadoras gozarán de fuero maternal, cesando éste de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria (artículo 183-AE, inciso 1° del Código del Trabajo).

5.4. La relación laboral del trabajador con la empresa usuaria.

5.4.1 Noción y naturaleza.

Como quedó dicho, lo peculiar del suministro o cesión de trabajadores es que la tradicional relación contractual bilateral entre empleador y trabajador se convierte en una compleja relación triangular entre un trabajador, la E.S.T. y la empresa usuaria. En términos reales, habrá un trabajador sometido a dos empleadores, repartiéndose entre ellos el complejo haz de derechos y obligaciones que emanan de ambas relaciones de trabajo. Y es que, pese a que formalmente la legislación considera como único empleador a la E.S.T., materialmente y paralela al contrato de trabajo de servicios transitorios, se genera una relación de trabajo real y directa entre el trabajador y la empresa usuaria, con obligaciones y derechos recíprocos. Veremos que en el artículo 183-Y inciso 2° del Código del Trabajo, califica el vínculo entre la usuaria y el trabajador cedido como una “relación laboral”.

5.4.2. Objeto.

La ley establece que las facultades de organización, dirección y control de la actividad del trabajador legalmente cedido serán ejercitadas por la usuaria durante el tiempo de la prestación de los servicios en su ámbito. La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la E.S.T. (artículo 183-X del Código del Trabajo). Será obligación de la usuaria controlar la asistencia del trabajador de servicios transitorios y poner a disposición de la empresa de la E.S.T. copia del registro respectivo. En el registro se indicará, a lo menos, el nombre y apellido del trabajador de servicios transitorios, nombre o razón social y domicilio de la E.S.T. y de la usuaria, y diariamente las horas de ingreso y salida del trabajador (artículo 183-W del Código del Trabajo).

No obstante, la usuaria deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la E.S.T. relativas a la prestación de los servicios, tales como la duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos.

El artículo 183-Y del Código Trabajo dispone que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar a la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. En consonancia con lo anterior, el precepto citado agrega que la usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.

Por su parte, el trabajador cedido queda subordinado a la empresa usuaria y deberá, por tanto, cumplir las directrices e instrucciones que allí se le impartan. Además el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e

higiene de la usuaria, el que deberá ser puesto en su conocimiento mediante la entrega de un ejemplar impreso, en conformidad con lo dispuesto en el inciso 2°, del artículo 156 del Código Trabajo.

5.4.3. Las responsabilidades de la empresa usuaria.

La usuaria será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las E.S.T. a favor de los trabajadores de éstas (artículo 183-AB, inciso 1° del Código del Trabajo).

En cambio, será responsable directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley N° 16.744, especialmente las medidas de prevención de riesgos que deba adoptar respecto de sus trabajadores permanentes (artículo 183-AB inciso 2° del Código del Trabajo).

Asimismo, deberá observar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 66 bis de la Ley N° 16.744, esto es, velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas, aplicándose a su respecto para calcular el número de trabajadores exigidos por los incisos 1° y 4° del artículo 66, respectivamente, la totalidad de los trabajadores que presten servicios en un mismo lugar de trabajo, cualquiera sea su dependencia.

Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley N° 16.744, la usuaria denunciará inmediatamente al organismo administrador al que se encuentra afiliada o adherida la respectiva E.S.T., la ocurrencia de cualquiera de los

hechos indicados en la norma legal antes citada. Al mismo tiempo, deberá notificar el siniestro a la E.S.T.

Serán también responsabilidad de la usuaria, las indemnizaciones a que se refiere el artículo 69 de la Ley N° 16.744. Sin perjuicio de lo anterior, la E.S.T. deberá constatar que el estado de salud del trabajador sea compatible con la actividad específica que desempeñará.

5.5. Fiscalización y sanciones.

La Dirección del Trabajo fiscalizará el cumplimiento de las normas sobre suministro de personal en el o los lugares de la prestación de los servicios, como en la E.S.T. Asimismo podrá revisar los contenidos del contrato de servicios transitorios, o puesta a disposición entre ambas empresas, a fin de fiscalizar los supuestos que habilitan la celebración de un contrato de trabajo de servicios transitorios (artículo 183-G del Código del Trabajo).

La Dirección del Trabajo verificará el cumplimiento de la obligación de capacitación de las E.S.T. respecto de sus trabajadores (artículo 183-AD del Código del Trabajo).

Toda persona natural o jurídica que actúe como E.S.T. sin ajustarse en su constitución y funcionamiento a las exigencias establecidas en el Código del Trabajo, será sancionada con una multa a beneficio fiscal de 80 a 500 U.T.M., aplicada mediante resolución fundada del Director del Trabajo, la que será reclamable ante el Juzgado del Trabajo competente, dentro de 5° día de notificada (artículo 183-L del Código del Trabajo).

A su vez, la usuaria que contrate a un trabajador de servicios transitorios por intermedio de empresas no inscritas en el registro que para tales efectos llevará la Dirección del Trabajo quedará, respecto de dicho trabajador, excluida de la aplicación de las normas sobre suministro de personal. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común. Además, la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa equivalente a 10 U.T.M. por cada trabajador contratado (artículo 183-AA del Código del Trabajo).

Asimismo, los contratos de trabajo celebrados en supuestos distintos a aquellos que justifiquen la contratación de servicios transitorios, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley, excluyendo a la usuaria de la aplicación de las normas sobre suministro de personal. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan (artículo 183-U del Código del Trabajo).

También la empresa usuaria quedará excluida de la normativa especial sobre suministro de personal, considerándola la ley empleadora para todos los efectos, si celebra un contrato de puesta a disposición en los supuestos prohibidos por el artículo 183-P del Código del Trabajo. Además de ser sancionada con una multa de 10 U.T.M. por cada trabajador contratado.

La misma exclusión y consecuencias operarán si no se escritura el contrato de puesta a disposición (artículo 183-N del Código del Trabajo).

Si por alguna de las causales antes indicadas se determinare que la trabajadora que goza de fuero maternal es dependiente de la usuaria, el fuero se extenderá por todo el período que corresponda, conforme a las reglas generales del Código del Trabajo (artículo 183-AE, inciso 2° del Código del Trabajo).

5.5.1 Cancelación del registro de la Empresa de Servicios Transitorios.

El Director del Trabajo podrá, por resolución fundada, ordenar la cancelación de la inscripción del registro de una empresa de servicios transitorios, en los siguientes casos (artículo 183-M del Código del Trabajo):

- a) por incumplimientos reiterados y graves de la legislación laboral o previsional, o
- b) por quiebra de la E.S.T., salvo que se decrete la continuidad de giro.

Para el caso de la letra a) recién citado, el Código entiende que *“una empresa incurre en infracciones reiteradas cuando ha sido objeto de tres o más sanciones aplicadas por la autoridad administrativa o judicial, como consecuencia del incumplimiento de una o más obligaciones legales, en el plazo de un año. Se considerarán graves todas aquellas infracciones que, atendidos la materia involucrada y el número de trabajadores afectados, perjudiquen notablemente el ejercicio de los derechos establecidos en las leyes laborales”*.

De la resolución del Director del Trabajo se podrá pedir reposición dentro de 5 días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de 10 días, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.

También está sancionada con la cancelación en el registro de E.S.T., además de una multa a la usuaria de 10 U.T.M. por cada trabajador contratado, la infracción de la norma que impide suscribir contratos de puesta a disposición entre empresas relacionadas. La empresa afectada podrá pedir reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a ésta será reclamable, dentro del

plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 183-I del Código del Trabajo).¹¹¹

¹¹¹ La exigencia de una consignación previa, equivalente a la tercera parte de la multa fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (Rol N° 536-2006).

CAPÍTULO TERCERO: LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES SUBCONTRATADOS Y SUMINISTRADOS¹¹².

I. BALANCE DE LA LEY 20.123.

1. GENERALIDADES.

La Ley N° 20.123 vino a solucionar una serie de situaciones que afectaban a una gran cantidad de trabajadores en nuestro país, contribuyendo su entrada en vigencia a hacer visible su situación y dar directrices acerca de cómo resolver las problemáticas que de hecho se daban en las relaciones triangulares.

En primer lugar, un gran avance fue diferenciar claramente las dos figuras que ésta regula, cuales son la subcontratación y el suministro de personal¹¹³; de aquí en adelante no hay justificación alguna para confundir estas figuras y analizarlas a ambas como manifestaciones de la subcontratación, ya que la ley da a cada una un tratamiento particular.

¹¹² Atendida la escasa literatura jurídica existente al respecto, se ha optado, como recurso metodológico, el realizar entrevistas a especialistas en Derecho del Trabajo y/o en sindicalismo. Con dicho propósito, fueron entrevistados: 1) Martín Pascual, investigador Centro de Estudios Nacionales de Desarrollo Alternativo (Fundación CENDA); 2) José Luis Ugarte, profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Diego Portales y Alberto Hurtado; 3) Esteban Hidalgo, presidente Confederación General de Trabajadores (CGT – Mosaicam); 4) María Ester Feres, Directora Centro de Relaciones Laborales, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Central y ex Directora del Trabajo; 5) Horacio Fuentes, Secretario de Relaciones Internacionales de la Confederación de Trabajadores Metalúrgicos (CONTRAMET) y 6) Rafael Pereira, Abogado Jefe División Jurídica de la Dirección del Trabajo. El texto completo de estas entrevistas se incluye en la sección de anexos.

¹¹³ UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008.

En efecto, por un lado, en la subcontratación la potestad de mando es ejercida efectivamente por el contratista o subcontratista, y el objeto del contrato civil o comercial celebrado entre empresa principal y contratista es la ejecución de una obra o prestación de servicios para el cumplimiento de una etapa productiva de la primera. Por su parte, en el suministro de trabajadores el poder de mando es ejercido por la empresa usuaria de los servicios, y el objeto del contrato civil o comercial suscrito entre ambas es, precisamente, el suministro de trabajadores.¹¹⁴

En segundo lugar, cabe destacar que la ley, una vez entrada en vigencia, tuvo una gran recepción¹¹⁵. Efectivamente, gracias a su dictación, la mayoría de las empresas revisaron la situación jurídica en que se encontraban sus trabajadores, recalificaron sus vínculos y reconocieron que en muchos casos se encontraban frente a trabajadores cuya relación estaba mal calificada, internalizando en consecuencia a una gran cantidad de ellos. Esto fue sintomático en el sector servicios, sobre todo en los bancos.^{116 117} Sólo unas pocas empresas, principalmente CODELCO, decidieron litigar en contra de la acción fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, lo que tuvo importantísimas consecuencias respecto de este organismo.¹¹⁸

¹¹⁴ UGARTE, José Luís. *Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores*. *Revista Ius et Praxis*. 12 (1):11 y s.s., jun. 2006.

¹¹⁵ FUENTES, Horacio. Entrevista. Santiago, CONTRAMET. 5 de diciembre de 2008. PEREIRA, Rafael. Entrevista. Santiago. Dirección del Trabajo. 9 de diciembre de 2008.

¹¹⁶ FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008. HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008.

¹¹⁷ Rafael Pereira señala que el único sector donde existían aprehensiones en cuanto al funcionamiento de la Ley 20.123, era en la agricultura, principalmente por el problema de la difícil fiscalización. Sin embargo, tras la entrada en vigencia de la ley, pudo advertirse que en este sector no usaban estas figuras porque las bajas remuneraciones que se pagan en él, no posibilitan que se pueda emplear, de manera rentable, el negocio de la tercerización. En este sentido: PEREIRA, Rafael. Entrevista. Santiago. Dirección del Trabajo. 9 de diciembre de 2008.

¹¹⁸ Más adelante, se analizan las consecuencias del fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en causa Rol 948-2007, ratificado por la Corte Suprema, respecto al recurso de protección presentado por CODELCO, impugnando las facultades de la Dirección del Trabajo para calificar el vínculo laboral.

2. AVANCES EN MATERIA DE SUBCONTRATACIÓN.

La mayor novedad de la Ley N° 20.123, no se encuentra precisamente en la regulación que efectúa respecto de la subcontratación. En efecto, la subcontratación ya se encontraba regulada en nuestro país, principalmente a través de los antiguos artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, derogados precisamente por la ley 20.123.

La reforma que introduce la Ley N° 20.123, respecto de la subcontratación estriba en un reforzamiento de la protección laboral del trabajador subcontratado por medio del perfeccionamiento de las reglas que ya contemplaba el Código del Trabajo antes de su entrada en vigencia. Estas reglas otorgaban al dueño de la obra o mandante una responsabilidad jurídica subsidiaria, que operaba sólo en caso que el deudor principal, esto es, el empleador, no cumpla con el pago de las obligaciones laborales. Para que esta responsabilidad fuese efectivamente subsidiaria, se dotaba al dueño de la obra con el beneficio de excusión.

La responsabilidad subsidiaria es para el mandante de carácter indirecto, por cuanto su procedencia no depende de un hecho propio, sino de uno ajeno, cual es el no cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte del contratista. Así, el modelo de responsabilidad se construía en base a un modelo simple: primero, responsabilidad jurídica directa de la empresa contratista, deudora principal de las obligaciones laborales, y segundo, responsabilidad jurídica subsidiaria e indirecta por parte del dueño de la obra.

Teniendo presente ese esquema de responsabilidad, la Ley N° 20.123 viene a perfeccionar este sistema en los siguientes aspectos¹¹⁹:

¹¹⁹ UGARTE, José Luís. *Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores*. Revista Ius et Praxis. 12 (1):11 y s.s., jun. 2006.

i. Se incorpora por primera vez en la legislación laboral chilena un concepto de lo que se denomina trabajo "en régimen de subcontratación", que pone acento en dos aspectos fundamentales: primero, debe existir un contrato entre el mandante y la empresa contratista, que puede ser de cualquier naturaleza jurídica y que debe tener por objeto la ejecución de una obra o servicio, sin restringir el tipo de obra o servicio de que se trata, y segundo, que la empresa contratista realice dicha obra o servicio, por su cuenta y riesgo y ejerciendo el mando de su propios trabajadores. Se excluyen del régimen de subcontratación las obras o servicios esporádicos u ocasionales.

De no cumplirse con las condiciones antes descritas, la situación respectiva no podrá ser calificada de trabajo en "régimen de subcontratación", sino que, como lo declara expresamente el artículo 183-A del Código del Trabajo, debe ser considerado el dueño de la obra como empleador y responder legalmente como tal.

ii. Se establece un modelo de responsabilidad que perfecciona el anterior contemplado en los antiguos artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, precisamente derogados por la ley 20.123:

- Se consagra la responsabilidad subsidiaria y en cadena del mandante o dueño de la obra. El dueño de la obra o mandante responderá subsidiariamente con respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a sus empresas contratistas. También responderá en la misma calidad en caso de las obligaciones laborales que afecten a las empresas subcontratistas, cuando éstas no puedan exigirse de las empresas contratistas en su calidad de responsable subsidiario inmediato.

- Se establece una responsabilidad subsidiaria amplia. La ley soluciona cuestiones que se habían debatido en la jurisprudencia judicial: primero, el mandante responderá de todas las obligaciones laborales y previsionales, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral, y segundo, dicha responsabilidad quedará limitada temporalmente al periodo durante el cual el o los

trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para el mandante (artículo 183 B del Código del Trabajo).

- Se establece una responsabilidad directa del mandante en materia de seguridad e higiene. El mandante tiene la obligación, junto al contratista, de disponer de todas medidas necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores subcontratados en la faena respectiva (artículo 183 E del Código del Trabajo).

- Se establece una responsabilidad solidaria. La ley establece, como mayor novedad en la materia, un agravamiento de la responsabilidad del mandante, pero no por un hecho del contratista, como sería, por ejemplo, el no pago de las obligaciones laborales, sino por un hecho suyo: debe responder solidariamente por no haber ejercido los derechos de control que la ley le otorga (artículo 183-D del Código del Trabajo). Si ejerce los derechos de control, el empleador queda en la misma situación actual, es decir, responde subsidiariamente; si no los ejerce, su responsabilidad se agrava, respondiendo solidariamente.

La justificación de esta norma legal es incentivar el sistema de autocontrol del cumplimiento de la legislación laboral: el mandante ve agravado su grado de responsabilidad de subsidiaria a solidaria por el hecho propio de no ejercer los derechos que la ley le otorga (de información y retención). Estos derechos van dirigidos, precisamente, a velar por el respeto de los derechos del trabajador en régimen de subcontratación.

Es obvio que la posición jurídica prevalente del mandante respecto del contratista, reforzada legalmente por la atribución legal de los derechos de información y retención, justifican plenamente que debe verse agravada su responsabilidad cuando, por su propia falta de diligencia en el ejercicio de esos derechos, el pago de las obligaciones laborales y provisionales se vea en situación de no ser integrados.

iii. Se reconfiguran los derechos de control que la ley laboral le otorga al mandante respecto de la empresa contratista: el derecho de información y derecho de retención (artículo 183-C del Código del Trabajo).

El mandante tiene derecho a ser informado por el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, tanto de los trabajadores del contratista como de los subcontratistas. En dicho caso, el cumplimiento deberá acreditarse ya sea por certificados emitidos por la Inspección del Trabajo o por medios idóneos que garanticen dichos derechos.

En caso de que no se acredite el cumplimiento, el mandante debe ejercer el derecho de retención de las obligaciones que tenga a favor del contratista o subcontratista respectivo respecto del monto de que es responsable subsidiariamente, debiendo pagar con dicha retención al trabajador o institución previsional acreedora.

En la regulación anterior de la subcontratación, estos derechos se establecían en el solo interés del mandante, puesto que le permitían cautelar su eventual situación de responsabilidad subsidiaria, siendo su ejercicio de algún modo facultativo o voluntario. En la Ley N° 20.123 se les da una nueva función y pasan a resguardar también los derechos del trabajador: su falta de ejercicio efectivo genera para el mandante una intensificación de su responsabilidad, pasando de subsidiaria a solidaria.

De este modo, la ley genera un sistema de protección del trabajador en régimen de subcontratación que opera en dos niveles: primero, la responsabilidad directa del contratista en su calidad de empleador, y segundo, la responsabilidad indirecta del mandante en calidad de tercero responsable subsidiariamente, quien, además, y aquí el gran aporte de la reforma legal en estudio, responde de las obligaciones laborales que corresponda, en caso de no haber ejercido oportunamente los derechos de control que la ley le otorga, ahora en calidad de tercero responsable solidariamente.

3. AVANCES EN MATERIA DE SUMINISTRO DE TRABAJADORES.

El objeto inicial que motivó la Ley N° 20.123, era regular el suministro de trabajadores y solucionar los problemas que originaba la omisión legal al respecto¹²⁰. Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123 no podía determinarse quién era el empleador para efectos laborales; la empresa usuaria no se hacía responsable ni directamente, puesto que éstas argumentaban que los contratos se suscribían con la suministradora y paradójicamente la Corte Suprema avalaba dicha posición, al inhabilitar en sus fallos sobre la materia a la Dirección del Trabajo por "carecer de competencia legal", ni indirectamente como responsables solidarios o subsidiarios, ya que no existía ninguna norma legal que los obligara como sí ocurría en la subcontratación. Además, quedaban una serie de derechos constitucionales y laborales en el aire, sin poder ser ejercidos, especialmente los de carácter colectivo, por cuanto estos trabajadores no se podían sindicalizar ni negociar colectivamente con la empresa usuaria donde trabajan porque no eran sus empleados.

En consecuencia, eran los trabajadores ideales para la usuaria: no tenían contrato formal de trabajo con ella, no tenían la obligación de responder por sus derechos laborales ni previsionales, no se sindicalizan y no negocian colectivamente, y por si fuera poco, si solicitaban la intervención de la autoridad administrativa, los Tribunales de Justicia consolidaban toda esta situación declarando que la Inspección del Trabajo carecía de competencia en esta materia.¹²¹

Evidentemente, los trabajadores suministrados se encontraban en una difícil situación en nuestro país, ya que no se les aplicaba estatuto jurídico alguno y por ende,

¹²⁰ UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008.

¹²¹ UGARTE, José Luís. *Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores*. Revista Ius et Praxis. 12 (1):11 y s.s., jun. 2006.

no tenían frente a quien exigir el cumplimiento de sus derechos laborales y de seguridad social.

En efecto, dicha figura no estaba reconocida por nuestro legislador. Los trabajadores tenían una relación laboral con un empleador “real” (empresa usuaria), quien no obstante no asumía ninguna responsabilidad y que al momento de plantear sus exigencias laborales los reenviaba a tratar con un empleador “fantasma” (empresa de trabajo temporal). Sin embargo, al reclamar la protección de la Dirección del Trabajo, para hacer exigible el cumplimiento de las disposiciones laborales respectivas frente al empleador real, dicha acción se veía paralizada mediante declaraciones de incompetencia de los Tribunales de Justicia, obtenidas por la vía de la acción de protección. Quedaba así, la acción fiscalizadora, centrada en la empresa de trabajo temporal, quien, paradójicamente, no tenía un contacto laboral diario y permanente con el trabajador, salvo en cuanto a firmar el contrato de trabajo y en algunos casos, para el pago de las remuneraciones.

Lo extraño y precario de la peculiar situación de los trabajadores suministrados motivó la búsqueda de alternativas que permitieran introducir una regulación legal del suministro de trabajadores, que permitiera resolver las inquietudes que esta figura genera: ¿puede ser considerado empleador una empresa que no tiene mayor contacto laboral con los trabajadores?, ¿es correcto que la empresa que recibe día a día la prestación de servicios no asuma ninguna responsabilidad en el ámbito laboral?, ¿el suministro de trabajadores requiere que la labor suministrada sea sólo transitoria?, ¿cómo se ejercen los derechos colectivos de los trabajadores suministrados, especialmente la sindicalización y la negociación colectiva?, ¿qué ocurre con las diferencias salariales entre los trabajadores suministrados y los contratados directamente por la empresa usuaria?, ¿quién responde en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales?.

De no regularse esta figura en Chile, los trabajadores suministrados hubiesen seguido en una gran indefensión y sujetos a diversos perjuicios:

i. A través de esta figura se genera una vía de restricción de los derechos laborales para los trabajadores suministrados frente a la empresa usuaria, especialmente la posibilidad de negar a dichos trabajadores que formen parte de sindicatos y de negociaciones colectivas dentro de la empresa. Son en alguna medida trabajadores excluidos de la libertad sindical efectiva.

ii. Es difícil sostener que la empresa usuaria, donde el trabajador temporal presta sus servicios diariamente y respecto de la cual tiene deberes laborales, no tenga ninguna responsabilidad legal frente al trabajador. Cabe señalar, sin embargo, que esta objeción del trabajo temporal ha sido superada en la legislación comparada, mediante el establecimiento de la responsabilidad laboral solidaria de la empresa usuaria o, en su defecto, la responsabilidad subsidiaria.

iii. El trabajo suministrado como se ha dado en la realidad laboral chilena corresponde a un caso paradigmático de precarización del empleo, que se traduce en la diferencia de estabilidad laboral que existe entre el trabajador permanente y el suministrado. Incluso algunos defensores de esta figura señalan que aunque el empleo suministrado no es forzosamente sinónimo de trabajo precario, no deja de ser un paliativo insuficiente para muchos trabajadores que buscan una situación estable.

iv. Existe una notable discriminación laboral en materia de suministro en Chile. Mientras los trabajadores contratados directamente por la usuaria gozan de cierta estabilidad laboral, asociada a beneficios y garantías laborales, los trabajadores suministrados, en muchas ocasiones, haciendo la misma labor o desempeñando la misma función, reciben un trato sensiblemente distinto, asociado a menos beneficios (tanto materiales como económicos), menos garantías y peores salarios.

Precisamente estas razones hicieron que se prohibiera, inicialmente, el suministro o cesión de trabajadores, prohibición refrendada a nivel internacional con el Convenio N° 96 de la OIT sobre agencias de colocación. Sólo en la década de los noventa comenzó a ganar cierta legitimidad, como una forma de buscar flexibilizar las relaciones de trabajo, permitiendo que las empresas recurrieran a otras empresas en búsqueda de mano de obra por razones temporales, sin necesidad de contratar directamente a dichos trabajadores. Así, diversos países que hasta fines de los ochenta prohibían esta figura, comenzaron a reconocerla y regularla: España en 1994, Italia en 1997 y en América Latina, Colombia en 1990. Además se le reconoció como figura legítima en el ámbito de la legislación internacional del trabajo, con el Convenio N° 181 de la OIT, sobre agencia privadas de empleo, de 1997.

La recepción, sin embargo, siempre bajo la premisa fundamental de que para el Derecho del Trabajo las relaciones triangulares no son normales, sino que se aceptan sólo excepcionalmente, justificándolas tradicionalmente desde un punto de vista económico, y que cuando las establece, reconoce la posibilidad de este tipo de relaciones de trabajo en tanto que excepción a un principio general.

En ese contexto, Chile se encontraba casi como una excepción en el plano internacional, ya que no se reconocía esta figura, lo que vino a ser solucionado con la entrada en vigencia de la ley 20.123.

En efecto, la ley 20.123 reconoce y regula por primera vez en Chile la figura del suministro de personal, a través de lo que denomina Empresas de Servicios Transitorios¹²².

La regulación se centra en tres ideas matrices:

¹²² Siendo estrictos, no es efectivo que la ley 20.123 contenga la primera regulación del suministro en Chile. Antes de esta ley, el suministro se encontraba regulado en el artículo 478 de Código del Trabajo, el cual lo prohibía absolutamente, sancionándolo como simulación.

i. Se regulan las E.S.T., para garantizar que no se traten de simples artificios jurídicos, que tengan por objeto servir sólo de medio de las empresas usuarias para evadir obligaciones laborales.

ii. Se regula la cesión del trabajador propiamente tal, esto es, la relación entre la E.S.T., la empresa usuaria y los trabajadores suministrados, para garantizar que el suministro tenga un carácter transitorio. Se evita así su transformación en una forma permanente de contratar trabajadores por parte de las empresas usuarias.

iii. Se regula la situación jurídica de la empresa usuaria, con el objetivo fundamental de establecer un mecanismo de responsabilidad, para que ésta responda por las obligaciones laborales del trabajador.

Estas tres líneas de regulación modificaron el panorama del suministro de trabajadores: las E.S.T. pasaron de no tener que cumplir ningún requisito en particular, lo que facilita las suministradoras de papel o artificiales, a ser empresas minuciosamente reglamentadas en la ley; el suministro trabajadores dejó de ser permanente, por lo que no será legal que trabajadores laboren por años para las empresas usuarias sin tener algún derecho que exigirles a éstas, y por último, al establecerse una regulación de la situación jurídica de las empresas usuarias se acaba la suerte de impunidad legal en materia laboral con la que éstas operaban, no respondiendo por ninguna obligación laboral ni siquiera a título de responsable subsidiario.

II. ASPECTOS PENDIENTES Y PROPUESTAS DE REFORMA

Si bien la mayoría de los autores concuerda en que la Ley 20.123 constituye un avance en materia de tercerización^{123 124}, es preciso advertir que dicho cuerpo legal no se hace cargo de materias que merecerían una especial atención. Estas materias son:

- i. La equiparidad salarial entre empleados subcontractados y suministrados por un lado, y por otro, los empleados contratados;
- ii. La externalización del giro propio;
- iii. Los derechos colectivos de los trabajadores subcontractados y suministrados.

Además, aun sin deberse a una omisión legal, sino a un problema de interpretación judicial, está pendiente el tema acerca de las facultades de la Dirección del Trabajo para calificar si las relaciones laborales son de subordinación, de suministro o de subcontratación, las cuales, tras los fallos de la Corte Suprema (a propósito de las acciones de protección interpuestas por CODELCO), quedaron en una nebulosa, puesto que estimó que el organismo estatal carece de las competencias que ha detentado desde 1924.¹²⁵

¹²³ PASCUAL, Martín. Entrevista. Santiago. CENDA. 7 de noviembre de 2008. UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008. FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008.

¹²⁴ Cabe mencionar que esta opinión no es compartida en los sectores sindicales, que se manifiestan decepcionados y engañados por la ley, ya sea porque se tiene como punto de referencia los derechos que tenían los trabajadores antes del Plan Laboral o porque la promoción mediática que hizo el gobierno de turno, provocó expectativas de igualdad que la ley está muy lejos de cumplir. En este sentido: HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008. FUENTES, Horacio. Entrevista. Santiago, CONTRAMET. 5 de diciembre de 2008

¹²⁵ FERES, María Ester. *Corte Suprema y Desprotección Laboral*. Diario La Nación. Santiago, Chile, 18 may., 2008.

1. LA EQUIPARIDAD SALARIAL.

El denominado problema de la equiparación salarial, es un problema común, tanto al trabajo en régimen de subcontratación, como al suministro de trabajadores. Uno de los aspectos más relevantes en el debate público del tema en Chile respecto de ambas figuras de trabajo triangular corresponde a las sensibles y discriminatorias condiciones de trabajo, especialmente salariales, en que se desempeñan los trabajadores subcontratados o suministrados respecto de los trabajadores directos de la empresa dueña de la obra o de las empresas usuarias que realizan el mismo trabajo. De hecho, la recepción legal de estas figuras implica la violación de un principio fundamental del Derecho Laboral: la igualdad de remuneración por el mismo trabajo realizado, contemplado en el Convenio N° 100 de la OIT¹²⁶.

Hasta el momento, las modificaciones legales no han buscado solucionar directamente el problema de las diferencias remuneracionales entre tipos de trabajadores. La ley de subcontratación no recoge ni da respuesta a este problema: sigue siendo plenamente legal establecer condiciones de remuneraciones inferiores para trabajadores subcontratados o suministrados, a pesar de realizar el mismo trabajo que los directamente contratados por las empresas principales.

Una solución, que sería expresión del derecho fundamental de no discriminación arbitraria, y que evita que el negocio de la triangulación laboral se centre en la precariedad laboral¹²⁷, sería, derechamente, introducir en la ley 20.123 la denominada "equiparación salarial para igual trabajo", de modo tal que, de realizar una misma labor,

¹²⁶ Según Feres, no sólo se afecta el Convenio N° 100 de la OIT, sino también, todos los pactos y tratados de derechos humanos ratificados por Chile sobre igualdad y no discriminación. FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008.

¹²⁷ Al respecto, Pascual opina que si se estableciera la igualdad de salario por el mismo trabajo realizado, se provocaría un desincentivo importante en las empresas por utilizar estas figuras. Esto pues, se eliminaría el fundamento de su utilización: la rebaja de los costos laborales. PASCUAL, Martín. Entrevista. Santiago. CENDA. 7 de noviembre de 2008.

el trabajador subcontratado o suministrado tenga derecho a recibir igual remuneración y condiciones de trabajo, que el trabajador directamente contratado por la empresa mandante o usuaria.

Esta norma ya existe en el derecho comparado. En España, la ley N° 29 de 1999, estableció la denominada "equiparación salarial" entre los trabajadores directo y los suministrados por vía de una empresa de trabajo temporal: *“Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo”*. En el mismo sentido, el artículo 79 de la Ley N° 50 de 1990, que dispone: *“los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación”*.¹²⁸

Cabe sin embargo señalar que este problema no es exclusivo de las relaciones triangulares, sino que también afecta a los propios trabajadores contratados. Actualmente, no hay ninguna norma que prohíba que un empleador remunere de manera diferenciada a trabajadores que realizan la misma labor, y mucho menos, que se remunere con una importante brecha a hombres y mujeres que realizan el mismo trabajo. Es por eso que sería deseable que, más que la equiparación salarial se introdujera en la Ley 20.123, lo fuera a nivel general, de manera que afectara a todas las relaciones laborales, eliminándose de raíz todo el problema de la discriminación de remuneraciones

¹²⁸ UGARTE, José Luís. *Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores*. Revista Ius et Praxis. 12 (1):11 y s.s., jun. 2006.

y se recepcionara en nuestra legislación el Convenio N° 100 de la OIT sobre Equiparidad Salarial¹²⁹¹³⁰.

2. LA EXTERNALIZACIÓN DEL GIRO PROPIO.

En la subcontratación, la Ley 20.123 no se refiere bajo ningún supuesto al tipo de actividad que puede ser externalizada. En efecto, nada impide a la empresa mandante externalizar parte de los procesos productivos de aquello en lo que es especialista.

Es perfectamente posible entender que una empresa externalice los servicios de casino, de seguridad, aseo, etcétera, porque en esos supuestos no se produce una subordinación tan evidente como en el caso de la externalización del giro propio.

La experiencia comparada restringe esta posibilidad, ya que se asume que, para empezar, si una empresa está en condiciones de externalizar, supone ser un ente económico medianamente poderoso y si además, externaliza aquello en lo que es especialista, es muy probable que domine la actividad de manera más acabada que el contratista, lo que implicará que será el mandante quien la dirija. Esto desnaturaliza la relación de tercerización e implica una dificultad mayor para calificar la relación laboral, puesto que en la práctica, se producirá una subordinación de los trabajadores del contratista o subcontratista, en su caso, a la empresa mandante.

¹²⁹ UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008.

FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008.

¹³⁰ Pereira señala que una de las alternativas a desarrollar para atacar la desigualdad de los salarios por el mismo trabajo realizado es por medio de la figura de la discriminación. Sin embargo, advierte que ese será un largo camino, puesto que nuestros tribunales y nuestra comunidad jurídica en general no tienen mucha cultura de derechos humanos. Además, cree que no es conveniente regular el tema desde la Ley 20.123, porque eso provocaría una interpretación restrictiva, y la equiparación salarial tiene otros ámbitos donde aplicarse, como a nivel de empresa o por género. En este sentido: PEREIRA, Rafael. Entrevista. Santiago. Dirección del Trabajo. 9 de diciembre de 2008.

En vista de lo expuesto, creemos que la ley 20.123 debió haber determinando con mayor precisión las actividades que pueden subcontratarse, restringiendo los supuestos de externalización del giro propio, de manera que no se produzca en los hechos esta subordinación de los trabajadores externos a la empresa mandante¹³¹.

Cabe señalar en todo caso que la noción de la actividad propia de la empresa es discutible. Como principio, se acepta que las empresas conserven para sí las actividades en las cuales tienen ventajas tecnológicas comparativas, tercerizando las que estaban fuera de su foco central. Sin embargo, el modo sobre cómo se hace y la concepción que se tiene sobre cuál es ese foco no es unívoca. La discusión respecto de cuál es el corazón de la actividad, lo que la empresa sabe hacer, que la diferencia de sus competidores y, por lo tanto, aquello que no puede entregarse ni delegarse, es muy variable. Así, hay posiciones que califican como giro sólo a la concepción y gestión de la actividad y nada de su ejecución material (percepción de algunos empresarios agrícolas y bancarios) hasta que el giro lo constituye la actividad material esencial y nada de sus servicios (percepción de algunas empresas mineras y muchas de las industrias manufactureras). Es decir, hay conceptos empresariales muy distintos respecto de lo propio y lo accesorio¹³².

3. LAS FACULTADES FISCALIZADORAS DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.

La Dirección del Trabajo, como ente fiscalizador del cumplimiento de la legislación laboral, tiene como función determinar la existencia de vínculos de subordinación y dependencia laboral, evitando el encubrimiento de este tipo de relaciones mediante el uso de figuras civiles o comerciales.

¹³¹ Ibid.

¹³² DIRECCIÓN DEL TRABAJO. *Los Riesgos de la Subcontratación*. Santiago, Departamento de Estudios, 2006. págs. 20 y s.s.

Se entendió que, con la entrada en vigencia de la Ley 20.123, estas facultades se hacían extensivas para el hecho de calificar si es que existían, en los casos que ésta fiscalizara, relaciones de tercerización de acuerdo a la ley o simplemente existía fraude a la ley o simulación.

Sin embargo, tal cual ocurre con la fiscalización a la subordinación laboral, las facultades fiscalizadoras respecto de la subcontratación y/o el suministro han sufrido un gran impedimento proveniente de los fallos de la Corte Suprema. En efecto, la acción fiscalizadora de la Dirección del Trabajo ha sido en innumerables ocasiones limitada por los empleadores, que vía acción de protección la han impugnado, posición que ha sido recogida por los Tribunales de Justicia, mediante el argumento de que en aquellos casos en que la relación de prestación de los servicios ha sido suscrita por escrito entre las partes, mediante un contrato que no tiene la naturaleza laboral, generalmente un contrato de prestación de servicios civil, llamado comúnmente de honorarios, y pese a la evidencia concreta de presencia de elementos propios de una relación laboral, no correspondería que dicho órgano calificara la naturaleza jurídica del contrato, por ser ésta una tarea jurisdiccional.¹³³

En cuanto a la función fiscalizadora en las relaciones de subcontratación y suministro, ha ocurrido algo similar. Ejemplo de esto es el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa Rol N° 948-2007, ratificado por la Corte Suprema, en recurso de protección presentado por CODELCO, División CODELCO Norte, en contra de la Dirección Regional del Trabajo de Antofagasta. En dicho fallo se restringió el actuar de la Dirección del Trabajo, argumentando que la calificación jurídica de

¹³³ Ejemplo de esto, en el siguiente fallo: “*La Dirección del Trabajo carece de atribuciones para calificar o interpretar la naturaleza de la relación jurídica que vincula a las partes de un contrato que atribuyen a éste una significación distinta de la índole laboral, aun cuando su ley orgánica le confiere, entre otras funciones, la fiscalización de la aplicación de la legislación y la resolución de los conflictos del trabajo*”. En este sentido: Corte de Apelaciones de Santiago. 2 de abril de 1990. Rol N° 101-1990.

ciertos actos, escapa a las atribuciones que la ley le encomienda y que ésta corresponde a los Tribunales de Justicia¹³⁴.

Lo esbozado corresponde a la doctrina de la Corte Suprema, conocida como fiscalización “como la nada”¹³⁵. De acuerdo a esto, fiscalizar corresponde sólo a detectar infracciones precisas, determinadas y objetivas. Cualquier otra operación significaría resolver un conflicto entre partes, cuestión que corresponde a los órganos jurisdiccionales.

Esta teoría no puede ser más errada. Fiscalizar también es aplicar el derecho. De hecho, ninguna teoría moderna de derecho sostiene que éste se pueda aplicar el sin calificar, desde las normas jurídicas, las situaciones que se deben resolver, ya sea que lo haga un juez o lo haga un órgano administrativo.

Con este esquema, se propone una figura del fiscalizador muy parecida a la que la escuela de la exégesis propuso para la propia labor de los jueces, en el sentido de que se reduce el papel del fiscalizador a un mero burócrata estatal que pronuncia, sin efectuar subjetivismo alguno, la palabra de la ley. Esta teoría claramente es esencialista, tanto para los jueces como para los fiscalizadores. Actualmente en la teoría del derecho ya no se entiende la aplicación del derecho de esta forma, sino que se le considera un proceso de decisiones complejo y con fuertes impregnaciones retóricas y argumentativas, referidos más a procesos deliberativos que mecánicos¹³⁶.

El gran error de esta doctrina de la Corte Suprema, es que le atribuye el carácter de exclusivo a una de las funciones de la jurisprudencia, que es la resolución de los conflictos que se someten a su conocimiento. En efecto, de acuerdo a este criterio, sólo sería facultad de la jurisprudencia la resolución de los conflictos entre las partes. Sin perjuicio que efectivamente los Tribunales de Justicia resuelven conflictos entre partes,

¹³⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta. 28 de enero de 2008. Rol N° 498-2007.

¹³⁵ UGARTE, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Lexis Nexis, 2007. pág. 64.

¹³⁶ WROBLESKI, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid, Editorial Civitas, 1985. passim.

los órganos administrativos también cumplen esta función. Lo distintivo es el modo en que la jurisprudencia resuelve los conflictos: de modo definitivo e inalterable, tanto para el propio órgano jurisdiccional que la ha emitido como para cualquier otro, es decir, el efecto de cosa juzgada. La Dirección del Trabajo al momento de fiscalizar resuelve conflictos entre las partes de un contrato de trabajo, pero no es una actuación jurisdiccional, porque su resolución no es definitiva y es modificable, precisamente, por los Tribunales de Justicia.¹³⁷

Si fiscalizar sólo implicara detectar infracciones donde las partes no discrepen, y que por lo tanto no haya conflicto que resolver, entonces la fiscalización queda al criterio del fiscalizado, lo que es simplemente insostenible en un estado de derecho, y no hace otra cosa que vaciar de sentido la fiscalización laboral, contraviniéndose el principio de la protección laboral tanto del artículo 19 número 19 de la Constitución, que garantiza la libertad de trabajo y la protección del mismo, como el artículo 2° del Código del Trabajo, que señala como deber del Estado “velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de servicios”.

No puede dejar de mencionarse que ni siquiera de la propia ley laboral chilena puede inferirse que la Dirección del Trabajo carezca de dichas facultades fiscalizadoras. Es más, la propia jurisprudencia ha reconocido que existen un sinnúmero de normas en el Código del Trabajo donde efectivamente se le confieren a este organismo facultades expresas de calificación de las situaciones jurídicas, mediante las cuales puede adoptar resoluciones que establecen derechos y obligaciones propias de las partes que se trate, tales como el artículo 12, en que resuelve sobre la procedencia del *ius variandi*; el artículo 17, cuando ordena el cese de una relación laboral del menor de edad; el artículo

¹³⁷ Otros órganos estatales, no jurisdiccionales, también resuelven conflictos entre partes, sin que su decisión tenga efecto de cosa juzgada. En Chile, por ejemplo, la Superintendencia de Salud, AFP, Bancos, Servicio Agrícola y Ganadero, Servicio de Aduana, etcétera. Asimismo, en derecho comparado, órganos equivalentes a la Dirección del Trabajo también cuentan con dichas facultades, así ocurre por ejemplo, en Estados Unidos con la Oficina de horas y salarios y la OSHA, ente fiscalizador en materia de seguridad, salud e higiene. En este sentido: FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008.

27, cuando resuelve sobre las jornadas de trabajo de aquellos a quienes se les aplica dicha disposición; el artículo 31, cuando prohíbe el trabajo extraordinario en los casos que indica; el artículo 37, cuando califica si ha habido o no fuerza mayor; el artículo 87, cuando califica si se trata o no de trabajadores agrícolas; el artículo 146, cuando determina si se trata de trabajadores de casa particular; el artículo 305, cuando resuelve y califica jurídicamente si el trabajador puede negociar colectivamente; y el artículo 331, cuando resuelve las reclamaciones derivadas de las objeciones de legalidad del empleador, en su respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por los trabajadores.

En el fallo del recurso de protección presentado por CODELCO, se argumenta por parte de la Corte Suprema y de los respectivos recurrentes que, de acogerse las instrucciones de la Dirección del Trabajo, se estarían anulando contratos de trabajo legalmente celebrados entre una empresa contratista y sus trabajadores. Se olvida, incomprensiblemente, que desde comienzos del siglo pasado no cabe jurídicamente poner al trabajador y al empleador en una misma posición contractual, ni alegar una supuesta autonomía de la voluntad, conduciendo a la absoluta desprotección de los trabajadores. Tampoco cabe en derecho, ni en el sentido común, que alguien se aproveche de su propio dolo. Por ello, es increíble que la Corte Suprema señale que, de aceptarse el actuar de la Dirección del Trabajo, se estarían dejando sin efecto contratos civiles o comerciales suscritos por terceros. Si dos empresas se coluden para violar los derechos de los trabajadores en beneficio propio, no cabe usar dicho argumento para validar jurídicamente un fraude laboral. Se trata de problemas jurídicos diversos, cada cual con procedimientos judiciales propios para su resolución.

Una alternativa que se ha sugerido para intentar obviar los perniciosos efectos de estos fallos, es promulgar una ley que otorgue legitimación activa a la Dirección del Trabajo, para denunciar directamente las infracciones a la ley 20.123 ante los Tribunales

de Justicia¹³⁸. Sin embargo, esta no parece ser una solución adecuada. Primero, porque restringe, en la propia letra de la ley, de manera expresa, las facultades fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo, lo que junto con reducirla a constatar hechos cada vez que algún empleador discuta su calidad de tal, implica un aumento cualitativo de juicios que ni siquiera una reformada justicia laboral podrá atender. Además, es difícil imaginar que los trabajadores afectados no sufran represalias o no sean despedidos antes de lograr un tardío e inseguro fallo judicial.

Los fundamentos de los fallos se debilitan aún más, cuando la propia legislación determina expresamente los supuestos objetivos que deben cumplirse para el trabajo en régimen de subcontratación y para el suministro de trabajadores. La Corte, además, califica el fraude a la ley prescribiendo quién es el empleador en tal caso. Es lamentable que, aun así, para nuestro máximo tribunal la ley no sea suficientemente clara, requiriendo ya no se sabe qué precisiones legales para dejar cumplir a la Dirección del Trabajo sus funciones esenciales.

4. DERECHOS COLECTIVOS.

En el caso del suministro de trabajadores concurre un improbable ejercicio de derechos colectivos del trabajo, particularmente la sindicalización y la negociación colectiva. Esto es fácil de advertir. Los trabajadores suministrados prestan servicios en diversas empresas usuarias, sin conexión entre ellas, y las condiciones de trabajo no están determinadas por su empleador común, la empresa suministradora, sino por las

¹³⁸ FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008. HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008. PEREIRA, Rafael. Entrevista. Santiago. Dirección del Trabajo. 9 de diciembre de 2008. UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008.

empresas usuarias donde prestan servicios, las que tienen sus propios sindicatos y regulaciones colectivas.

Dado que la ley no hace referencia alguna a la forma en que estos trabajadores pueden ejercer sus derechos colectivos, y están involucrados incluso derechos constitucionales del trabajador suministrado, principalmente la libertad sindical, sería deseable que la ley 20.123 incluyera normas que promovieran el ejercicio de los derechos colectivos de estos trabajadores.

Una alternativa, propuesta por José Luis Ugarte¹³⁹, sería atribuir al sindicato de la empresa usuaria la representación de estos trabajadores, si es que ellos se lo solicitan, y en aquellas materias referidas a condiciones comunes de trabajo que afecten a este tipo de trabajadores, sin incluir la negociación colectiva con la usuaria, ya que en el esquema legal vigente, dicho derecho siempre debería ejercerse ante el empleador, esto es, ante la empresa de servicios transitorios. Este sistema fue discutido y propuesto en la tramitación de la Ley N° 20.123, pero finalmente no fue aprobado¹⁴⁰.

En derecho comparado, esta modalidad existe en España: el artículo 17 de la Ley N° 14 de 1994 sobre Empresas de Trabajo Temporal, señala que “*los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los*

¹³⁹ UGARTE, José Luís. *Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores*. *Revista Ius et Praxis*. 12 (1):11 y s.s., jun. 2006.

¹⁴⁰ Este sistema fue propuesto en indicación del Senador José Ruiz De Giorgio. Sin embargo, su propuesta no tuvo respaldo en el Senado. Se argumentó, en contra de la indicación, que establecer este sistema implicaba alterar el sistema de sindicalización vigente en el Código del Trabajo. Permitiría que los trabajadores suministrados se sindicalizaran respecto de la empresa usuaria, en circunstancias de que ésta no sería legalmente su empleador. El Senador Ruiz De Giorgio sostuvo por su parte que la regulación de una figura como el suministro, era la que realmente alteraba el sistema del Código del Trabajo, puesto que por primera vez se incluía en éste una figura en la que el trabajador prestaba sus servicios para un tercero distinto del empleador, y en vista de eso se hacía necesario introducir normas que promovieran su sindicalización, de modo tal que tuviesen alguna posibilidad de hacer valer sus derechos, ya que por su particular situación quedaban en un estado de especial vulnerabilidad. En este sentido: HISTORIA DE LA LEY 20.123. Biblioteca del Congreso Nacional. 2006.

*trabajadores de la empresa usuaria, reclamaciones en relación a la ejecución de su actividad laboral”*¹⁴¹.

Una norma similar, pero que consagra una representación de los trabajadores suministrados más amplia que puede ejercer el sindicato de la empresa usuaria existe en Argentina, puesto que según la Ley de Contrato de Trabajo “*el trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la convención colectiva, será representado por el sindicato y beneficiado por la obra social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria*”¹⁴².

Otra alternativa es la existente en Estados Unidos, donde la Junta Nacional de Relaciones de Trabajo (NLRB) decidió que los trabajadores de la empresa central y los externos de las empresas suministradoras que prestaban servicios bajo su mando, constituían una sola unidad de negociación colectiva, aunque tuvieran empleadores distintos¹⁴³.

También en Estados Unidos, surge otra alternativa. Es común que respecto de sectores de difícil asociatividad, su representación sindical sea asumida por una entidad más consolidada. Así, por ejemplo, el Sindicato de Camioneros de California es el que negocia por los temporeros que se desempeñan en el proceso del etiquetado en las industrias textiles de California¹⁴⁴.

No puede dejar de mencionarse que de facto los sindicatos han logrado negociar bajo ciertas modalidades que permiten incorporar a los trabajadores subcontratados y suministrados en la negociación colectiva, sin que esto implique una reforma legal. En

¹⁴¹ VERGARA DEL RIO, Mónica. *Empresas de Trabajo Temporal en Europa. Organización Sindical y Negociación Colectiva*. En: DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Cuaderno de Investigación N° 10. Santiago, 1999. págs. 56-83.

¹⁴² CASTELLO y ROSEMBAUM, op. cit., pág. 73.

¹⁴³ PASCUAL, Martín. Entrevista. Santiago. CENDA. 7 de noviembre de 2008. UGARTE, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Lexis Nexis, 2007. pág. 114.

¹⁴⁴ FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008.

este sentido, Esteban Hidalgo¹⁴⁵ señala que la Confederación General de Trabajadores ha asesorado a sindicatos base de empresas contratistas de C.C.U. o del Banco BBVA y si bien estas empresas mandantes no se han apersonado en la negociación, las peticiones de los sindicatos se han hecho en base a los antecedentes comerciales de éstas, ignorando la situación del respectivo contratista, ya que los sindicatos estiman que su empleador real es la mandante y que los antecedentes que el contratista les hace llegar como información comercial es falsa. Los trabajadores en estas negociaciones han obtenido buena recepción y pese a que nunca en ellas han figurado formalmente las empresas mandantes como parte. Para Hidalgo, el secreto de este éxito estriba en una gran organización y perseverancia del sindicato y a la convicción que lo importante es el colectivo de trabajadores más que la empresa mandante.

Otra forma de negociación que ha comenzado a desarrollarse de facto, y que por ende no supone necesariamente una reforma a la Ley 20.123, es la mencionada por Horacio Fuentes. Éste, señala que se está comenzando a desarrollar una nueva modalidad de negociación, de carácter global¹⁴⁶. Esta negociación se da en el ámbito de las empresas multinacionales y consiste en que los sindicatos de todas las filiales que tenga la multinacional en el mundo negocian con la empresa condiciones comunes de

¹⁴⁵ Hidalgo pone como ejemplo la negociación que tuvieron durante el año 2008 los trabajadores de Transportes Oriente, contratista de CCU. Estos trabajadores lograron persuadir a la empresa mandante y, terminada la negociación, acordaron recibir un sueldo mensual de \$ 275.000, sueldo que está muy por sobre el sueldo de mercado de los pionetas de camiones repartidores. La experiencia ha sido tan exitosa, que esta fue la tercera negociación que han tenido bajo esta modalidad, y en ninguna de ellas ha figurado formalmente la CCU como parte. Hidalgo destaca que cuando existe organización y convicción por parte de los trabajadores, estos resultados pueden obtenerse, y prueba de ello es esta negociación, que involucra a trabajadores que ni siquiera tienen terminada la enseñanza media y no tienen mayor calificación. En este sentido: HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008.

¹⁴⁶ Fuentes menciona como ejemplos de este tipo de negociación global, las que se han desarrollado en la empresa Gerdau Aza Chile. La Confederación de Trabajadores Metalúrgicos (CONTRAMET) es parte fundadora del Comité Mundial de Trabajadores de Gerdau Aza, y logró firmar un acuerdo marco con la empresa sobre 6 puntos básicos para los trabajadores de toda América, desde Canadá hasta Chile. CONTRAMET también forma parte de la Federación Internacional de Trabajadores Metalúrgicos, la cual ha celebrado acuerdos marco con empresas fundamentalmente del área automotriz como General Motors, Ford y Volkswagen. Si bien hasta ahora no se han negociado aspectos como el salario, Fuentes afirma que la experiencia ha sido beneficiosa y que la tendencia del movimiento sindical debiera apuntar hacia la internacionalización, tal cual lo hicieron los capitales. FUENTES, Horacio. Entrevista. Santiago, CONTRAMET. 5 de diciembre de 2008.

trabajo. Si bien hasta el momento no se han conocido casos de este tipo de negociación que incluyan las remuneraciones de los trabajadores, sí han servido para establecer condiciones básicas de trabajo, que dicen relación con la salud de los trabajadores, con el medioambiente en que se desenvuelven, etcétera.

Por último, otra forma en que los sindicatos han intentado adaptarse a la nueva realidad económica y negociar condiciones de trabajo comunes, que incluyen indirectamente a los trabajadores tercerizados, ha sido el acoger la defensa de factores que no son estrictamente laborales, como el tema ambiental. En efecto, en un principio el movimiento sindical entendía que la preocupación ambiental no le era afín, ya que después de todo implicaba un impedimento más, además del laboral, que debía sortear el empresario para desarrollar su actividad y generar empleo. Sin embargo, poco a poco se fue tomando conciencia que el obviar el tema ambiental significaba una mirada de corto plazo, puesto que la destrucción del medioambiente, mediante sequías, deslaves o inundaciones entre otros efectos de la contaminación, implicaba a la larga la destrucción y desplazamiento del trabajo, en la medida que si se van inutilizando grandes sectores con potencial productivo finalmente conlleva la destrucción del trabajo mismo, y sin perjuicio que el mismo trabajador se convierte en un agente depredador de su propio entorno. Es por eso que está comenzando a gestarse la tendencia del movimiento sindical de incorporar el ítem ambiental, de manera de exigir ciertos estándares ambientales que posibiliten una actividad económica sustentable de trabajo, ya que lo contrario supone grandes cantidades de mano de obra que debe emigrar y que afectan el trabajo en otras regiones¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Ejemplo de este tipo de proceso, es el que está teniendo lugar en el sur de Chile, en la industria salmonera. Hace 5 ó 6 años, los trabajadores tenían plena conciencia que la actividad salmonera generaba altos niveles de contaminación y que ellos mismos se desempeñaban en condiciones precarias, en cuanto a salud y seguridad. Sin embargo, aceptaban su situación asumiendo que “era el empleo que tenían”. Esto cambió con la infección provocada por el virus ISA, producto de mal manejo ambiental por parte de las empresas y que ha provocado el despido de 15.000 trabajadores en un año. Esto llevó a la convicción del movimiento sindical de que, en adelante, cabe exigir el apego a determinados estándares ambientales en los procesos productivos de la empresa, pues están en directa relación con la estabilidad del empleo. En este sentido: PASCUAL, Martín. Entrevista. Santiago. CENDA. 7 de noviembre de 2008.

Ahora bien, sin perjuicio de introducir reformas a la ley 20.123, con el objeto de promover la sindicalización y la negociación colectiva efectiva de los trabajadores subcontratados y suministrados, y de que los sindicatos han producido avances en la materia, existe consenso entre los autores en que, para lograr el objetivo de tener una negociación colectiva efectiva, los cambios legislativos no deben realizarse a la Ley 20.123, sino al sistema de negociación colectiva vigente, que se mantiene prácticamente incólume desde la dictación del Plan Laboral, en plena Dictadura¹⁴⁸.

Esta reforma general al sistema de negociación colectiva es de suma importancia en nuestro país, pero es de suyo un tema complejo, que trasciende los aspectos técnico – laborales, sino que pasa a ser un tema de consideraciones políticas, ya que es en el proceso de negociación colectiva una de las instancias en donde los actores sociales transan el poder. De hecho, una negociación colectiva efectiva serviría para disminuir la brecha de la desigualdad económica en nuestro país, tema tan en boga actualmente.¹⁴⁹

Por lo demás, de acuerdo a la experiencia comparada la única forma exitosa de ejercicio de derechos colectivos del trabajo de los trabajadores subcontratados y suministrados supone otro sistema de relaciones de poder entre los sectores empresariales y los trabajadores. Se trata de sociedades en que no existe la desigualdad económico-social que existe en Chile y que se traducen, entre otros mecanismos, en una

¹⁴⁸ Según Pascual, cabe tener presente que el sistema actual de negociación colectiva vulnera una de las características que, según la OIT, debe tener el trabajo decente, esto es, la relación libre y equitativa que debe existir dentro de la empresa. Según Hidalgo, algunas expresiones de esta relación inequitativa son la posibilidad del empleador de contratar reemplazantes en caso de huelga y la posibilidad que tiene el empleador de calificar la información financiera de la empresa como confidencial, atribución que le fue entregada en la reforma laboral de 2001, bajo el Gobierno de Ricardo Lagos. Esta facultad merma considerablemente la posibilidad del sindicato de poder negociar, ya que el empleador sólo está obligado a entregar los balances generales de los últimos dos años y los costos globales de mano de obra, sin ningún desglose. El gran efecto que esto tiene, según Hidalgo, es que los trabajadores inician la negociación preparados para ir a la huelga, ya que no pueden confiar en los números brutos que se obtienen de los documentos que por ley el empleador esta obligado a entregarles. En este sentido: HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008. PASCUAL, Martín. Entrevista. Santiago. CENDA. 7 de noviembre de 2008.

¹⁴⁹ UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008.

negociación colectiva mucho más inclusiva, que opera a nivel nacional y por sector económico y no se reduce al sistema de negociación de empresa.¹⁵⁰

De lo anterior, resulta claro que para la promoción del efectivo ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados sólo podría darse en una sociedad con una configuración distinta a la que existe actualmente en Chile, dado que, mientras en nuestro país se mantengan las desigualdades que hoy existen, las cuales son sostenidas por el sistema político vigente, difícilmente se legislará con el objeto de equiparar el poder existente entre los sectores patronales y los trabajadores.¹⁵¹

Además, cabe considerar que en sociedades tan desiguales como la chilena, el discurso académico-científico se encuentra totalmente capturado por las élites, lo que conlleva que sea aún más difícil propiciar los cambios necesarios para hacer de ésta una sociedad más justa. La concentración del discurso tiene mucho que ver con la construcción de mitos¹⁵², que en el caso del Derecho Laboral dice relación con la función política-económica que este cumple. En efecto, a contrario de lo que tradicionalmente se señala por parte de la doctrina laboralista nacional, en la doctrina comparada se acepta que la principal función del Derecho Laboral es la contención de la clase obrera mediante el otorgamiento de concesiones que mejoren su situación relativa con el objeto de mantener la paz social y con ello, el sistema capitalista¹⁵³.

¹⁵⁰ En Europa, el movimiento sindical goza de una gran legitimidad social, ya que es un interlocutor válido como representante de la clase trabajadora ante los sectores empresariales y el poder político. Su poder negociador estriba en que las políticas de empleo son definidas mediante acuerdos con estos dos sectores, lo que evidentemente le da a ésta una mayor legitimidad y no representa el solo interés del sector patronal, como ocurre en Chile. VERGARA DEL RIO, op.cit., págs. 86 y s.s. HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008. PASCUAL, Martín. Entrevista. Santiago. CENDA. 7 de noviembre de 2008.

¹⁵¹ UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008.

¹⁵² Los sectores sindicales señalan que esta construcción de mitos esta directamente relacionada con la función político-social del Derecho del Trabajo, puesto a que tiende a producir conformismo entre los trabajadores, desincentivándose su actuación como colectivo. Algunos mitos serían “el progreso de Chile”, “el sueldo ético”, “el triunfo en la negociación de la ANEF”, entre otros. En este sentido: FUENTES, Horacio. Entrevista. Santiago, CONTRAMET. 5 de diciembre de 2008.

HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008.

¹⁵³ Ugarte señala una serie de vicios en que incurre, a este respecto, la doctrina laboralista en Chile, la que suele construir la noción de Derecho del Trabajo como un “conjunto de doctrinas o teorías normas o

El problema de la concentración del discurso es que provoca entre sus receptores, los no beneficiados por el sistema, una sensación consistente en que el orden social existente es natural e inmutable y que por lo tanto, difícilmente éste podría redefinirse, lo que implica que todas las alternativas más que nocivas son utópicas e irrealizables.

Por lo tanto, haciendo un poco de política-ficción y suponiendo que existe el contexto económico social que soporte una transformación de tal magnitud, señalamos a continuación, previa reseña histórica, los cambios que deberían realizarse al sistema de negociación colectiva hoy vigente en el Libro IV del Código del Trabajo.

instituciones cuyo fin es la reivindicación y protección de los intereses y derechos del trabajador y de las clases económicamente débiles”, característica inmediata que no corresponde en absoluto a su esencia, sino más bien, es una expresión de su función política. En este sentido: UGARTE, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Lexis Nexis, 2007. págs. 7 y s.s.

III. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS COLECTIVOS Y REFORMAS DESEABLES.

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MODELO ORIGINAL DEL PLAN LABORAL.

El modelo normativo de relaciones laborales que el régimen militar impuso hacia fines de la década del setenta, se inserta en un proyecto de cambio radical a diversas áreas de la institucionalidad económica y social del país, proceso que se denominó “modernizaciones”, y que incorporó además del área laboral, el de educación, el de salud y el régimen previsional en el campo de la seguridad social, entre otras. En el ámbito de las relaciones laborales el cambio del modelo normativo comprendió tanto las relaciones laborales individuales como las colectivas, dictándose para su objetivo, diversos textos legales que, a la vez de suprimir la legislación hasta entonces vigente, establecieron el nuevo marco normativo¹⁵⁴.

Las características básicas de este nuevo modelo normativo son, por una parte, el establecimiento de una flexibilidad y, en muchos casos, de desregulación en la normativa de las relaciones individuales de trabajo y, por otra, una rígida regulación de las relaciones colectivas. En efecto, se establece un Derecho Individual del Trabajo de carácter flexibilizador y desregulador, ya sea al dejar de regular diversos aspectos de las relaciones individuales de trabajo¹⁵⁵, ya sea al flexibilizar otras, mediante técnicas de disminución de beneficios, o disminución de sanciones ante su incumplimiento. De otro

¹⁵⁴ Entre los principales textos legales en la materia, deben considerarse el D.L. 2.200 de 1978 sobre Contrato de Trabajo y de Protección a los Trabajadores, D.L. 2.756 de 1979 sobre organizaciones sindicales, D.L. 2.758 de 1979 sobre negociación colectiva y Ley 18.018, que modificó al D.L. 2.200 de 1978.

¹⁵⁵ Ejemplo de ello son los despidos colectivos, toda vez que en el nuevo modelo de relaciones laborales no se requiere autorización administrativa alguna.

lado, se rigidiza al máximo el Derecho colectivo del trabajo, limitando el poder de la organización laboral ya sea como expresión de sus reivindicaciones directas o como expresión sociopolítica en representación de los sectores laborales. Para ello se reguló con gran detalle cada una de las instituciones jurídico laborales, estableciendo, además, limitaciones y prohibiciones respecto de las organizaciones sindicales, de la negociación colectiva y de la huelga. Las funciones del sindicato quedan restringidas a la reivindicación económica en el nivel de empresa, prohibiéndose expresamente algunas actividades, en muchos casos con sanciones penales.

Cabe recordar, por lo demás, que hasta entonces el Estado de Chile no había ratificado los Convenios de OIT sobre libertad sindical. El régimen militar rechazó expresamente su ratificación, señalando a la OIT que “la legislación existente es la más adecuada en el marco de su sistema económico y social”¹⁵⁶.

Respecto del modelo normativo de negociación colectiva se ha sostenido que el nuevo objetivo de la intervención estatal del Plan Laboral fue limitar el poder sindical y, consecuentemente, la manifestación de la autonomía colectiva. A este efecto, la regulación heterónoma impuesta por el Plan Laboral reguló con dicho objetivo cada uno de los diversos aspectos que importan a la negociación colectiva: sujetos, niveles, titularidad materias, procedimiento de negociación y acuerdos colectivos¹⁵⁷.

A continuación se analiza cada una de estas manifestaciones.

¹⁵⁶ OIT. *Libertad Sindical y Negociación Colectiva*. Ginebra, 1983. págs 159 y s.s.

¹⁵⁷ ROJAS, Irene. *Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral*. *Revista Ius Et Praxis* (2): 195-221. nov. 2007.

1.1. Cobertura subjetiva de la negociación colectiva.

El Plan Laboral definió la cobertura subjetiva de la negociación colectiva desde dos perspectivas: En primer lugar, en referencia al sector económico, permitió la negociación colectiva en el sector privado y en las empresas del Estado, con algunas excepciones. Excluyó dicha negociación en la administración del Estado, tanto central como descentralizada, y en las Municipalidades. En segundo término, en relación a las categorías de trabajadores al interior de las empresas, excluyó de la negociación colectiva a los cargos directivos de las empresas y, también, a los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y a los contratados por obra o servicios y los trabajadores de temporada¹⁵⁸.

1.2. El nivel de la negociación colectiva.

En cuanto al nivel de la negociación colectiva, el Plan Laboral estableció un único nivel y éste fue el de la empresa. Así la misma definición de negociación colectiva remite a la empresa como único nivel de su estructura¹⁵⁹. Pero, además, prohibió en términos absolutos la negociación colectiva en niveles superiores al de la empresa: *“Queda absolutamente prohibida la negociación de un empleador o más, con*

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ El artículo 1° del D.L. 2.758 de 1979 estableció: “Negociación colectiva es el procedimiento a través del cual un empleador se relaciona con uno o más sindicatos de la respectiva empresa, o con trabajadores que presten servicios en ella y que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones para los involucrados en dicho procedimiento, por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en esta ley”.

trabajadores de más de una empresa, sea por el procedimiento de negociación que señala esta ley o de cualquiera otra forma”¹⁶⁰.

Con esta imposición se inaugura el uso de un instrumento jurídico bastante peculiar y novedoso en las relaciones laborales: la prohibición de diversas actuaciones de carácter colectivo, con el consecuente efecto de la nulidad absoluta.

El objetivo de esto, fue someter el nivel de remuneraciones a la productividad del trabajo, tal como además se plantea en el considerando 4° del D.L. 2.758 de 1979¹⁶¹ y, además, “impedir la politización de la negociación colectiva”.

1.3. El derecho a la información.

El Plan Laboral no reconoció un derecho a la información. El considerando 5° del D.L. 2.758 de 1979, planteó el necesario manejo de la información, señalando: “*Que todo proceso de negociación requiere que ésta sea tecnificada, esto es, que las partes negocien con un completo y cabal dominio de los antecedentes que justifiquen las distintas argumentaciones, contando con la asesoría necesaria*”. Sin embargo, esto no constituyó un derecho real de acceso a la información, necesaria para llevar a cabo un proceso de negociación colectiva eficiente por parte de los trabajadores. Esto debido a que la legislación únicamente consagró la obligación de la parte empleadora, de acompañar “*los antecedentes que estime necesarios para justificar las circunstancias económicas y demás pertinentes que invoque*”.¹⁶²

¹⁶⁰ Artículo 4 del D.L. 2758 de 1979.

¹⁶¹ Señala el considerando 4°: “Que para lograr resultados positivos en un proceso de negociación colectiva es conveniente radicarlo en la unidad empresa, pues de esa manera es posible lograr que los trabajadores obtengan una remuneración que siendo justa, se adecuó a su productividad”.

¹⁶² Artículo 29, inciso primero, del D.L. 2756 de 1979.

1.4. La titularidad de la negociación colectiva.

El Plan Laboral definió la titularidad en la negociación colectiva. Por la parte empresarial, es el respectivo empleador de la empresa que se trate. Por la parte laboral el modelo normativo estableció una doble titularidad: la del sindicato de empresa y la del grupo de trabajadores que se organizare para tal fin, pudiendo existir al interior de cada empresa una multiplicidad de titulares de los trabajadores, pero que sólo representan los intereses de los trabajadores afiliados o adheridos a cada sindicato o grupo negociador.

1.4.1. La estructura sindical.

A propósito de la estructura sindical, el D.L. 2756 de 1979, que entró en vigencia un día antes que el relativo a la negociación colectiva, fijó una nueva estructura sindical, derogando de este modo la estructura fijada por el modelo normativo del Código del Trabajo de 1931. No obstante, debe recordarse que las organizaciones sindicales del antiguo sistema de relaciones industriales habían estado inmobilizadas desde septiembre de 1973, ya que el régimen militar sólo permitió la actuación de un sindicalismo paralelo y dirigido desde el Estado. Solo en el año 1978 se permitió algún tipo de actuación sindical, pero ya restringida al ámbito de la empresa, lo que anunciaba la concepción imperante de este actor social: su limitación a agente económico en el ámbito de la empresa¹⁶³. Posteriormente, el Plan Laboral, a través del D.L. 2756 de 1979, estableció, en parte, el nuevo modelo normativo sindical y entonces definió la estructura sindical definitiva.

¹⁶³ Así, el Considerando 4° del D.L. 2376 de 1978, establece: “Que el lugar natural de expresión del derecho de sindicación es aquel donde el trabajador desempeña sus funciones, pues en éste tienen origen las cuestiones respecto de las cuales están llamadas a colaborar las organizaciones de trabajadores, evitándose influencias o injerencias extrañas que entorpezcan las normales relaciones laborales”.

Al efecto, el Plan Laboral estableció una estructura que reconoció dos niveles. El primero es la organización sindical de base, denominado sindicato, que puede ser de empresa, interempresas, de trabajadores de la construcción y de trabajadores independientes. El segundo es la organización sindical que agrupa a sindicatos, estas son la federación y la confederación sindical. Al margen de esta rígida estructura, el Plan Laboral prohibió cualquier otra organización sindical. Además, respecto de los representantes de estas posibles organizaciones, tipificó un nuevo delito, establecido por el D.L. 2.347 de 1978¹⁶⁴, que se mantuvo vigente por varios años más.

Dado una supuesta pluralidad de tipos de organizaciones sindicales, cabe plantearse cuál es el criterio de organización del sindicato bajo el Plan Laboral. Sin duda que éste es el del sindicato de empresa, toda vez que es al único que se le reconoce el derecho de negociar colectivamente.

1.4.2. El objetivo de admitir la titularidad de una coalición de trabajadores.

Por cierto, el sólo hecho de que se reconozca como acuerdo colectivo, al suscrito por una coalición transitoria de trabajadores, planteó objeciones de política legislativa. Esto por los peligros que se estimaba que encerraba una estructura de negociación colectiva sin administradores de los instrumentos colectivos por la parte laboral, peligro que se sumaría al escaso margen que este modelo normativo reconoce a las partes sociales para el ejercicio de la autonomía colectiva.

¹⁶⁴ El D.L. 2347 de 1978 tipificaba como delito la representación de trabajadores a través de organizaciones establecidas fuera de la ley.

1.5. Prohibiciones en cuanto al objeto de la negociación colectiva.

El Plan Laboral, a través del D.L. 2758 de 1979, prohibió la negociación sobre diversas materias, muchas de ellas claves para cualquier sistema de relaciones laborales. Así el artículo 12 del texto original del D.L. 2758, estableció: “*No podrán ser objeto de negociación colectiva ni de ningún tipo de convenio o contrato colectivo las siguientes materias*”¹⁶⁵, entre ellas una que se mantiene hasta esta fecha, (toda vez que las demás fueron suprimidas por la Ley de Reforma Laboral 19.069 de 1991), y es la referida a las que “*restringan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma*”.

Asimismo, como ocurre con otras materias, la sanción a la infracción de esta prohibición es la nulidad absoluta¹⁶⁶, aún cuando hubiese existido la voluntad de las partes de dicha negociación colectiva. Además el mismo texto legal concede acción popular para demandar la nulidad.¹⁶⁷

¹⁶⁵ El artículo 12 del D.L. 2758 de 1979 prohibía, como materia objeto de la negociación colectiva:
“1.- *Las que importen una modificación de derechos irrenunciables de los trabajadores o la modificación de normas legales imperativas o prohibitivas.*
2.- *Las que sean ajenas al funcionamiento de la empresa o predio, o del establecimiento.*
3.- *Las que limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa.*
4.- *Las que puedan significar restricciones al uso de la mano de obra o a insumos, tales como limitaciones a la contratación de trabajadores no sindicalizados o de trabajadores aprendices, cuestiones relativas al tamaño de la cuadrilla, ritmo de producción, sistema de promociones y uso de maquinarias.*
5.- *Las que se refieran a remuneraciones y condiciones de trabajo de personas que no pertenezcan al sindicato o grupo negociador o de quienes no les es permitido negociar colectivamente.*
6.- *Las que impliquen la obligación del empleador de pagar los días no trabajados durante una huelga.*
7.- *Las que directa o indirectamente importen un financiamiento de las organizaciones sindicales o de trabajadores, y*
8.- *Las que se refieran a la creación de fondos u otras entidades análogas para el otorgamiento de beneficios, financiados en todo o en parte con aportes del empleador; sin embargo, los aportes a estas instituciones serán materia de negociación, siempre que ellas gocen de personalidad jurídica.”*

¹⁶⁶ Tal como establece el inciso segundo del artículo 12 del D.L. 2758 de 1979: “*Las estipulaciones de un contrato o convenio colectivo o de una resolución arbitral que incidan en alguna de las materias referidas precedentemente, adolecerán de nulidad absoluta, aun tratándose de acuerdos o convenios colectivos suscritos directamente entre las partes, sin que haya mediado el procedimiento de negociación colectiva que regula esta ley*”.

¹⁶⁷ Artículo 12, inciso final, del D.L. 2758 de 1979.

1.6. El procedimiento de negociación y el ejercicio de los derechos colectivos.

1.6.1. El procedimiento de negociación colectiva.

El D.L. 2758 de 1979, estableció el procedimiento de negociación colectiva que debía darse al interior de la empresa, el cual ostenta una alta rigidez. En tal sentido, se definió el momento en que se debe presentar el proyecto de acuerdo colectivo, los requisitos del proyecto, plazo para la respuesta, efectos de no responder, etcétera. Además, se estableció el arbitraje, tanto obligatorio como voluntario, como una salida alternativa al procedimiento de negociación colectiva.

Sin embargo, también estableció algunos derechos para la parte laboral: por un lado, el deber de negociar para la parte empleadora y, originalmente, una reajustabilidad mínima para las remuneraciones y beneficios en dinero; aunque esto último fue rápidamente derogado, toda vez que la Ley N° 18.011 de 1981, suprimió este beneficio laboral.

1.6.2. La huelga.

Respecto de la huelga el Plan Laboral sólo la reconoció como derecho en el marco del procedimiento de negociación colectiva antes señalado y, además, con una serie de restricciones para su ejercicio. En dicho modelo normativo, más algunas disposiciones penales vigentes a la fecha, la huelga se encuentra en tres estados: huelga en la negociación colectiva, a la cual se le considera derecho, bajo los requisitos y las limitaciones que establece la ley. Fuera de la negociación colectiva, la huelga

constituiría una falta disciplinaria, por lo que tendría efectos contractuales. Además, también puede constituir un delito al tipificarse la figura sobre “*interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga*”, que contempla la Ley N° 12.957, de 1958, sobre Seguridad Interior del Estado¹⁶⁸.

Al interior de la negociación colectiva, la huelga procede bajo dos requisitos: que se trate de empresas que pueden ir a huelga y que sea declarada dentro del plazo establecido en la ley, esto es, dentro de los últimos cinco días de negociación formal. A la vez, el citado derecho de huelga dentro de la negociación colectiva, reconoció tres limitaciones: la huelga tiene un plazo máximo de sesenta días (toda vez que habiendo transcurrido sesenta días contados desde el inicio de la huelga los trabajadores se entenderán renunciados voluntariamente), el empleador puede contratar reemplazantes y los trabajadores pueden desistir individualmente reincorporándose a sus labores en las oportunidades que señala la misma ley.

Con ocasión de la huelga en el proceso de negociación colectiva se les reconoce a los empleadores el derecho al cierre patronal; el que puede ser total, si afecta a la totalidad de la empresa, o parcial, si afecta a uno o más establecimientos de la empresa. La única exigencia que impone la ley es la de su duración, la que no puede extenderse más allá del trigésimo día, a contar desde la fecha en que se hizo efectiva la huelga o del día del término de la huelga, cualquiera que ocurra primero.

¹⁶⁸ En su artículo 11, esta Ley dispone que en tal caso, la huelga constituye un delito cuando se trate de “*servicios públicos o de utilidad pública; o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio producido sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales*”.

1.6.3. El Procedimiento no reglado.

Originalmente, el Plan Laboral no estableció un procedimiento alternativo al definido en la ley, aunque sí efectuó una mención al acuerdo resultante: el convenio colectivo. Fue la Ley N° 18.620, que supuestamente sistematizó las leyes laborales en el Código del Trabajo de 1987, la que incorporó expresamente un nuevo procedimiento¹⁶⁹, que fue nominado posteriormente como “no reglado”, en cuanto el procedimiento lo fijaban las partes. Sin embargo, tal ámbito de autonomía presentaba dos grandes restricciones: En primer lugar, se les aplican las limitaciones subjetivas, respecto a la titularidad individual para negociar, y las objetivas, referidas materias prohibidas en la negociación colectiva. En segundo término, este procedimiento no reconoce los derechos que se establecen para el procedimiento reglado laboral, como son el deber de negociar y el derecho de huelga.

1.7. El acuerdo colectivo: las categorías de acuerdos colectivos y la eficacia de los mismos.

El texto original del plan Laboral reconoció un tipo de acuerdo colectivo y este fue el contrato colectivo, que constituye el resultado del proceso de negociación colectiva llevado a cabo en conformidad al procedimiento definido en la ley, denominado con posterioridad como “procedimiento reglado”. Sólo marginalmente se refirió a un segundo tipo de acuerdo, el convenio colectivo. Además, estableció el fallo arbitral, como instrumento resultante del arbitraje y no del acuerdo, aunque tiene efectos jurídicos similares al contrato colectivo.

¹⁶⁹ Artículo 294 del D.L. 2758 de 1979.

Ley 18.620 de 1987, conjuntamente con desarrollar el procedimiento no reglado, desarrolló la normativa aplicable al acuerdo resultante de este procedimiento, es decir el convenio colectivo, extendiendo al efecto el régimen jurídico aplicable a los contratos colectivos, en especial su eficacia jurídica y personal¹⁷⁰. Por consiguiente, el modelo normativo del Plan Laboral, consolidado en el año 1987, distinguió entre dos tipos de acuerdos colectivos: el contrato y el convenio colectivo.

El contrato colectivo correspondió al acuerdo alcanzado en un procedimiento de negociación reglado, mientras que el convenio es el acuerdo que se da en una negociación no reglada. La nominación genérica que con posterioridad se otorgó al acuerdo resultante de la negociación colectiva, fue la de instrumento colectivo¹⁷¹.

El plan Laboral estableció diversas peculiaridades respecto de la eficacia del instrumento colectivo. En lo que se refiere a su eficacia temporal, por mandato legal debe tener una duración mínima de dos años. Respecto de eficacia personal, tiene una eficacia limitada a los trabajadores que fueron parte representada en la respectiva negociación. Pero es respecto de su eficacia jurídica que el texto original del Plan Laboral plantea una mayor peculiaridad: al instrumento colectivo se le reconoce un cierto efecto de automaticidad pero se niega en términos absolutos el de imperatividad.

Respecto del efecto de automaticidad se estableció la aplicación inmediata de las cláusulas normativas del respectivo instrumento colectivo¹⁷², pero a través de un particular mecanismo: por el reemplazo de las cláusulas del respectivo contrato individual del trabajo. Este instrumento es bastante extraño en la perspectiva dogmática

¹⁷⁰ Así, el artículo 320 del Código del Trabajo de 1987, ubicado en el Título III del Libro IV, “Del Contrato Colectivo”, estableció: “Lo dispuesto en este Título se aplicará también a los fallos arbitrales que pongan término a un proceso de negociación colectiva y a los convenios colectivos celebrados en conformidad al artículo 294”.

¹⁷¹ ROJAS, Irene. Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral. Revista Ius Et Praxis (2): 195-221. nov. 2007.

¹⁷² El Artículo 6 del D.L. 2200 de 1978, estableció, “Las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en su totalidad a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquellos”. Y agrega a continuación, “Se exceptúan de este reemplazo las estipulaciones a que se refieren los números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 10”, relativas a las cláusulas del contrato individual de trabajo.

del acuerdo colectivo, toda vez que desconoce su definición como fuente del derecho, debiendo establecer la regulación desde fuera del contrato de trabajo, tal como lo hacen las otras fuentes del derecho, como es la ley.

Por otra parte, la imperatividad se rechazó en términos absolutos; toda vez que expresamente se estableció como derecho irrenunciable la negociación individual de las materias convenidas en el contrato colectivo, pudiéndose derogar in peius. Al efecto, se estableció *“La negociación individual entre un empleador y un trabajador es un derecho irrenunciable.”* Y se agregó: *“Por consiguiente, quedan prohibidas todas las acciones que directa o indirectamente atenten a este derecho. Ningún sindicato o agrupación podrá ejercer presiones en tal sentido, ni solicitar o negociar condiciones para un trabajador que pertenezca a ellos”*.

Este rechazo a la imperatividad del contrato colectivo sólo fue superada con la normativa de la Ley N° 18.372 de 1984, que modificó el D.L. 2200 de 1978, estableciéndose en esta materia: *“Las estipulaciones de un contrato individual de un trabajador regido por un contrato colectivo de trabajo, no podrán significar disminución de la suma de beneficios que a él corresponden por aplicación del contrato colectivo”*. De esta norma podemos concluir en la imperatividad del contrato colectivo y, por consiguiente, en su inderogabilidad in peius.

2. LOS PROCESOS DE REFORMA LABORAL.

2.1. La Primera Reforma Laboral.

La primera Reforma laboral, a través de la Ley N° 19.069 de 1991, efectuó algunas modificaciones al modelo normativo de relaciones laborales, que incidieron

fundamentalmente en el orden del derecho individual del trabajo; excluyendo cambios sustanciales a la normativa de las relaciones colectivas de trabajo.

Así, respecto de cada uno de los extremos de la regulación de la negociación colectiva, no se perciben cambios relevantes.

2.1.1. Nivel de la negociación colectiva.

Se mantiene el nivel de la empresa. Si bien se suprime la prohibición de negociar colectivamente más allá de la empresa el modelo mantiene la negociación en el nivel de la empresa a través de dos mecanismos. En primer lugar, la negociación colectiva fuera de la empresa sólo puede ser pluriempresarial y nunca supraempresarial, aunque hay quienes le han otorgado dicha denominación. Al efecto, la negociación es de carácter pluriempresarial en cuanto son los empleadores, individualmente considerados, los que negocian por sí o por las personas naturales a quienes le otorguen la representación, además, las partes negociadoras de una empresa se pueden descolgar en cualquier momento de la negociación pluriempresarial y, finalmente, el respectivo contrato colectivo debe ser suscrito por las partes negociadoras de la misma empresa. En segundo término, el deber de negociar se mantuvo sólo para la negociación colectiva reglada de empresa, desconociéndose fuera de ella.

Cabe agregar que en los dieciséis años de vigencia de la primera reforma laboral, no se han registrado a la fecha negociaciones pluriempresariales, aunque ello no debería significar la ausencia de las mismas, pero si ha habido éstas han sido escasas y no han tenido impacto en el sistema de relaciones laborales.

2.1.2. Titularidad.

En consonancia con el nivel de negociación definido por el modelo, la titularidad para negociar por la parte patronal la tiene sólo el empleador, individualmente considerado.

Respecto de la parte laboral, se debe distinguir entre la negociación pluriempresarial y la de empresa. En la primera forma de negociación, la ley reconoció titularidad a algunas otras organizaciones sindicales, específicamente, “*dos o más sindicatos de distintas empresas, un sindicato interempresa, o una federación o confederación*”, sin embargo no les reconoció la representación de los trabajadores o de las organizaciones sindicales afiliadas, toda vez que exigió el otorgamiento especial de dicha representación. A la vez, el modelo exige el acuerdo previo de las partes sobre la aceptación de la decisión de negociar¹⁷³.

En el ámbito de la empresa se mantiene la titularidad que definía el texto original del Plan Laboral; es decir, se reconoce titularidad tanto al sindicato de empresa como al grupo de trabajadores que cumplan los quórum definidos por ley, manteniéndose, además, el paralelismo de las organizaciones laborales al interior de cada empresa.

Si bien en la primera reforma laboral hubo dos modificaciones sobre la estructura sindical, difícilmente han tenido efectos sobre la negociación colectiva. La primera fue modificar el tamaño de empresa pequeña que es el que permite un quórum menos exigente para constituir un sindicato de empresa: a tal efecto la empresa pequeña pasó de 25 a 50 trabajadores¹⁷⁴. La segunda modificación fue el reconocimiento institucional de

¹⁷³ Como se establece el artículo 334, inciso 2º, letra a) del Código del Trabajo: “*Que la o las organizaciones sindicales respectivas lo acuerden en forma previa con él o los empleadores respectivos, por escrito y ante ministro de fe.*”

¹⁷⁴ Así, se estableció que si la empresa tiene cincuenta o menos trabajadores podrán constituir sindicato, ocho trabajadores que representen a lo menos el 50% de los trabajadores que laboran en dicha empresa.

las centrales sindicales a través de la Ley 19.049, de 1991; sin embargo el modelo normativo no les reconoce titularidad para negociar colectivamente.

Es cierto que hubo otras modificaciones sobre la normativa de las organizaciones sindicales: se atenuó el carácter excesivamente regulador que había tenido la legislación sindical del Plan Laboral, así se destaca que por primera vez una ley general sobre organizaciones sindicales no señale taxativamente los fines de estas organizaciones, se establecen garantías a favor de los dirigentes sindicales, como también un sistema de tutela judicial de los derechos sindicales.

2.1.3. Las materias negociables.

La primera reforma laboral suprimió varias de las materias en que se prohibía negociar colectivamente, pero mantuvo una limitación cualitativa a la negociación colectiva, en cuanto *“no serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma”*. La misma Ley disponía cuáles son entonces las posibles materias objeto de negociación: *“todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo”*¹⁷⁵. De esta manera, se mantiene un contenido limitado de la negociación colectiva, referido a condiciones de trabajo con un contenido pecuniario y a beneficios asistenciales, que, en definitiva, ignora el objetivo último de la negociación colectiva, que es el de democratizar las relaciones laborales.

¹⁷⁵ Artículo 82 inciso 2°, de Ley 19.069, actual Artículo 306 del Código del Trabajo

2.1.4. El procedimiento de negociación colectiva.

La primera reforma laboral no modificó mayormente el modelo procedimental de negociación colectiva, salvo en lo que se refiere al procedimiento de negociación pluriempresarial y a aspectos específicos del procedimiento no reglado y a la huelga en la negociación reglada.

2.1.4.1. El procedimiento de negociación colectiva pluriempresarial.

Tal como se había hecho respecto de la negociación colectiva reglada, la ley estableció un rígido de procedimiento en el nivel pluriempresarial, a lo que se suman tres particularidades:

- i.** La exigencia de un acuerdo formal previo entre las partes de aceptación de negociar colectivamente.
- ii.** La posibilidad de una empresa de excluirse de una negociación ya iniciada, por voluntad de las partes laboral y patronal de dicha empresa.
- iii.** El acuerdo alcanzado debe suscribirse por separado al interior de cada una de las empresas¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Artículos 110 y 119 de la Ley 19.069 de 1991.

2.1.4.2. El procedimiento de negociación colectiva no reglado.

La consolidación de la negociación colectiva “no reglada” se alcanza con la primera reforma laboral. En efecto, fue la Ley N° 19.069, la que por primera vez definió esta vía de negociación y estableció respecto de ella un concreto régimen jurídico, el que se refirió tanto a la titularidad como el contenido de la negociación¹⁷⁷.

2.1.4.3. El derecho de huelga al interior de la negociación colectiva.

Con las modificaciones de las reformas laborales se suprimió el plazo máximo de duración que tenía la huelga y que era de sesenta días, aspecto que no tenía mayor incidencia ya que raramente una huelga alcanzaba tal duración, más aún con las posibilidades del reemplazo y del abandono de la huelga¹⁷⁸.

2.1.5. Los acuerdos colectivos.

El modelo de acuerdo colectivo ya consolidado por la Ley N° 18.620, de 1987, tuvo tres ajustes en la primera reforma laboral, los que se refirieron a los convenios colectivos, a la automaticidad de la aplicación de los contenidos normativos del acuerdo y a la extensión de los mismos.

¹⁷⁷ Artículo. 90 de Ley 19.069 de 1991.

¹⁷⁸ De acuerdo con la información dada por la Dirección del Trabajo (“Compendio de Series Estadísticas 1990-2006), División de estudios, la variación en el promedio de días de huelga va 8,7 en el 2003 a 15 en 1990. En el año 2006 dicho promedio alcanza a 11,2 días.

En consonancia con el desarrollo normativo del procedimiento no reglado, el legislador de 1991, además de definirlo, desarrolló las especificidades del régimen jurídico del convenio colectivo, relativas a la inaplicabilidad del efecto “ultratérmine”¹⁷⁹, el reconocimiento de un convenio colectivo parcial y la admisión de un caso concreto de concurrencia de un convenio pluriempresarial con un instrumento colectivo de empresa¹⁸⁰.

2.1.5.1. Automaticidad en la aplicación de los contenidos normativos.

De acuerdo con el efecto de la automaticidad, las cláusulas de contenido normativo se aplican automáticamente en la relación individual, sin requerir de la aprobación de las partes de dicha relación. Tal noción se acogió con la modificación introducida por la primera Reforma Laboral¹⁸¹, la que establece que las cláusulas del instrumento colectivo, al menos las normativas, tienen vigencia desde fuera del contrato individual y no requiere su incorporación a dicho contrato para tener plena vigencia en la relación individual de trabajo.

2.1.5.2. La extensión de los convenios.

Una tercera modificación fue la relativa a la extensión de los instrumentos colectivos. Como ha sido señalado éstos tenían asignada originalmente una eficacia personal limitada, en cuanto sólo vinculaban al empleador y a los trabajadores que

¹⁷⁹ Artículo. 351 en relación al artículo. 348, inciso 2°, ambos del Código del Trabajo.

¹⁸⁰ Artículo. 351 del Código del Trabajo.

¹⁸¹ Artículo 129 inciso 1° de la Ley 19.069, actual artículo 348 del Código del Trabajo.

hubieren sido parte de la respectiva negociación colectiva. La Ley 19.069, se refirió al supuesto que el empleador hubiere extendido los beneficios de dicho instrumento a otros trabajadores de las empresas, supuesto bastante común en el ámbito de las relaciones laborales, caso en el cual el trabajador beneficiado deberá concurrir en el pago de una parte de la cuota sindical. El objetivo de la ley era claro: obligar a los trabajadores beneficiados con la negociación colectiva a concurrir en el pago del financiamiento de la misma¹⁸². Sin embargo la jurisprudencia le ha dado un alcance bastante mayor, ha concluido que la extensión de un convenio ocupa el espacio de la autonomía colectiva, impidiendo que un trabajador cubierto por un instrumento colectivo pueda, con posterioridad, participar en una negociación colectiva.

2.2. La Segunda Reforma Laboral.

La Segunda Reforma Laboral, implementada a través de la Ley 19.759 de 2001, incorporó modificaciones en seis aspectos de la regulación legal de las relaciones colectivas de trabajo: estructura sindical, reconocimiento de autonomía de las organizaciones sindicales, tutela judicial de la libertad sindical, incorporación de un nuevo procedimiento de negociación colectiva, periodo de vigencia máxima de los instrumentos colectivos y exigencias para la procedencia del reemplazo de trabajadores huelguistas.

Las tres primeras modificaciones tienen relación directa con la organización sindical y también tienen incidencia en la negociación colectiva, particularmente la referida a la tutela judicial de la libertad sindical, en cuanto, por una parte, estableció

¹⁸² Como señala expresamente el Mensaje del Proyecto de Ley 19.069: “El Proyecto contempla que los trabajadores que se beneficien de la negociación colectiva, ya sea porque son adherentes o porque se les ha extendido los beneficios de ésta, y ocupen puestos iguales o semejantes a los cubiertos por el contrato colectivo, deben retribuir por el servicio que les prestó el sindicato que ha negociado”. En este sentido: HISTORIA DE LA LEY 19.069. Biblioteca del Congreso Nacional. 1991.

una acción de mayor eficacia para la tutela de los derechos de libertad sindical que, en general, integran este principio y, por la otra, porque la misma acción ampara los derechos de libertad sindical referidos a la negociación colectiva¹⁸³. Mientras que las tres últimas materias se refieren directamente a la negociación colectiva y tienen la peculiaridad que dos de estas modificaciones (nuevo procedimiento de negociación colectiva y exigencias para la procedencia del reemplazo de trabajadores huelguistas) tienen su origen en la Indicación Sustitutiva del Proyecto de Ley sobre reformas laborales, presentada por el ejecutivo¹⁸⁴; mientras que la propuesta relativa al período de vigencia máxima de los instrumentos colectivo fue efectuada a través de una concreta indicación en la tramitación general del proyecto.

2.2.1. La negociación colectiva semirreglada: un nuevo procedimiento de negociación.

La segunda reforma laboral estableció un nuevo procedimiento de negociación colectiva, aplicable a la que se efectuare dentro de la empresa, fuese parte laboral un grupo de trabajadores y no se sometiese al procedimiento reglado. De esta manera, el legislador sometió a determinadas exigencias a esta negociación colectiva a fin de garantizar la existencia de una negociación y marginar la imposición patronal¹⁸⁵.

¹⁸³ El legislador laboral chileno distingue entre infracciones a la libertad sindical en general, denominándolas “prácticas antisindicales” (regulándolas en el Capítulo X del Título I del Libro III del Código del Trabajo) e infracciones a la negociación colectiva, otorgándoles la denominación de “prácticas desleales en la negociación colectiva” (reguladas en el Título VIII del Libro VI del Código del Trabajo).

¹⁸⁴ El Proyecto de Ley original fue presentado por el ejecutivo con fecha 16 de noviembre de 2000. Con posterioridad, el 20 de marzo del 2001, se incorporan específicas materias que “...perfeccionan las normas contenidas en el proyecto original y agregar nuevas materias a la discusión legislativa, especialmente en lo referido a la Negociación Colectiva y a las empresas de suministro de trabajo temporal”. En este sentido: HISTORIA DE LA LEY N° 19.759. Biblioteca del Congreso Nacional. 2001.

¹⁸⁵ El Artículo 314 bis del Código del Trabajo, estableció las siguientes exigencias: “a) Deberá tratarse de grupo de ocho o más trabajadores. b) Los trabajadores serán representados por una comisión negociadora, de no menos tres integrantes ni más de cinco, elegida por los involucrados en votación secreta ante un

Con esta modificación se pretendió poner término a una práctica que se origina con la consolidación de la vía de negociación colectiva no reglada, posterior a la primera reforma laboral. El sistema de relaciones laborales chileno planteó, entonces, un aumento significativo de los convenios colectivos suscritos por coaliciones de trabajadores, es decir, por grupos de trabajadores organizados sólo para el efecto de negociar y, por tanto, sin la organización permanente que es el sindicato. El problema es que muchos de estos convenios colectivos parecían ser acuerdos pluripersonales, es decir, “acordados” individualmente por el empleador con cada trabajador del supuesto grupo negociador; lo que, ciertamente, en la mayoría de los casos constituye una imposición patronal. Por consiguiente, esta práctica empresarial plantea una usurpación del espacio reservado por el modelo normativo para el ejercicio de la autonomía colectiva, espacio que, por lo demás, es bastante escaso¹⁸⁶.

2.2.2. Definición de un plazo de vigencia máximo para los instrumentos colectivos.

Si bien los instrumentos colectivos tenían definido por mandato legal un período de vigencia mínimo, equivalente a dos años, el legislador del 2001 estableció un período de vigencia máximo, el que definió en cuatro años. Si bien la historia de la Ley 19.759 no señala los antecedentes específicos que se tuvieron para efectuar tal modificación, el sistema de relaciones laborales mostraba en el período previo la suscripción de contratos y convenios colectivos con duración de hasta ocho años, lo que niega uno de los objetivos del ejercicio de la autonomía colectiva: la capacidad de efectuar una regulación

inspector del trabajo. c) El empleador estará obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de 15 días. Si así no lo hiciere, se aplicará la multa prevista en el artículo 506; d) La aprobación de la propuesta final del empleador deberá ser prestada por los trabajadores involucrados en votación secreta celebrada ante un inspector del Trabajo”.

¹⁸⁶ ROJAS, Irene. Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral. Revista Ius Et Praxis (2): 195-221. nov. 2007.

en conformidad a los nuevos desafíos que presente el contexto de las relaciones laborales.

2.2.3. Establecimiento de exigencias, para la procedencia del reemplazo de trabajadores huelguistas.

Si bien la segunda reforma laboral prohibió formalmente el reemplazo de trabajadores en huelga¹⁸⁷, lo que realmente hace es sujetar la procedencia de dicho reemplazo a específicas exigencias, aunque algunas de ellas ya habían sido establecidas por la primera reforma laboral. Al efecto, la Ley N° 19.759 agregó, a las exigencias que deba tener la última oferta del empleador, la propuesta de “*un bono de reemplazo (...) por cada trabajador contratado como reemplazante*”.¹⁸⁸

La discusión que entonces se planteó, se refirió al tipo de reemplazo de trabajadores: si la prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga comprende sólo a los trabajadores externos, es decir se trataría de una “sustitución externa”, o si la prohibición abarca además a los trabajadores de la misma empresa, en cuanto se les encomendaría asumir las labores de los trabajadores huelguistas, es decir, una “sustitución interna”, en conformidad a las mismas categorías.

¹⁸⁷ Artículo 381 del Código del Trabajo.

¹⁸⁸ Artículo 381, letra c) del Código del Trabajo.

3. SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES.

3.1. La desprotección del trabajo.

Gran parte de los problemas sociales que aquejan al país, entre ellos la persistente desigualdad de los ingresos, las carencias en el ámbito de la seguridad social, la precariedad tanto de la relación laboral con empleos mayoritariamente inestables y de muy corta duración como en las condiciones materiales y sociales de trabajo, las bajas remuneraciones de trabajadores, etcétera, se encuentran íntimamente relacionados con importantes deficiencias en el sistema o marco normativo de relaciones laborales vigente, en particular en el ámbito de la negociación colectiva.

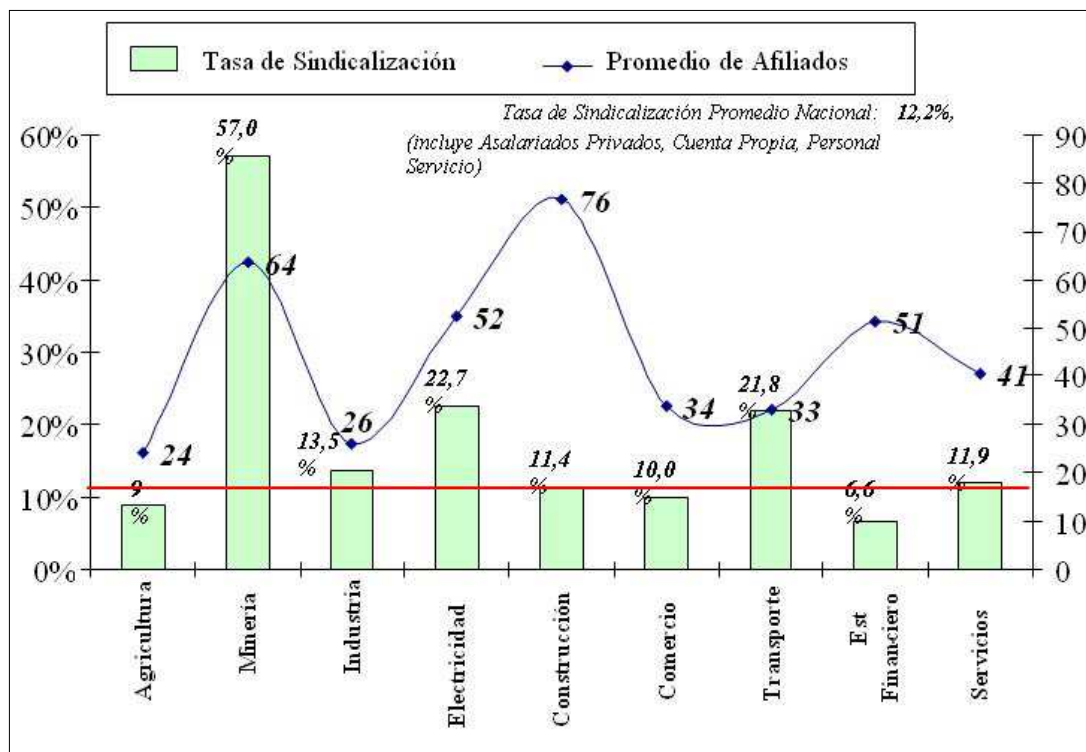
A pesar de las sucesivas reformas legislativas aprobadas por el Congreso Nacional con la finalidad de mejorar los niveles de protección y de eficacia de las normas legales, de modernizar las relaciones laborales elevando la calidad de los empleos, y de promover el fortalecimiento de las organizaciones sindicales, consustancial a un adecuado desarrollo de la negociación y la autonomía colectiva, las distintas fuentes estadísticas arrojan resultados deprimentes y muy insatisfactorios.

En el período comprendido entre los años 1990 - 2006, la Encuesta CASEN constata un aumento desde un 18% a un 24 % promedio de trabajadores sin contrato escrito de trabajo y sin el entero de sus cotizaciones a los sistemas de seguridad social. En materia de relaciones colectivas el panorama es aún más desolador en tanto muestra un sostenido debilitamiento del actor sindical con la consecuente marginalidad de la negociación colectiva como instrumento de autorregulación de las relaciones laborales. En efecto, durante el año 1991, antes de cualquier modificación legislativa al Plan Laboral, la afiliación sindical alcanzaba al 16.7% de los ocupados (excluidos los

asalariados del sector público); al 2006, en cambio, y tras tasas de afiliación anuales cercanas al 10%, sólo un 12.2 % de los trabajadores ocupadas se encontraba organizado. La baja afiliación se agrava con el fenómeno de la atomización sindical; así, durante el período 1990 - 2006, el número de sindicatos se incrementó en 111%, su tamaño medio bajó desde 89 a 35 socios y el porcentaje de organizaciones en receso llegó al 53%.¹⁸⁹

Como consecuencia, y en estrecha vinculación con lo anterior, cada vez son menos los trabajadores que negocian colectivamente. Durante el año 2006, en una tendencia constante a la baja, el número de asalariados cubiertos bianualmente por algún tipo de instrumento colectivo era sólo de un 8%.

Gráfico 1: Tasas de sindicalización y promedio de afiliados. Año 2006¹⁹⁰:

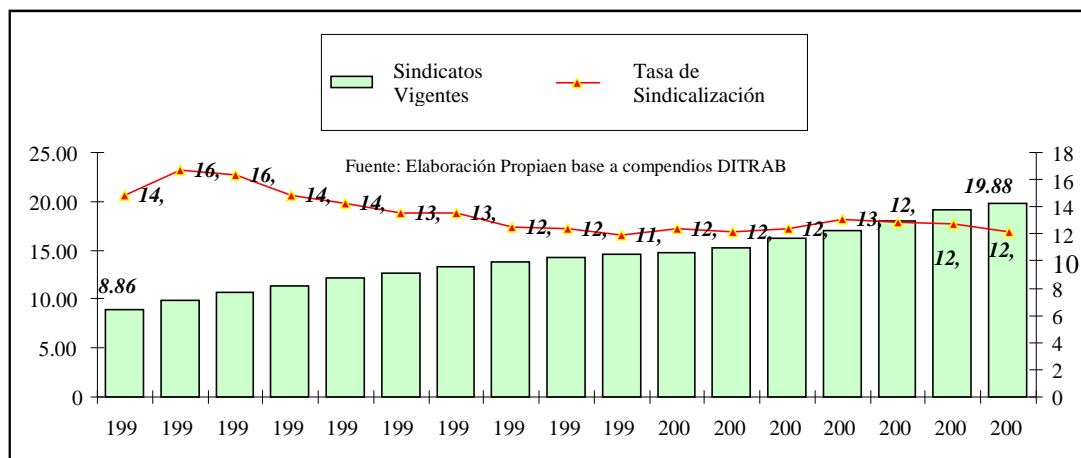


¹⁸⁹ MIDEPLAN. Encuesta CASEN 2006.

¹⁹⁰ Gráfico elaborados por el economista Gonzalo Durán, ayudante de investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central de Chile, sobre la base de los Anuarios Estadísticos de la Dirección del Trabajo.

Durante el año 2006, la tasa de sindicalización promedio de los ocupados excluyendo los asalariados públicos es de 12,2%. Al distribuir por rama de actividad económica se puede observar que “Minería”, “Transporte” y “Electricidad” son los sectores que tienen mayor tasa de sindicalización, pero que, sin embargo, agrupan tan sólo el 11% del total de los ocupados. Existe, además, una gran atomización sindical, que se refleja en la existencia de más de 19 mil sindicatos vigentes, lo que arroja la increíble cifra de 35 personas promedio por sindicato.

Gráfico 2: Evolución del número de sindicatos y de la tasa de sindicalización (en %). Período 1990 - 2006¹⁹¹:



Por último, la realidad económica y los antecedentes estadísticos en materia de ingresos, señalan que, si bien ha disminuido sustancialmente la pobreza producto de las políticas sociales de los Gobiernos Democráticos, aún en períodos de alto crecimiento

¹⁹¹ Gráfico elaborados por el economista Gonzalo Durán, ayudante de investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central de Chile, sobre la base de los Anuarios Estadísticos de la Dirección del Trabajo.

económico éste no ha logrado verse reflejado de manera equivalente en el incremento de los salarios ni en los ingresos del trabajo. Según la encuesta CASEN 2006, el 79% de éstos no supera los \$300.000.

3.2. Influencia del neoliberalismo.

Parte importante de las visiones que han predominado en la conducción económica del país se encuentran fuertemente influenciadas, en un fenómeno transversal, por la escuela norteamericana sobre el “análisis económico del derecho”¹⁹² y por los postulados teórico-políticos de Friedrich Von Hayek.

Este último, defensor a ultranza del histórico “minimal state” anglosajón y padre del liberalismo actual o neo liberalismo, formula su teoría económica de la democracia, la cual como teoría política atribuye a la libertad individual y muy en especial a la libertad económica un valor intrínseco, en oposición a la democracia como sistema político a la que le asigna únicamente un valor instrumental¹⁹³.

Conforme a dichos postulados, el funcionamiento de la economía no se encontraría al servicio de la sociedad y por tanto de la democracia política, sino al contrario, ésta debiese sufrir limitaciones, incluso constitucionales, a fin de evitar la incursión de la soberanía popular o del propio poder político en el incremento del gasto público, en el aumento de las funciones del Estado y en el funcionamiento fluido de los mercados laborales y mercantiles. Esto, con el objetivo de impedir interferencias legales y/o institucionales, que pudiesen resultar perniciosas, traduciéndose en limitaciones inaceptables a las naturales y esenciales atribuciones del Poder Legislativo en un régimen y en una sociedad democrática.

¹⁹² UGARTE, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago, Lexis Nexis, 2007. pág. 66.

¹⁹³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. México, Fondo de Cultura económica, 1989.

Son múltiples las disposiciones de nuestra Constitución, del ordenamiento jurídico en general y en particular del orden jurídico laboral, que dan cuenta y plasman estos postulados neoclásicos.

Tales visiones entran hoy en abierta confrontación con la dinámica de los procesos sociales y políticos, tanto en nuestro país como en el mundo, los que exigen nuevas prácticas democráticas, rechazan las persistentes desigualdades y demandan participación efectiva en la definición de nuevos contenidos y formas de relacionamiento social.

De ese modo, comienza a evidenciarse pública y progresivamente el hondo malestar que atraviesa a la sociedad chilena, a través de conflictos sociales crecientes, resultantes de una mayor capacidad de organización y de articulación social, muchos de ellos sobrepasando la estrecha legalidad vigente, en función de las grandes desigualdades y, en particular, de la persistente inequidad distributiva en materia de ingresos del trabajo.¹⁹⁴

Las deficiencias del régimen político con la mantención de enclaves autoritarios, las insuficiencias democráticas derivadas del modelo socio-económico vigente, las limitantes en la constitución de actores y de canales institucionales de participación social, conllevan riesgos ciertos y crecientes de respuestas represivas y de polarización social con la consiguiente pérdida de legitimidad del sistema democrático¹⁹⁵.

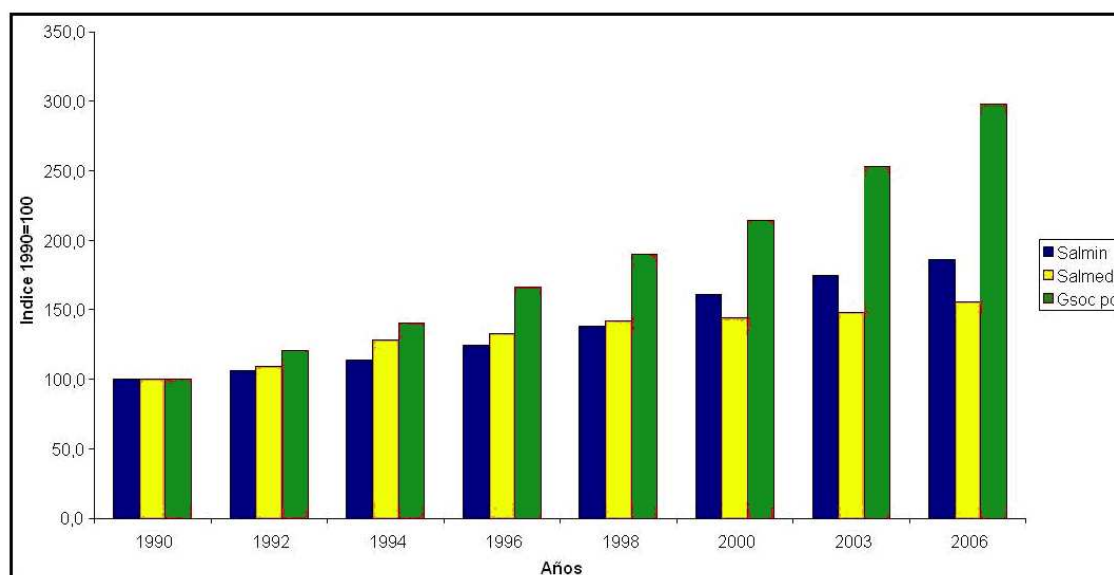
¹⁹⁴ FUENTES, Horacio. Entrevista. Santiago, CONTRAMET. 5 de diciembre de 2008. HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008.

¹⁹⁵ UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008.

3.3. Las políticas redistributivas.

Existe consenso que el gasto social como instrumento redistributivo, ha logrado avances sustanciales en la reducción de la pobreza en las últimos dos década, pudiendo contrarrestar, en una pequeña parte, la mala distribución de ingresos generada en el mercado laboral. Los datos estadísticos señalan que el gasto social no sólo creció rápidamente, aumentando su importancia como factor de contrapeso a la creciente desigualdad del mercado de trabajo, sino que su ritmo de crecimiento (7%) fue superior al crecimiento del PIB per cápita y al de los salarios reales en el período 1990 - 2006¹⁹⁶.

Gráfico 3: Evolución de los salarios (mínimo y medio) y del gasto social per cápita. Período 1990 – 2006¹⁹⁷:

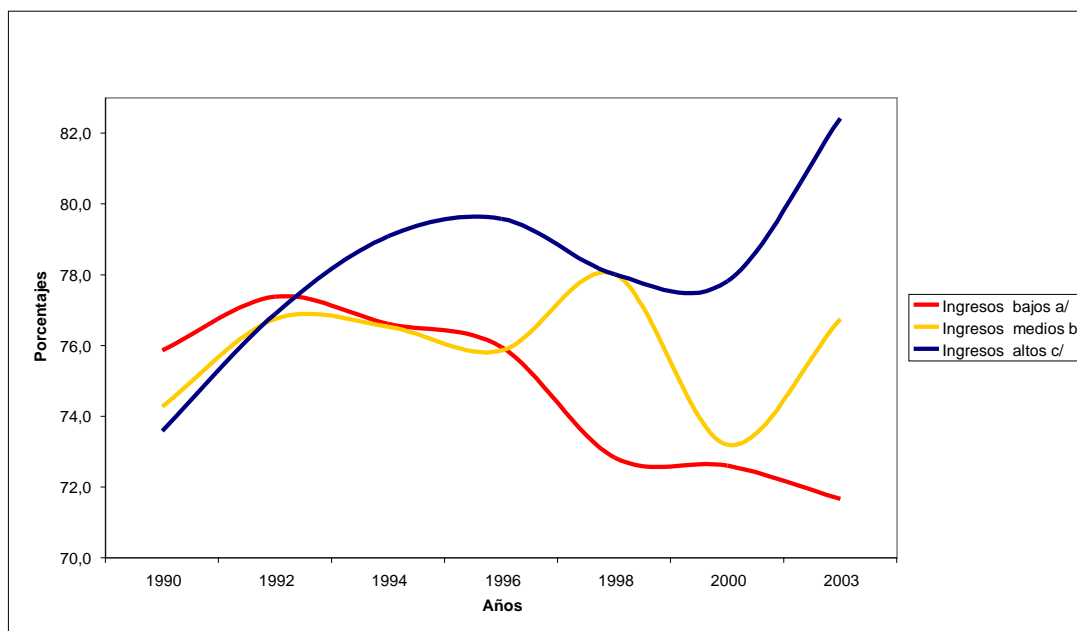


¹⁹⁶ INFANTE, Ricardo. *Nivel de vida: mercado laboral y gasto social*. En: 2° taller académico FIEL/CUT-FACEA/UCEN. Agosto de 2007.

¹⁹⁷ Gráfico elaborados por el economista Gonzalo Durán, ayudante de investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central de Chile, sobre la base de los Anuarios Estadísticos de la Dirección del Trabajo.

La política social, junto con su decisivo aporte a la reducción de la pobreza, ha conllevado que el mercado laboral y los salarios pierdan progresivamente importancia en la generación de los ingresos totales de los sectores económicamente más rezagados. De ese modo, el peso específico de los salarios ha disminuido desde un 75,9% en 1990 a un 71,7% en el 2003¹⁹⁸.

Gráfico 4: Relación entre el ingreso del trabajo y el ingreso total, por nivel de ingreso en los hogares. Período 1990 – 2003¹⁹⁹:



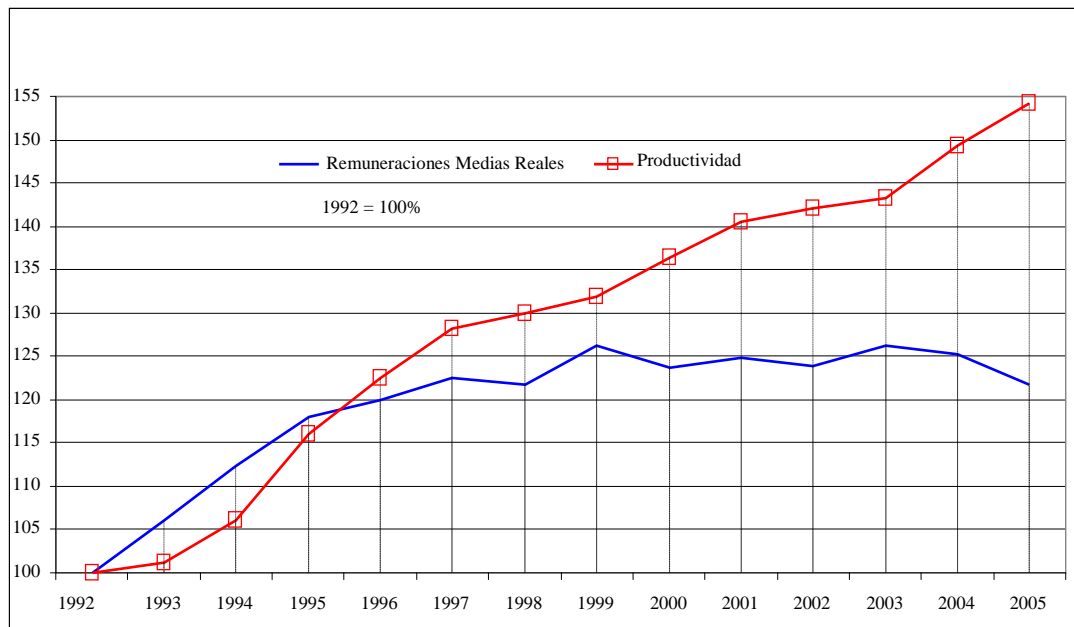
Sin duda, la dimensión más relevante en materia de ingresos debiese ser su distribución directa, a partir de una justa distribución de la productividad total de

¹⁹⁸ INFANTE, Ricardo. *Nivel de vida: mercado laboral y gasto social*. En: 2° taller académico FIEL/CUT-FACEA/UCEN. Agosto de 2007.

¹⁹⁹ Gráfico elaborados por el economista Gonzalo Durán, ayudante de investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central de Chile, sobre la base de los Anuarios Estadísticos de la Dirección del Trabajo.

factores. No obstante, la insuficiencia de los mecanismos de distribución funcional de los ingresos dejados a la libre determinación del mercado, así como las asimetrías contractuales entre las grandes empresas y las de menor tamaño y productividad, han producido un aumento creciente de la brecha entre el incremento de los salarios reales y el incremento de la productividad del trabajo, alcanzando ésta al 2006 un 30% de diferenciación²⁰⁰.

Gráfico 5: Evolución de las remuneraciones medias reales y de la productividad. Período 1992-2005²⁰¹:



²⁰⁰ VEGA, Humberto. *Análisis Remuneraciones Mínimas*. En: 1° Taller académico FIEL/CUT-FACEA/UCEN, Junio de 2007.

²⁰¹ Gráfico elaborado por el economista Gonzalo Durán, ayudante de investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central de Chile, sobre la base de los Anuarios Estadísticos de la Dirección del Trabajo.

Los datos sobre las significativas diferencias de productividad que devienen de la gran heterogeneidad productiva (empresas de alta, media y baja productividad) demuestran de otra parte que estas diferencias tampoco se reflejan en forma equivalente en los salarios. Si bien la productividad del estrato alto supera en 18,7 veces la del estrato de productividad baja, el salario medio del primero alcanza a ser sólo 5,3 veces el del segundo; algo semejante ocurre con las empresas del estrato medio, cuya productividad es 3,6 veces la del estrato bajo, en tanto su salario medio es sólo 2,3 veces mayor²⁰².

Cuadro 1: Ingreso del trabajo por ocupado, según estrato de inserción productiva. Período 1992-2003:²⁰³

Estratos de inserción productiva	1992	1994	1996	1998	2000	2003
Productividad Alta	190.942	288.958	373.568	374.920	407.949	402.608
EMPLEADOS Y OBREROS (E. 200 y mas personas)	157.800	217.316	298.853	322.319	372.451	353.623
EMPLEADORES (E. 200 y mas personas)	2.896.132	14.369.655	3.188.439	2.967.696	2.597.373	2.260.253
CUENTA PROPIA (prof. y técnicos)	328.919	398.832	728.285	823.191	698.388	921.094
Productividad Intermedia	130.390	185.232	224.089	266.594	333.937	313.667
EMPLEADORES (E. 10 a 199 personas)	1.180.835	1.375.221	1.675.322	2.114.492	2.268.829	2.486.570
EMPLEADOS Y OBREROS (E. 50 a 199 personas)	98.856	145.383	181.634	192.660	249.776	272.663
EMPLEADOS Y OBREROS (E. 10 a 49 personas)	116.464	168.111	204.255	235.617	267.193	230.677
Productividad Baja	129.790	154.442	222.894	260.724	273.062	318.953
EMPLEADORES (E. 6 a 9 personas)	688.779	875.541	1.483.071	1.402.683	1.447.862	2.119.686
EMPLEADOS Y OBREROS (E. 6 a 9 personas)	85.838	109.596	142.767	151.429	174.603	192.730
EMPLEADORES (E. < 5 personas)	482.302	542.664	788.553	929.161	949.038	1.099.207
EMPLEADOS Y OBREROS (E. < 5 personas)	70.222	93.755	116.167	124.936	144.096	147.257
CUENTA PROPIA (no prof. y técnicos)	127.653	148.940	216.085	259.715	244.458	277.431
Total	139.056	188.108	240.896	289.316	325.790	339.531

²⁰² INFANTE, Ricardo y FERES, María Ester. *La negociación colectiva del futuro en Chile*. Santiago, Fundación Chile 21, 2007. pág 10.

²⁰³ Ibid. Pág 11.

En síntesis, los breves antecedentes expuestos permiten abonar las hipótesis que supone una relación directa y de interdependencia entre estrategia de desarrollo y sistema de relaciones laborales.

3.4. Salarios y negociación colectiva.

La evolución de las políticas sociales redistributivas, con sus límites naturales derivados de la disponibilidad de recursos públicos, y la regresiva distribución factorial de los ingresos explican en gran parte el fuerte llamado del Presidente de la Conferencia Episcopal de la Iglesia Católica a los empresarios a cancelar salarios éticos, es decir, salarios justos, así como su significativo impacto público²⁰⁴. En efecto, éste se ha transformado simultáneamente en una interpelación, directa y franca, al sector empresarial y en una apelación urgente a todos los actores sociales y políticos de la sociedad chilena a concordar mecanismos adecuados y eficaces para una mejor distribución de la riqueza al interior del propio aparato productivo, más allá y en confluencia con el importante y decisivo rol de las políticas sociales del Estado.

Ello requiere articular y fortalecer las políticas públicas regulatorias, especialmente las laborales; también las de desarrollo productivo, de innovación tecnológica y de incremento de la productividad; todo ello de forma armónica y en función del mayor bienestar del conjunto de la comunidad nacional, en especial de sus trabajadores.

²⁰⁴ Monseñor Alejandro Goic, quien se desenvolvió como mediador en el conflicto entre CODELCO y los trabajadores subcontratados, manifestó que una de las causas por las que se llega a los conflictos son los bajos sueldos. Señaló que *“el sueldo mínimo debería ser transformado en un sueldo ético”*, agregando a lo anterior *“en el sentido de que por lo menos todos los que puedan, no paguen el sueldo mínimo legal, sino que por lo menos 250 mil pesos. Eso sería un primer paso”*. En este sentido: MONSEÑOR ALEJANDRO GOIC. Canal 13, Universidad Católica de Chile Corporación de Televisión. 3 de agosto de 2007.

Los salarios en una economía de mercado debiesen reflejar los incrementos de productividad del trabajo. Si bien, la creación de la riqueza global del país requiere de un esfuerzo conjunto, apoyado decididamente por el Estado, la distribución justa de la misma, en una economía social de mercado, requiere de mecanismos específicos de regulación; ello, en cuanto históricamente y en una experiencia que se reproduce en la actualidad, los mercados no regulados permiten una apropiación muy inequitativa de los incrementos de valor generados por la actividad productiva. En síntesis, la regulación de las relaciones sociales de producción son consustanciales a toda economía capitalista, con mayor razón en la actualidad en que el capital y sus estrategias operativas se encuentran globalizados.

La regulación de las relaciones laborales y de los mercados de trabajo han representando, históricamente, mecanismos políticos transaccionales para garantizar la pervivencia de la economía de mercado²⁰⁵. En particular, con la regulación de las relaciones colectivas de trabajo se persiguieron dos objetivos concretos: reconocer y regular el legítimo conflicto de intereses, encauzándolo legalmente hacia formas pacíficas de solución y de acuerdos; y, evitar la rigidez y el recargo de una protección social al trabajo basada sólo en la proliferación de leyes, las que por su naturaleza son homogenizantes, difíciles de modificar y de adaptar a cada realidad productiva. La negociación colectiva se convierte así en una fuente normativa adicional a la ley, que regula las relaciones de trabajo a partir de una relación de poderes equilibrada y autónoma de las contrapartes sociales; es decir, mediante el desarrollo de la autonomía colectiva.

La negociación colectiva constituye a su vez uno de los pilares fundamentales de una cultura de diálogo social, promoviendo la participación democrática y el logro de acuerdos entre los interlocutores socio-laborales. Las estructuras de diálogo social así como los procesos exitosos en otras experiencias comparadas demuestran, además, su

²⁰⁵ FERES, María Ester. *Salarios éticos ¿un desafío complejo en una economía de mercado?.* Revista Foro 21(60). Agosto, 2007.

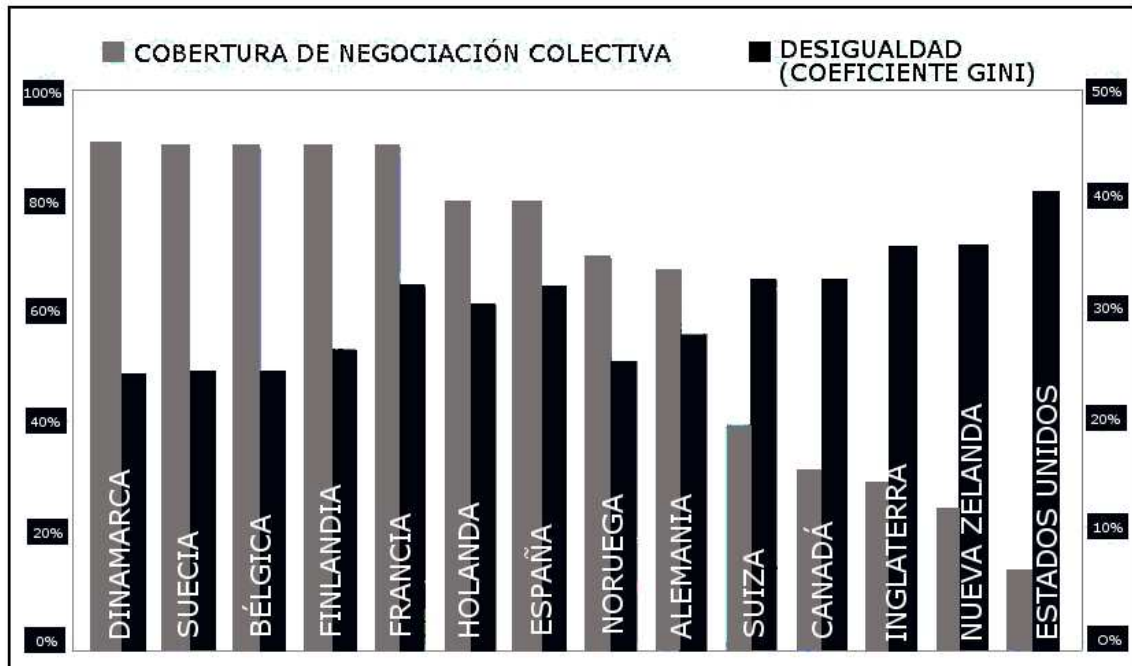
enorme funcionalidad para concordar, en los planos nacionales y locales, políticas económicas y sociales en base a estrategias de desarrollo que promuevan simultáneamente el crecimiento, la justicia y la paz social.

Las actuales normas vigentes, de clara inspiración neoliberal, no dan cuenta del objetivo de reconocer tanto la diversidad de intereses como la legitimidad del conflicto, ni de encauzar este último en forma positiva mediante reglas del juego que gocen de legitimidad social; no expresan una valoración de las contrapartes sociales, en especial del actor sindical; no conciben a la negociación colectiva como un instrumento relevante para una distribución factorial más justa de los ingresos del trabajo ni para el mejoramiento de la calidad de los empleos y la productividad de las empresas; menos se configuran como pilares en la gestación de una cultura y de una institucionalidad de diálogo social.

3.5. Desigualdad de ingresos.

La importancia de la sindicalización de los trabajadores para poder ejercer el derecho a la negociación colectiva, así como la relación entre la tasa de cobertura de la negociación colectiva con la relación igualdad-desigualdad de ingresos, tanto en Chile como en los países de la OCDE, la que se manifiesta en el “Coeficiente de Gini”, se constata claramente en diversos estudios especializados. A continuación entregamos algunos de los antecedentes que permiten graficar la situación expuesta.

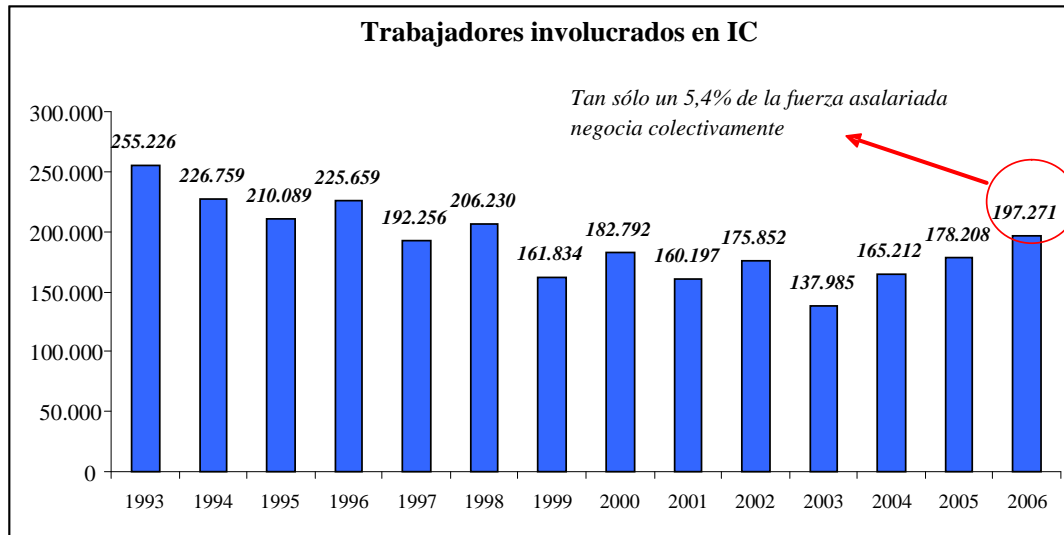
Gráfico 6: Cobertura de Negociación Colectiva y Desigualdad en los Ingresos (según Coeficiente Gini)²⁰⁶:



La figura anterior nos muestra la existencia de una correlación entre cobertura de la negociación colectiva y desigualdad de ingresos. Demuestra como los países que tienen mayor cobertura en sus instrumentos colectivos obtienen indicadores de desigualdad más sanos. En particular, la mayor desigualdad en ingresos en los países desarrollados la tiene Estados Unidos, que a su vez posee la más baja cobertura de negociación colectiva.

²⁰⁶ Gráfico presentado por Ron Blackwell, Economista AFL-CIO. Conferencia Internacional Trabajo y Equidad en un Mundo Global. Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad. Enero 2008.

Gráfico 7: Cobertura de la Negociación Colectiva en Chile²⁰⁷:



²⁰⁷ Gráfico elaborados por el economista Gonzalo Durán, ayudante de investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central de Chile, sobre la base de los Anuarios Estadísticos de la Dirección del Trabajo.

IV. PROPUESTA DE REFORMAS.

1. PRINCIPIOS A ERRADICAR.

Los principios definitorios del actual marco regulatorio de las relaciones colectivas de trabajo, y que constituyen a la vez los motivos y fundamentos para su cambio, se orientan claramente y entre otras finalidades a impedir interferencias sindicales en el funcionamiento del mercado de trabajo, la protección a ultranza de las facultades discrecionales del empleador, como proyección ilimitada de su derecho de propiedad, incluso más allá de los amplios alcances constitucionales²⁰⁸, y a resguardar un sistema de determinación salarial sustentado, salvo mínimas regulaciones, en la teoría económica de la formación de los precios en los mercados de bienes.

Estos principios se traducen un marco normativo con el cual se ha pretendido:

- i.** Condicionar el ejercicio y goce de derechos laborales fundamentales en a decisiones unilaterales los empleadores²⁰⁹;
- ii.** La fragmentación e individuación de los derechos colectivos, desconociendo la razón de ser de toda organización social, es decir, la representación de intereses sociales y colectivos²¹⁰;
- iii.** Consolidar jurídicamente el principio de individualización de la relación de trabajo;

²⁰⁸ Como señala Rafael Pereira: “Hoy tenemos una legislación laboral que se preocupa en demasía de dar protección al derecho de propiedad, en desmedro de otros derechos, y éste no debió haber sido nunca su objetivo. La garantía constitucional de protección del derecho de propiedad no tiene un rango mayor que otros derechos protegidos en los distintos numerales del artículo 19°. Hacer eso es interpretar de forma incorrecta la Constitución”. PEREIRA, Rafael. Entrevista. Santiago. Dirección del Trabajo. 9 de diciembre de 2008.

²⁰⁹ FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008.

²¹⁰ FUENTES, Horacio. Entrevista. Santiago, CONTRAMET. 5 de diciembre de 2008.

iv. Estatuir una reglamentación extrema, de rigidez regulatoria, destinada a desestimular drásticamente el ejercicio de la libertad sindical;

v. Generar una estructura negocial “atomizada”, que marginalice el ejercicio de estos derechos, sustentada en un particular concepto jurídico laboral de empresa elaborado precisamente para dichos fines;

vi. Proteger legalmente a los empleadores y no a los trabajadores (contradiendo la razón de ser del Derecho del Trabajo) al establecer, tanto una serie de prohibiciones en las materias sobre las cuales es posible negociar colectivamente de carácter irrenunciable para los primeros, como una gran cantidad de plazos fatales durante el procedimiento de negociación;

vii. Impedir la capacidad jurídica negocial de las asociaciones empresariales, es decir, la facultad de adquirir compromisos jurídicamente vinculantes para sus asociados²¹¹;

viii. Excluir a amplios sectores de trabajadores del derecho a negociar colectivamente, violando el principio de la Libertad Sindical y los convenios y tratados internacionales sobre la materia, todos debidamente ratificados por el Estado de Chile, y

ix. Negar, en la práctica, la huelga como un derecho transgrediendo los Principios y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos y ratificados por nuestro país.

²¹¹ Solo es posible una negociación pluriempresarial o suma de negociaciones colectivas, las que siempre deben suscribirse en cada una de las empresas, con el acucioso resguardo de que éstas sean voluntarias, en tanto sólo a nivel de empresa se plantea legalmente el deber de negociar.

2. HOMOLOGACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Nuestra legislación laboral y en particular el Libro IV del Código del Trabajo “De la Negociación Colectiva”, a los instrumentos y convenios internacionales sobre derechos humanos fundamentales, muy especialmente a los convenios sobre la Libertad Sindical, 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, suscritos y ratificados por el Estado de Chile, previa aprobación del Congreso Nacional, en el mes de noviembre de 1998.

2.1. La norma constitucional y la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos fundamentales.

Al respecto, el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República prescribe que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Si bien la jurisprudencia constitucional y los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia no se han pronunciado aún en forma unívoca en torno a la dialéctica entre el derecho internacional y su proyección en el orden el jurídico interno, ni en lo particular sobre la jerarquía de los tratados y convenios sobre derechos humanos fundamentales ratificados y vigentes, y por tanto de su operatividad en el ordenamiento jurídico nacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece en forma indubitable e ineludible el deber del Estado de garantizar, tanto en sus efectos verticales

(cuando el derecho subjetivo creado por la norma internacional sólo puede ser invocado por un particular frente al Estado, permitiéndole accionar en su contra) cuanto en sus efectos horizontales (derechos subjetivos a ser ejercidos entre particulares o privados) los contenidos de dichas normas y el ejercicio efectivo de los derechos en ellos consagrados.

La tendencia internacional bastante generalizada sobre la materia, al igual que el texto expreso del artículo 5° de la Constitución Política de la República ya citado, es la de reconocer la primacía de las normas internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno, o doctrina monista, otorgándoles el carácter de auto ejecutables. Siguen esta doctrina, entre varios otros, países como Alemania, Austria, España, Francia, Grecia, los Países Bajos, Suiza, los Estados Unidos y varios latinoamericanos, entre ellos, Brasil, México, Uruguay y Guatemala²¹².

2.2. El carácter de tratados de los convenios internacionales del trabajo.

La doctrina internacional es unánime en cuanto a otorgarle a los Convenios Internacionales del Trabajo la categoría de tratados internacionales, si bien se le reconocen características propias, incluso superiores a las de otros tratados, una vez que han sido ratificados internamente; ello, en tanto son acordados en asambleas tripartitas y no sólo gubernamentales, gozan de una eficacia especial, y disponen de un elaborado sistema de control.

Debido a que los mencionados tratados internacionales contienen normas de diversa índole, destacando particularmente la diferenciación entre normas programáticas o generales y normas auto ejecutables (normas precisas cuya aplicación directa o

²¹² VON POTOBSKY, Geraldo. *Los Convenios de la OIT, Una nueva Dimensión en el Orden Jurídico Interno*. Montevideo, 1997.

inmediata no se encuentra condicionada por otras), así como por la ausencia de una jurisprudencia nacional consolidada que asegure la prelación de las normas contenidas en los tratados internacionales en comento por sobre las del ordenamiento jurídico interno, se estima indispensable proceder a una homologación de nuestra legislación sobre libertad sindical, negociación colectivas y derecho a huelga, conforme a las normas internacionales que se encuentran ratificadas y vigentes.

Adicional a la homologación legislativa, y en conformidad al texto expreso constitucional, cabría esperar que nuestros órganos administrativos y judiciales, en concordancia con la asentada doctrina, en el ejercicio de sus respectivas responsabilidades interpretativas, procediesen a hacer primar el contenido y el espíritu de los Convenios sobre Derechos Humanos Fundamentales en el Trabajo, conforme a los compromisos del Estado de Chile, que se identifican a continuación.

2.2.1. Declaraciones y pactos de las Naciones Unidas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A, del 10 de diciembre de 1948, señala en el Preámbulo, en sus dos últimos Considerandos, que *“los Estados Miembros se han comprometido a asegurar (...) el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”*, y *“que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”*.

Dentro del conjunto de derechos subjetivos, se reconocen en su artículo 23, los siguientes:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la O.N.U., de diciembre de 1966, dispone en su Artículo 22:

“1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convención de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas

que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.”

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 8° dispone:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que

menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías”.

Estos Pactos sobre derechos humanos, instrumentos constitutivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debidamente ratificados por nuestro país, no sólo reconocen la libertad sindical como un derecho fundamental, sino que adicionalmente consagran la dimensión de tratado internacional del Convenio 87 de la OIT, reafirmando los derechos en él reconocidos como un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, conforme lo ha prescrito el artículo 5 de nuestra carta constitucional.

2.3. La libertad sindical.

Los valores y principios de la libertad sindical datan de 1919, se consagran en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT. 1919), se reiteran, complementando su Constitución, en la Declaración de Filadelfia (1944) y en la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento (1998). Ello implica el compromiso de los Estados miembros de garantizar su cumplimiento, aún sin haber ratificados los convenios específicos sobre la materia.

Según la OIT, los valores constantes de la Libertad Sindical hacen posible la constitución de organizaciones de empleadores y trabajadores dotadas de los medios que les permitan defender los intereses de sus miembros, convirtiéndose en un importante factor de justicia social y *“en uno de los principales cimientos para una paz duradera”*²¹³.

²¹³ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA O.I.T. *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª edición. Ginebra, 2006.

El Congreso Nacional, como ya se señaló, aprobó en noviembre de 1998 la ratificación del Convenio N° 87, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 9 de julio de 1948; y el Convenio N° 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación, adoptado por el referido organismo el 1 de julio de 1949. En julio del 2000, el Parlamento aprobó la ratificación del Convenio N° 151, relativo a las relaciones de trabajo en la administración pública, adoptado por la Conferencia de la OIT, en junio de 1978. A pesar de ello, gran parte de los contenidos de estos convenios no se han traducido en derechos laborales efectivos para los trabajadores chilenos, persistiendo un orden jurídico laboral que no sólo los reconoce muy parcialmente en algunas de sus disposiciones, sino que manifiestamente los infringe en materia de negociación colectiva y de derecho a huelga²¹⁴.

Más allá del propio orden constitucional que nos obliga en forma prístina a respetar los tratados internacionales sobre derechos humanos, de nuestras obligaciones con la ciudadanía de garantizar su reconocimiento, ejercicio y goce efectivo, existen las obligaciones del Estado de Chile con la comunidad internacional. En efecto, la Convención de Viena (ONU 1969) sobre el Derecho de los Tratados, reiterando el antiguo principio de “pacta sunt servanda”, compromete a las partes que han suscrito voluntariamente convenciones internacionales y que han procedido a su ratificación conforme a su derecho interno, a cumplir sus obligaciones integralmente y de buena fe.

Es tal la relevancia que la comunidad internacional le otorga al principio de libertad sindical como un derecho humano fundamental que en 1950 - 1951, producto de un acuerdo entre el Consejo de Administración de la OIT y el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, se procedió a crear un procedimiento especial para su protección, complementario a los procedimientos generales de control de aplicación de las normas de OIT, a cargo de un órgano también especial: el Comité de Libertad Sindical de su Consejo de Administración. Se trata del único organismo con facultades

²¹⁴ UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008.

para fijar el sentido y alcance de los convenios sobre la materia. De ese modo, el compromiso de los Estados al ratificar estos convenios alcanza tanto al cumplimiento de la letra de los mismos, así como a las complementaciones jurisprudenciales del órgano de control. Por ello, y conforme a sus reiterados pronunciamientos, no cabe entender la libertad sindical sin reconocer ampliamente, entre otros, el derecho de las organizaciones sindicales y de empleadores a negociar colectivamente y sin estatuir un efectivo derecho a huelga.

2.4. Liberalización de la negociación colectiva.

Conforme a los Convenios 87 y 98 de la OIT, el derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas (ya sea mediante la legislación o de acciones de otro tipo) deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado y su legítimo ejercicio impedido

Es por ello que se hace necesario, en cuanto a la negociación colectiva, flexibilizar y simplificar los procedimientos, reconociendo, entre otros, los siguientes objetivos:

i. Reconocer el rol esencial de la negociación colectiva y del sistema de relaciones laborales en la generación de una cultura y de una institucionalidad de diálogo social en el país.

Sobre la materia, los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, señalan que: *“Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores y sus*

organizaciones defienden abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, si no que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores”, o que: “No cabe limitar la acción de las organizaciones sindicales a la sola esfera profesional. En efecto, la elección de una política general, particularmente en el terreno económico, acarrea consecuencias que repercuten sobre la situación de los asalariados (remuneración, vacaciones, condiciones de trabajo)”²¹⁵.

ii. Promover una mayor autonomía contractual de los interlocutores sociales, para el logro de una mejor equidad distributiva mediante una efectiva negociación colectiva en torno a la distribución de los salarios (según los niveles de productividad de las empresas).

La autonomía de las partes sociales, la flexibilidad de los niveles de negociación, la titularidad de las organizaciones sindicales en la negociación colectiva, el reconocimiento del derecho a negociar colectivamente a todas y todos los asalariados, la libertad de las partes sociales para definir las materias de negociación, el ejercicio de un efectivo derecho a la huelga, etcétera, en la forma y con los alcances determinados en los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, forman parte de las ideas matrices para un proceso de reforma acorde al derecho internacional. A modo de ejemplo, puede citarse:

- *“El recurso reiterado a restricciones legislativas de la negociación colectiva sólo pueden tener, a largo plazo, un efecto nefasto y desestabilizador sobre el clima de las relaciones laborales si el legislador interviene (...) para suspender o anular el ejercicio de los derechos reconocidos a los sindicatos y a sus miembros. Además, esto puede minar la confianza de los trabajadores en el significado de la afiliación a un sindicato. Los posibles miembros o adherentes pueden verse así inducidos a considerar*

²¹⁵ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA O.I.T. op. cit. pág. 12

que es inútil adherirse a una organización cuya finalidad principal es representar a sus miembros en las negociaciones colectivas si comprueban que los resultados de las mismas se anulan a menudo por la vía legislativa”²¹⁶.

- *“la utilización de restricciones legislativas a la negociación colectiva sólo puede tener a largo plazo una influencia perjudicial y desestabilizadora de las relaciones profesionales, dado que priva a los trabajadores de un derecho fundamental y de un medio para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales”²¹⁷.*

Al planear modificaciones legales en nuestro ordenamiento interno debe tenerse en cuenta el reconocimiento del derecho a negociar colectivamente de todos los trabajadores asalariados, sin restricción alguna. En este sentido el Convenio 98 de la OIT señala en su artículo 4º, que la negociación colectiva *“es de aplicación tanto en el sector privado como en el de las empresas nacionalizadas y organismos públicos”²¹⁸*. Señala además que incluso *“los trabajadores temporarios deberían poder negociar colectivamente”²¹⁹*.

Adicionalmente, se debiera eliminar el excesivo reglamentarismo de los procedimientos aplicable en la materia, aligerándolos y suprimiéndolos aquellos que violentan los principios internacionales sobre la materia.

Las organizaciones sindicales deben ser las contrapartes laborales exclusivas de la negociación colectiva, y sólo admitir la negociación por otros representantes de los trabajadores en caso de ausencia de organización sindical. La posibilidad de que delegados de personal, que representen al 10% de los trabajadores, celebren convenios colectivos con el empleador, en el supuesto de que existan ya una o varias asociaciones

²¹⁶ Ibid. pág. 216.

²¹⁷ Ibid. pág. 212.

²¹⁸ Ibid. pág. 190

²¹⁹ Ibid. pág. 194

laborales no fomenta la negociación colectiva. Además habida cuenta del reducido porcentaje, puede menoscabar la posición de las organizaciones sindicales.²²⁰

En cuanto a la parte empleadora, para recoger con fidelidad los principios esenciales de los Convenios de la OIT, es necesario que se habilite expresamente a las “asociaciones empresariales” para ser contrapartes en la negociación colectiva en sus distintos niveles; cuidando, conforme a los planteamientos del Comité de Libertad Sindical, que los empleadores (no afiliados) puedan “*elegir la organización que consideren que mejor defiende sus intereses en el proceso de negociación colectiva*”.²²¹

En cuanto a las materias de la negociación colectiva, conforme al principio de libertad sindical, los planteamientos de OIT estatuyen que la legislación no debiese restringir las cuestiones que pueden ser objeto de negociación entre las partes sociales y que afectan a sus intereses mutuos.

En cuanto al derecho a huelga, la OIT, se ha pronunciado en forma categórica, señalando que “*el derecho a huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio 87*”. Se trata de “*uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones, en cuanto constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales*”.²²²

En atención a estas ideas, un proceso de reforma en cuanto a la libertad sindical y negociación colectiva, en nuestro país, debiese contemplar y regular (o desregular), al menos, el concepto jurídico laboral de empresa, la prohibición de materias susceptibles de negociar colectivamente, la representación de la parte empleadora en la negociación colectiva, la representación laboral en la negociación colectiva; el concepto de trabajadores involucrados, los grupos de trabajadores, los niveles de negociación y el ámbito de aplicación de los instrumentos colectivos

²²⁰ Ibid. pág. 202

²²¹ Ibid. pág. 209

²²² Ibid. pág. 115

3. Empresa y derechos colectivos.

3.1. Concepto de empresa.

El concepto jurídico laboral de empresa constituye un pilar de la normativa sobre negociación colectiva. Este concepto experimenta cambios constantes, por lo que, internacionalmente, no ha sido posible aún precisar, con consenso absoluto, un concepto económico de ella.

La noción dominante se sitúa en torno a “un proyecto de negocios” elaborado y comandado por una unidad matriz, la que se articula y relaciona para su implementación con otras unidades, tanto vertical como horizontalmente, manteniendo para sí todas las decisiones estratégicas. De ese modo, la unidad matriz, junto con determinar el bien a producir, diseña globalmente el proceso, supervisa indirectamente su gestión, optimiza su rentabilidad y se apropia de parte importante de esta última, a través de la comercialización del producto final²²³. Anteriormente, y en contraposición a la dinámica actual, el modelo se basaba en el control integral del proceso productivo; en la autonomía entre empresas; y en una gestión funcional jerárquica²²⁴.

En base a esto, se hace necesario, en el artículo 3º del Código del Trabajo, mantener el concepto de empresa, pero modificando su redacción, a fin de enfatizar en él la dimensión de unidad económico-productiva independiente. Además introducir un nuevo elemento, que consista en que, caso de colisión entre el concepto de empleador y el concepto de empresa, prime aquel más favorable para el ejercicio de los derechos individuales o colectivos de los trabajadores, según sea el caso, ello, en conformidad al

²²³ FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008.

²²⁴ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo*. En: INSTITUTO COMPLUTENSE DE ESTUDIOS INTERNACIONALES. El trabajo autónomo dependiente. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006.

principio protector y a la regla de interpretación “pro-operario”, ambos elementos de la esencia del Derecho del Trabajo. Además, debe considerarse dentro del concepto de empresa la calidad de beneficiario principal de la prestación de los servicios.

3.2. Materias objeto negociación colectiva.

Las propuestas en esta materia implican modificar una serie de disposiciones legales, muy principalmente los artículos 303²²⁵ y 306²²⁶ del Código del Trabajo, fijando lineamientos en los siguientes aspectos:

i. Definir como objeto susceptible de negociación colectiva y de diálogo social todas aquellas materias de interés, incluyendo temas salariales y de condiciones de trabajo.

ii. Introducir artículo específico en el Código del Trabajo, señalando que según niveles y representatividad de las partes actores, serán objeto de diálogo y negociación, a modo ejemplar, las siguientes materias:

- Efectos para los trabajadores respecto de los incrementos de la productividad;
- Capacitación y formación profesional;

²²⁵ Define la negociación colectiva, limitándola, al estatuirle un objeto restringido: las condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones.

²²⁶ Reafirma lo anterior y prohíbe negociar sobre materias que “restringan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma”. Esta última disposición (de gran inconsistencia jurídica, en tanto no existen materias negociables entre las partes que no afecten las facultades empleadoras descritas) ha dado fundamento a pronunciamientos judiciales que declaran nulas, entre otras, las cláusulas contractuales sobre compromisos empleadores que giran en torno a despidos masivos, con el argumento de que afectarían derechos irrenunciables del empleador. Se da así, y expresamente, el contrasentido de que la legislación laboral, eminentemente protectora del trabajador, se la haya pretendido transformar en una legislación protectora del empleador. En este sentido: FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008.

- Despidos y desvinculaciones masivas.;
- Seguridad e higiene en el trabajo;
- Cláusulas de paz social;
- Incrementos salariales;
- Mecanismos de resolución de controversias;
- Condiciones comunes e individuales de trabajo;
- Etcétera.

3.3. El rol del empleador en la negociación colectiva.

Conforme a los Convenios sobre Libertad Sindical de la OIT, la contraparte empleadora en la negociación colectiva puede estar compuesta por uno o más empleadores y por una o más organizaciones empresariales. El artículo 303 del Código del Trabajo, al definir la negociación colectiva, restringe esta contraparte a uno o más empleadores.

Las modificaciones legales, introducidas por sucesivas reformas desde el año 1990 a la fecha, han resguardado no afectar la matriz regulatoria original, generando una serie de disposiciones descontextualizadas, incoherentes, de ninguna o escasa eficacia jurídica.²²⁷

²²⁷ A modo de ejemplo y desde una perspectiva cuantitativa, las cifras muestran un estancamiento de la negociación colectiva e, incluso, un deterioro en razón de las cifras que existían al año 1990. En efecto, en base a los datos estadísticos dados por la Dirección del Trabajo, es posible concluir que no ha habido mayor variación de los niveles de cobertura de la negociación colectiva en Chile: a partir del supuesto que

Las modificaciones legales hasta ahora, presuponen una participación “voluntaria” de más de un empleador e incluso de asociaciones empresariales²²⁸, ya sea en la forma de negociación supraempresa o en un declarativo y confuso “derecho a convenir”, el que se otorga a otras organizaciones sindicales o se establece para sectores específicos de actividad.

En cuanto a la primera de estas formas, la negociación supraempresa, se dictan reglas de procedimiento, coherente con el D.L. 2.757 de 1979, parte del Plan Laboral, estableciéndose para las negociaciones más allá de una empresa, un complejo procedimiento que prevé, en sus inicios, en su discusión y en su aprobación, una representación directa del empleador y de los trabajadores de cada una de las empresas involucradas.

Por lo dicho, se hace necesario redefinir el concepto de negociación colectiva, incorporando, como contraparte empleadora, a “una o más organizaciones empresariales”, otorgándoles plena representación de sus afiliados, así como, eventualmente, dependiendo de su grado de representatividad, la facultad de extender

otorga una duración de dos años de los instrumentos colectivos, la tasa de cobertura de la negociación colectiva sobre la fuerza de trabajo asalariada sin considerar la Administración Pública, era de un 15,85% al año 1991; mientras que en el año 2006 es de 9,54%. En este sentido: ROJAS, Irene. *Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral*. *Revista Ius Et Praxis* (2): 195-221. nov. 2007.

²²⁸ En casos relacionados con esta materia, y que han tenido lugar en el último tiempo (trabajadores de CODELCO y trabajadores subcontratados de Celulosa Arauco), puede apreciarse la desarticulación y la falta de coherencia entre las antiguas y nuevas normas sobre negociación colectiva, así como la nula relevancia de estas últimas al interior de un sistema regulatorio que ni siquiera las incorpora subjetivamente. En efecto, estos conflictos fueron calificados ya fuese como ilegales de parte de los empresarios, o de “alegales” por personeros de Gobierno. En ambos conflictos, parece haberse olvidado totalmente la existencia de una norma legal expresa, introducida por la primera reforma democrática al Plan Laboral (Ley N° 19069 de 1991), la cual, por lo interesante de su contenido, se transcribe a continuación:

“Artículo 314. Sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.

Los sindicatos de trabajadores transitorios o eventuales podrán pactar con uno o más empleadores, condiciones comunes de trabajo y remuneraciones para determinadas obras o faenas transitorias o de temporada.”

obligatoriamente los acuerdos suscritos a todas las empresas del sector, subsector, territorio, localidad, etcétera.

3.4. El rol de las organizaciones sindicales.

En esta materia se propone:

- i.** Establecer que la representación de la contraparte laboral en la negociación, como regla general, la detentan sólo las organizaciones sindicales.
- ii.** Establecer un procedimiento básico común para la negociación colectiva de todas las organizaciones sindicales.
- iii.** Suprimir la negociación de grupos de trabajadores.

3.5. Ámbito de aplicación de los instrumentos colectivos.

El ámbito de aplicación se refiere tanto al universo de trabajadores y de empresas cubiertas por el proceso de negociación como a los alcances jurídicos de los instrumentos colectivos.

En este sentido se propone, en miras de obtener una estructura flexible de negociación, establecer la obligación de iniciar la negociación para la contraparte empleadora frente al emplazamiento de la organización sindical respectiva. Teniendo para esto, como un universo máximo, a todos los trabajadores actuales y futuros de la o

las unidades de negociación que lo suscribieron, y, como un universo mínimo, los actuales y futuros sindicalizados.

4. REFORMAS PROCEDIMENTALES Y DE OTROS CONTENIDOS LEGISLATIVOS.

4.1. En lo relativo a normas procedimentales propiamente tales.

Las propuestas de reformas precedentes requieren, para su plena eficacia, algunos cambios procedimentales para la negociación colectiva..

Éstas implican modificaciones en diversas dimensiones a los procedimientos actuales, particularmente en los inicios del proceso, por ejemplo:

- i.** Un procedimiento único, con la consiguiente supresión de los actualmente denominados semi reglados;
- ii.** El carácter siempre vinculante de la negociación (obligatorio para el o los empleadores), diferenciado su ámbito de aplicación sólo conforme a los grados de representatividad de la contraparte sindical y empleadora.
- iii.** Estructura y nivel negocial flexibles, según acuerdo de partes o por mero emplazamiento sindical;
- iv.** Las organizaciones sindicales como únicos sujetos negociadores de la parte laboral;

v. Extensión automática de la negociación y de los acuerdos, ya sea a todos los afiliados sindicales, ya sea a todos los trabajadores que componen la unidad de negociación.

Además, en el espíritu de recoger integralmente el sentido de la libertad sindical y de promoción de la autonomía colectiva, debiera establecerse, como norma general, el que las propias partes definan el procedimiento a seguir (autocomposición del conflicto), y, sólo en subsidio, operar según el procedimiento legal.

Todo lo dicho debe entenderse, protegiendo a los trabajadores por fuero sindical y por derecho a huelga.

4.2. La unificación procedimental y sus consecuencias.

Como los lineamientos procedimentales señalados tienen la característica de ser comunes a todos los procesos de negociación colectiva, cualesquiera sean las organizaciones sindicales que participen, del nivel de negociación de que se trate, y de los sectores laborales involucrados, ello implica:

i. Derogar las normas sobre negociación interempresa, sobre presentaciones de proyecto de contratos por otras organizaciones sindicales (fuera de los sindicatos de empresa), para trabajadores agrícolas de temporada, la diferenciación entre negociación colectiva reglada y no reglada, y, por supuesto la negociación por grupo de trabajadores.

ii. Lo anterior presupone también derogar el Artículo 305 del Código del Trabajo, el que excluye a determinados segmentos de trabajadores del derecho a negociar colectivamente.

4.3. Propuestas de modificación a otras disposiciones legales.

Entre otras normas legales vigentes, existen algunas más trascendentes y que han sido objeto permanente del debate laboral desde el retorno a la democracia. Se trata de las referidas al derecho de información de los trabajadores, a la extensión de beneficios obtenidos en la negociación colectiva a los trabajadores no involucrados o adherentes a ella, y al piso de la negociación.

4.3.1. El derecho a la información.

La entrega de información a los trabajadores sobre los estados financieros de las empresas, así como sobre diversas materias de su interés, tales como: gastos remuneracionales, en capacitación y formación profesional, los proyectos de inversión y las perspectivas productivas y de negocios de la empresa, constituyen todas dimensiones indispensables para una promoción del diálogo y la negociación tecnificada.²²⁹

El acceso a la información incide también en el nivel de participación de los trabajadores, en un mayor involucramiento de éstos con los desafíos de la empresa, conjuntamente con integrar los principios sobre transparencia en los negocios y de ética empresarial, concordados y promovidos nacional e internacionalmente.

Jurídicamente, el ejercicio de todo derecho laboral tiene, por lo general, como contrapartida a un sujeto empleador obligado a no impedirlo, cercenarlo, o con la

²²⁹ Esteban Hidalgo, se pronuncia respecto a la dificultad que existe para los sindicatos, en proceso de negociación colectiva, de contar con la información cabal del estado financiero de las empresas, además del retroceso en el derecho a la información desde 2001 a la fecha, producto de reformas específicas en esta materia. En este sentido: HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008.

responsabilidad de hacerlo efectivo. Las propuestas de reformas legislativas sobre el tema, avanzan por tanto en esas dos dimensiones:

i. Establecer el derecho de los trabajadores y sus organizaciones a estar permanente informados sobre todos aquellos aspectos relevantes que afecten su nivel de remuneraciones, condiciones de trabajo, estabilidad, proyectos de formación continua, y carrera laboral, y en general todas aquellas materias susceptibles de diálogo y negociación entre los interlocutores sociales.

ii. Estatuir la obligación de las empresas de entregar periódicamente a las organizaciones toda la información incidente en materias de diálogo y negociación.

iii. Previo y durante un proceso de negociación, establecer la obligación de proporcionar toda la información adicional que se requiera, fundadamente, por la contraparte sindical, recayendo sobre el o los empleadores la obligación de alegar y comprobar fehacientemente el carácter de confidencial de la misma.

5. RECONOCIMIENTO Y EJERCICIO EFECTIVO DEL DERECHO A HUELGA.

Conforme a los Convenios de Libertad Sindical y de los pronunciamientos del Comité de Libertad de la OIT el derecho de los trabajadores a la huelga, junto con representar un componente esencial de este derecho fundamental, constituye la principal medida legítima de presión de los trabajadores frente a la contraparte empleadora; de entre ellas sólo excluye las huelgas políticas, así como acepta su regulación en servicios esenciales cuya paralización afecte la vida y la salud de la población.

La efectividad de la huelga está dada por la circunstancia de que la contraparte sindical paralice las actividades de la empresa, presionando al empleador a dialogar y concertar acuerdos. En el menor de los casos, cuando el conflicto es parcial, por razones diversas, implica, a lo menos, la paralización efectiva de las funciones realizadas por los trabajadores en huelga.

5.1. Antecedentes.

Legalmente está se encuentra restringida a lo que se configura como procedimiento reglado de negociación colectiva; sólo es posible ejercerla cuando la negociación se da en el nivel de la empresa, entendiéndose ésta como persona jurídica o razón social y dentro del denominado procedimiento de negociación colectiva reglada o formal.

La legislación junto con prohibir el reemplazo de los trabajadores “involucrados” en la huelga simultáneamente lo permite, dentro de determinados plazos y exigencias condicionadas a los contenidos de la respuesta empleadora.

Nada en la legislación impide que el empleador subcontrate externamente la producción a ejecutarse por los trabajadores en huelga; ni tampoco la norma es clara respecto a la prohibición del reemplazo en la función ejercida.

Adicionalmente, se regula el reintegro individual de los trabajadores en huelga, de una forma que posibilita claramente presiones empresariales en tal sentido. Todo ello, sin considerar aún los numerosos plazos fatales y la complejidad de los mismos para hacerla efectiva, con el consecuente efecto jurídico favorable para el empleador en caso de incumplirse dichos plazos.

5.2. Propuestas para un reconocimiento del derecho a huelga y para su ejercicio efectivo.

Se proponen los siguientes lineamientos específicos, en relación a este derecho fundamental de los trabajadores:

i. Prohibición expresa del reemplazo de los trabajadores en huelga, tanto internamente como mediante la externalización de servicios, cubriendo esta prohibición la totalidad del período de huelga.

ii. Prohibición, por igual período de tiempo, del reintegro individual de trabajadores afectos al proceso de negociación, debido a que en la actualidad éste se presta principalmente a presiones empresariales y a prácticas antisindicales o desleales en la negociación colectiva.

iii. Que la violación de estas normas y la negativa empleadora a respetarlas, previa constatación de la Dirección del Trabajo, de r lugar a que ésta, o las organizaciones sindicales afectadas, soliciten autorización judicial para el uso de la fuerza pública forzando al respeto de estos derechos.

iv. Si bien la huelga debe aprobarse por la mayoría de los trabajadores, debidamente informados y ante ministro de fe, la oportunidad para hacerla efectiva debe ser definida por la o las organizaciones sindicales.

v. Los momentos para su aprobación así como para hacerla efectiva también deben definirse libremente por la parte sindical, respetando ciertos mínimos tiempo para dar espacio a un proceso previo de diálogo y negociación.

vi. Que el único límite legal para votarla y hacerla efectiva, esté relacionado con un período mínimo de dialogo.

CONCLUSIONES.

La tan esperada ley de subcontratación ha repercutido directamente en la forma de entender la regulación y protección del trabajo subordinado. Resultado de un profundo proceso de transformación de la organización empresarial y de la ordenación del trabajo subordinado con miras a poder hacer frente al nuevo panorama económico globalizado, abre las puertas para la incorporación de modalidades atípicas de contratación laboral que resultaban inimaginables hace algunas décadas. Este es el caso particular de la subcontratación de servicios personales y su repercusión en el concepto y rol tradicional del empleador, como asimismo, en la alteración de la bilateralidad que caracteriza y define una relación jurídica basada en el contrato individual de trabajo.

Con todo, a pesar de los avances normativos, se mantiene la deficiencia del sistema para garantizar efectivamente los derechos de los trabajadores. La circunstancia que se haya dejado fuera de la ley de subcontratación el derecho a la igualdad de trato entre el trabajador transitorio y el trabajador permanente de la empresa usuaria o no se avance significativamente en la promoción y defensa de los derechos colectivos de los trabajadores sigue demostrando que estamos aún a medio camino de tener un sistema jurídico de protección del trabajo que sea acorde con los valores de justicia social y de solidaridad.

En lo que respecta a la igualdad de trato, es claro que el legislador nacional producto de las arduas discusiones políticas que precedieron a la ley de subcontratación y, tal vez, con el fin de no encarecer esta forma de empleo, ante la presión de los grupos de pensamiento de corte más neoliberal, no incluyó una norma que, como vimos, suele ser de rigor en el Derecho Comparado, respecto del suministro de trabajadores, y que tiene por objeto asegurar un trato laboral igualitario entre trabajadores permanentes y transitorios, particularmente en el plano salarial, evitando que estos últimos tengan una categoría inferior o de segunda clase al interior de la empresa usuaria.

Este problema es de enorme relevancia si se atiende a las graves diferencias o discriminaciones que se presentan o que se pueden llegar a presentar respecto de ciertos grupos de trabajadores más vulnerables. Es por eso que resulta lamentable que la Ley 20.123 no haya buscado solucionar directamente el problema de las diferencias remuneracionales entre estos tipos de trabajadores, ya que sigue siendo plenamente legal establecer condiciones de remuneraciones inferiores para los trabajos suministrados, a pesar de realizar el mismo trabajo que los dependientes permanentes de la empresa usuaria.

No avanzar en este sentido implica perpetuar las condiciones de precariedad de los trabajadores transitorios que la ley de subcontratación procuró revertir, agravar la inequidad salarial ya existente en Chile y profundizar el estigma de ser trabajadores de segunda categoría, lo que contraviene el respeto mínimo que se debe a todo trabajo humano fundado en la dignidad de la persona que lo realiza.

Otro aspecto olvidado por Ley N° 20.123 son los derechos de sindicación y de negociación colectiva de los trabajadores transitorios, que al no recibir un tratamiento especial acorde con las particularidades de la relación jurídica triangular que da forma al suministro de trabajadores quedan sujetos a las reglas generales del Código del Trabajo, lo cual redundaría en su más absoluta ineficacia. Esto se explica, porque las posibilidades reales de poder constituir un sindicato de empresa en la E.S.T. se ven limitadas al operar éstas, por regla general, sin una plantilla permanente de trabajadores transitorios, ya que los contratarían únicamente a requerimiento de las empresas usuarias. Por esta misma razón las posibilidades de una negociación colectiva de los trabajadores transitorios con su empleadora son meramente nominales, sobre todo, si se tiene en cuenta que sus condiciones de trabajo no están determinadas directamente por su empleador, sino que por las empresas usuarias donde prestan servicios, las que tienen sus propios sindicatos y regulaciones colectivas, de los que quedarán marginados los trabajadores cedidos por la E.S.T.

En definitiva, sin una solución específica para esta nueva realidad laboral que remueve los cimientos tradicionales a partir de los cuales se construye la relación laboral normal y el reconocimiento de los derechos colectivos, las garantías fundamentales asociadas a la libertad sindical que Chile ha priorizado luego de la ratificación de los Convenios N° 87 y 98 de la OIT, amenazan por convertirse en privilegios o en normas de contenido vacío, lo que resulta grave si lo que se quiere es promover un desarrollo económico asociado verdaderamente a la justicia social. Propuestas como la homologación de la legislación sobre negociación colectiva a los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en especial, a los convenios sobre libertad sindical; y la liberalización de la negociación colectiva, buscan determinar nuevas formas de asociatividad sindical en el ámbito interempresa y establecer una negociación colectiva más flexible que incluyan también a los trabajadores que comienzan a ser marginados de la tutela del Derecho Colectivo del Trabajo por causa del crecimiento excesivo de formas atípicas de empleo.

No debemos olvidar que nuestro país se encuentra vinculado por la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, la que en su punto 2 señala que: "todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva".

BIBLIOGRAFÍA.

1. ARGENTINA. Ley de Código del Trabajo. 1976.
2. BENYON, Huw. Working for Ford. Harmondsworth, Penguin, 1971.
3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.069. 1991.
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.759. 2001.
5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.123. 2006.
6. BLACKWELL, Ron. Gráfico presentado en la Conferencia Internacional Trabajo y Equidad en un Mundo Global. 2008.
7. BOBBIO, Norberto. Liberalismo y Democracia. México, Editorial Fondo de cultura económica, 1989.
8. BRASIL. Ley Federal N° 6.019. 1974.
9. BRONSTEIN, Arturo. La subcontratación laboral. Seminario internacional sobre Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, Santo Domingo. 1999.
10. CASTELLO, Alejandro y ROSEMBAUM, Jorge. Subcontratación e intermediación laboral. Montevideo, Editorial Fundación de Cultura universitaria, 2008.
11. CHILE. Código Civil.
12. CHILE. Código del Trabajo.
13. CHILE. Decreto Ley N° 2347 de 1978.
14. CHILE. Decreto Ley N° 2376 de 1978.
15. CHILE. Decreto Ley N° 2756 de 1979.

16. CHILE. Decreto Ley N° 2758 de 1979.
17. CHILE. Decreto Supremo N° 76 de 2007
18. CHILE. Ley N° 4.055, que reforma la ley de accidentes del trabajo, de 1924.
19. CHILE. Ley N° 12.957, sobre seguridad interior del estado, de 1958.
20. CHILE. Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1968.
21. CHILE. Ley N° 16.757, establece beneficios para los empleados y obreros que ocupen las empresas que ejecuten trabajos de producción, mantención o reparación, de 1968.
22. CHILE. Ley N° 17.322, sobre cobro de cotizaciones previsionales, de 1970.
23. CHILE. Ley N° 18.372, modifica el Decreto Ley 2.200 de 1978, de 1984.
24. CHILE. Ley N° 18.620, aprueba texto del nuevo Código del Trabajo, de 1987.
25. CHILE. Ley N° 19.049, sobre centrales sindicales, de 1991.
26. CHILE. Ley N° 19.069, establece normas sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva, de 1991.
27. CHILE. Ley N° 19.759, modifica el código del trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica, de 2001
28. CHILE. Ley N° 20.123, regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, de 2006.
29. COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL DE LA OIT. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. 5ª edición. Ginebra, 2006.

30. CORIAT, Benjamin. El taller y el cronometro: ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa. 5ª. ed. Madrid, Editorial Siglo XXI de España, 2001.
31. COSTA RICA. Código del Trabajo de Costa Rica.
32. CRUZ VILLALÓN, Jesús. Outsourcing y relaciones laborales. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 2000.
33. DE LUCA-TAMAJO, Raffaele y PERULLI, Adalberto. Tema II: Descentralización productiva y derecho del trabajo (en sus aspectos individuales y colectivos). XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, París, 2006.
34. DEL REY, Salvador y LUQUE, Manuel. Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual. Valladolid, Editorial Lex Novoa, 2001.
35. DIESTE, Juan Francisco. Responsabilidad laboral derivada d las distintas formas de tercerización del trabajo. Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. Montevideo, Editorial FCU, 2000.
36. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 5487/259, de 22 de septiembre de 2009.
37. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 141/5, de 10 de enero de 2007.
38. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 141/5, de 10 de enero de 2007.
39. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 5.299/249, de 14 de septiembre de 1992.
40. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 5.845/365, de 30 de noviembre de 1999.
41. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 649/22, de 9 de febrero de 2005.
42. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Los Riesgos de la Subcontratación. Santiago, Departamento de Estudios. 2006.

43. DURÁN, Gonzalo. Gráficos elaborados sobre la base de los Anuarios Estadísticos de la Dirección del Trabajo. 2007.
44. ECHEVERRÍA, Magdalena. El otro trabajo. Departamento de estudios, Dirección del Trabajo. Cuaderno de Investigación N° 7. Santiago, 2001.
45. ERMIDA, Oscar y CASTELLO, Alejandro. Las empresas de trabajo temporal. Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del trabajo. Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2000.
46. ESCRIBAR, Héctor. Tratado de Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Zig-Zag, 1944.
47. ESPAÑA. Estatuto de los Trabajadores. 1984.
48. ESPAÑA. Ley N° 29, de 1999.
49. ESPAÑA. Ley N° 50, de 1990.
50. FERES, María Ester e INFANTE, Ricardo. La negociación colectiva del futuro en Chile. Santiago, Fundación Chile 21, 2007.
51. FERES, María Ester. Corte Suprema y Desprotección Laboral. Diario La Nación. Santiago, Chile, 18 may., 2008.
52. FERES, María Ester. Entrevista. Santiago. Universidad Central. 4 de diciembre de 2008.
53. FERES, María Ester. Salarios éticos ¿un desafío complejo en una economía de mercado?. Revista Foro 21. Agosto, 2007.
54. FERNDANDEZ, Hugo y GAUTHIER, Gustavo. La tercerización y el Derecho del Trabajo. Revista de Derecho laboral. Montevideo, abril.-junio 1997.
55. FORD, Henry. Mi vida y mi obra. Barcelona, Editorial Orbis, s/f.

56. FUENTES, Carlos. El contrato individual de trabajo en la legislación chilena. Revista Laboral Chilena. Santiago, 1999.
57. FUENTES, Horacio. Entrevista. Santiago, CONTRAMET. 5 de diciembre de 2008.
58. GARMENDIA, Mario. Nuevo régimen de responsabilidad en subcontratación, intermediación y suministro de mano de obra (Comentario sobre leyes N° 18.099 y 18.251). Revista Tribuna del Abogado. Montevideo, 2008.
59. GODINHO, Mauricio. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. Sao Paulo, LTR, 2005.
60. GRZETICH, Antonio. La tercerización, piqueta fatal. Revista Derecho Laboral. Montevideo, 1997.
61. HERBERT, Marta y SILVEIRA, Jorge. Repercusión de la descentralización en el problema del desempleo. En: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. Montevideo, Editorial Fundación de la Cultura Universitaria, 2000.
62. HIDALGO, Esteban. Entrevista. Santiago. CGT - MOSICAM. 2 de diciembre de 2008.
63. HIERREZUELO, Ricardo y NUÑEZ, Pedro. Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo. 2ª Ed. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008.
64. HIERREZUELO, Ricardo. Intermediación e interposición laboral y descentralización productiva. Tratado del Derecho del Trabajo, Tomo II. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2005.
65. HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
66. IGARTÚA, Juan. Teoría Analítica del Derecho (La Interpretación de la Ley). Pamplona, Editorial AEE, 1944.
67. INFANTE, Ricardo. Nivel de vida: mercado laboral y gasto social. 2º taller académico FIEL/CUT-FACEA/UCEN, 2007.

68. KEYNES, John Maynard. Essays in persuasion. París, Gallimard, 1933.
69. LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. Santiago, Editorial LexisNexis, 2007.
70. LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2003.
71. LOPEZ, María. El empleador en las organizaciones empresariales complejas. Madrid, Colección de Estudios CES, 2007.
72. LORENZETTI, Ricardo. El fraccionamiento de la responsabilidad laboral. Revista de Derecho laboral. Buenos Aires, 2001.
73. MACCHIAVELO, Guido. Derecho del Trabajo. Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas. Tomo I. Santiago, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1986.
74. MARX, Karl. El Capital. Madrid, Siglo XXI Editores, 1975.
75. MIDEPLAN. Encuesta CASEN 2006.
76. MONEREO, José. Grupos de empresas y subcontratación. Grupos de empresas y Derecho del trabajo. Madrid, Editorial Trotta, 1994.
77. MONSEÑOR ALEJANDRO GOIC. Canal 13, Universidad Católica de Chile Corporación de Televisión. 3 de agosto de 2007.
78. OIT. Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Ginebra, 1983.
79. OIT. Convenio N° 181 de la, sobre las Agencias de Empleo Privadas, de 1997
80. OIT. Convenio N° 100 sobre Igualdad de Remuneración, de 1951.
81. OIT. Convenio N° 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, de 1948.
82. OIT. Convenio N° 96 sobre las Agencias Retribuidas de Colocación, de 1949.

83. OIT. Convenio N° 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, de 1949.
84. ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General. 1948
85. ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General. 1966.
86. ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General. 1966.
87. PALAVECINO, Claudio. La subordinación laboral: una relación en permanente cambio. Revista Laboral Chilena. Santiago, 1999.
88. PASCUAL, Martín. Entrevista. Santiago. CENDA. 7 de noviembre de 2008.
89. PEREIRA, Rafael. Entrevista. Santiago. Dirección del Trabajo. 9 de diciembre de 2008.
90. PEREZ DEL CASTILLO, Santiago. La subcontratación y otras formas atípicas de aportar trabajo a la empresa. Anales de Jurisprudencia Uruguaya: fallos de casación civil 92-93, Tomo I. Montevideo, Editorial Del Foro, 1994.
91. PLA RODRIGUEZ, Américo. La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. Montevideo, Editorial FCU, 2000.
92. PODER JUDICIAL. Corte Suprema. Rol N° 4.980-00. Sentencia de 20 de marzo de 2001.
93. PODER JUDICIAL. Corte de Apelaciones de Antofagasta. Rol 948/2007. Sentencia de 28 de enero de 2008.
94. PODER JUDICIAL. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 101/1990. Sentencia de 2 de abril de 1990.
95. PODER JUDICIAL. Corte Suprema. Rol N° 4.639/96. Sentencia de 4 de abril de 1997.

96. RASO, Juan. La contratación atípica del trabajo. Montevideo, Editorial AMF, 2000.
97. RIFKIN, Jeremy. La era del acceso: la revolución de la nueva economía. Barcelona, Editorial Paidós, 2000.
98. RIVERO, Juan. La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo. X CONGRESO Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. Madrid, Asociación Española del Trabajo y la Seguridad Social, Colección informes y estudios, 2000.
99. ROJAS, Irene. Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del plan laboral. Revista Ius Et Praxis. Talca, 2007.
100. ROJAS, Irene. Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual. Santiago, Editorial LexisNexis, 2004.
101. SOTELO, Adrián. La restructuración del trabajo, superexplotación y nuevos paradigmas del mundo del trabajo. México D.F., Editorial Itaca, 2003.
102. SUSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro, Editorial Renovar, 2002.
103. TAPIA, Francisco. El Concepto de empresa y los derechos sindicales en el Derecho chileno del Trabajo. Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer Arteaga. Santiago, 1998.
104. TERRADILLOS, Edurne. La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas. Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.
105. TOLEDO-FILHO, Manoel. Intermediação de mão de obra e solidariedade: o sistema brasileiro. XVIII Jornadas Uruguayas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Colonia del Sacramento, Editorial Fundación de la Cultura Universitaria, 2007.
106. TOSCA, Diego. La descentralización productiva (Anatomía y patología en Argentina). Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006.

107. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol 536/2006. Sentencia de 30 de agosto de 2006.
108. UGARTE, José Luis. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2007.
109. UGARTE, José Luis. Entrevista. Santiago. Universidad Diego Portales. 18 de noviembre 2008.
110. UGARTE, José Luis. La crisis de la subordinación y el nuevo trabajo autónomo. La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo. Santiago, LexisNexis, 2005.
111. UGARTE, José Luis. La subordinación jurídica: el concepto que nunca estuvo. Revista Laboral Chilena. Santiago, 2004.
112. UGARTE, José Luís. Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. Revista Ius et Praxis. Talca, 2006.
113. UGARTE, José Luis. Suministro de trabajadores y trabajo temporal ¿Empresas sin trabajadores?. Revista Laboral Chilena. Santiago, 1998.
114. URZÚA, Leandra. El vinculo de subordinación o dependencia como elemento del contrato de trabajo: jurisprudencia. Santiago, Editorial LexisNexis, 2003.
115. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo. El trabajo autónomo dependiente. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006.
116. VEGA, Humberto. Análisis Remuneraciones Mínimas. 1º Taller académico FIEL/CUT-FACEA/UCEN, Junio de 2007.
117. VENEZUELA. Ley Orgánica del Trabajo. 1999.
118. VERGARA DEL RIO, Mónica. Empresas de Trabajo Temporal en Europa. Organización Sindical y Negociación Colectiva. Departamento de estudios, Dirección del Trabajo. Cuaderno de Investigación N° 10. Santiago, 1999.

119. WIKIPEDIA. Henry Ford. [en línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Henry_Ford> [consulta: 10 de octubre de 2008].
120. WIKIPEDIA. John Maynard Keynes. [en línea] <<http://es.wikipedia.org/wiki/Keynes>> [consulta: 10 de octubre de 2008].
121. WORONOFF, Denis. Los Obreros de la Primera Industria Siderúrgica en Francia. El Movimiento Social. Paris, 1976.
122. WROBLESKI, Jerzy. Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica. Madrid, Editorial Civitas, 1985.

ANEXOS.

I. ENTREVISTAS.

1. MARÍA ESTER FERES.

Abogada

Directora centro de relaciones laborales de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Central.

Ex Directora del Trabajo.

4 de diciembre de 2008.

“En Chile no habrá negociación colectiva, mientras no exista un poder sindical que represente intereses colectivos”.

- La Ley N° 20.123, si bien constituye un avance en las materias que trata, omitió referirse respecto a algunos tópicos, como los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrado. Según usted, ¿en qué status se encuentran éstos hoy en día?

María Ester Feres: No existen. Tal como están las cosas actualmente, en Chile no existen derechos colectivos para los trabajadores subcontratados y suministrados. Si comparamos con la experiencia que hay en otros países al respecto, está claro que estos trabajadores no tienen ningún derecho colectivo efectivo. En Estados Unidos los trabajadores del área de la agroindustria, al ser, en su mayoría, inmigrantes, trabajadores ocasionales e incluso ilegales, y teniendo en cuenta además que todos miran para el lado porque les pagan menos, son representados en la negociación colectiva, por la Federación de Camioneros de California. A lo que quiero llegar, es que en derecho comparado es común que en ciertas circunstancias sea posible que se tome la representación para sectores de difícil asociatividad por otro gremio sindical.

En Chile, dado que por ahora estas figuras son derechamente un negocio, no sucede nada de eso. Acá se pone a Estados Unidos como un referente respecto a todo lo que tiene que ver con liberalización y flexibilidad del mercado de trabajo, lo que no deja de ser un mito. Aquí no se menciona que en Estados Unidos, el símil de la Dirección del Trabajo no tiene reducidas sus facultades al momento en que termina el vínculo laboral. Por ejemplo, en toda la rama del vestuario, se subcontrata la parte del etiquetado donde los trabajadores se desempeñan en sus propias casas, lo que facilitaría mucho el despido de éstos sin que se den por enterados. Sin embargo, si en el intertanto el trabajador es despedido, este organismo equivalente a la Dirección del Trabajo, tiene la facultad de investigar hasta dos años para atrás, va a los lugares de trabajo, busca testigos y finalmente ordena el pago. También establecen una jornada ordinaria máxima de 40 horas semanales y todo lo que se trabaja extra a esta jornada se paga con 50 % de recargo. Muchos oportunistas hablan de que esto se produce por una autorregulación del mercado, lo que no puede ser más falso; efectivamente se regula, pero se regula porque el órgano equivalente a la Dirección del Trabajo tiene las facultades para controlar.

Sin perjuicio de lo anterior, creo que la Ley de Subcontratación plantea varios problemas, siendo el ejercicio de los derechos colectivos sólo uno de ellos. Yo fui muy partidaria de dicha ley, trabajamos mucho en ella en la Dirección del Trabajo. De hecho,

sus primeros estudios comenzaron alrededor de 1996, por lo que sé perfectamente de lo que hablo. Nosotros en la Dirección promovimos la Ley de Empresas de Empleo Temporal. Sigo creyendo que en otros países, en que no son yanacónas como nosotros, este tipo de leyes han cumplido una función importante, de puerta de entrada al mercado laboral, de intermediación entre oferta y demanda de empleo, de capacitación de trabajadores, de fomento al micro-emprendimiento, al nuevo emprendimiento, de jóvenes principalmente, porque una de las causales habilitantes para el suministro, son el iniciar una empresa y durante seis meses, la empresa usuaria puede formar, dirigir y capacitar a los trabajadores, y además la empresa de servicios temporales la ayuda a hacer la selección, etcétera. En muchos países europeos, e incluso en Estados Unidos, ha ayudado a mitigar la precarización del empleo en los sectores más vulnerables, de origen negro, latino, las mujeres, jóvenes.

Sin embargo, no puedo dejar de reconocer que estas figuras, tanto la subcontratación como el suministro implican algo mayor, muy sustantivo. En nuestros estudios de las experiencias comparadas, constatamos que éstas rompían la bilateralidad clásica de la relación contractual, triangulizaban los sujetos de las relaciones de trabajo. Por otro lado, y en relación a los fundamentos de la ley, se le plantea al Derecho del Trabajo una función que nunca le fue propia. El Derecho del Trabajo siempre ha tenido como objetivo, por medio de la desigualdad jurídica, reponer la desigualdad económica de hecho, por lo tanto la función tutelar es fundamental, y aquí por primera vez en un cuerpo legal, se plantea el tema de una legislación laboral “pro empleo”, se le asigna al derecho laboral la función de crear empleos. Esto debería solucionarse por otras vías, no por la legislación laboral.

Hay que señalar también, que al crear la Ley 20.123, no se asume que esta implica la violación de un principio fundamental, que es el de la igualdad de trato. Por medio de la subcontratación y del suministro, especialmente con este último, se rompen muchos de los principios del Derecho del Trabajo, como asimismo, convenios ratificados por Chile, no sólo de la OIT, como los de igualdad de trato, el Convenio 100

sobre igualdad de remuneración que dice que a igual trabajo igual remuneración, y, en general, todos los pactos y convenios sobre derechos humanos fundamentales, en relación al principio de la igualdad y no discriminación.

Todo esto, se agudiza con el sistema de relaciones colectivas que tenemos en Chile, que es un sistema que se mantiene incólume desde el Plan Laboral y que tiende a desestimular la negociación colectiva por su excesiva regulación. Por ejemplo, los plazos que contempla, éstos, al vencer, por lo general producen efectos de derecho en favor del empleador.

- Además, la negociación colectiva está radicada solo a nivel de empresa ...

M. E. F.: Claro, aunque hay obstáculos más importantes que ese. Antes que eso, por ejemplo, tenemos el concepto de empresa que se maneja en Chile, principalmente por nuestros tribunales.

Como ustedes deben saber, en economía no hay una definición unánime de empresa, a nivel internacional no existe una definición de empresa. Algo que caracteriza a estos fenómenos de globalización, es que tienen que ver con el cambio del paradigma organizacional de la empresa, con la empresa como proyecto de negocio, que descentraliza, que desconcentra, parte importante de las actividades que no son estratégicas. Las actividades estratégicas son el diseño del producto, sea material o inmaterial, siendo éste su objetivo mayor, su diseño; el diseño del proceso de supervisión de la cadena productiva, la protección del producto final y la puesta de éste en el mercado. Entonces, cuando constatamos la existencia descentralización, de cadenas de subcontratación, desde un punto de vista económico, hay empresa.

Si tú buscas, por ejemplo, una definición de empresa de la UNCTAD, que es precisamente una de las instituciones de Naciones Unidas preocupadas del tema del desarrollo, o la definición de la OCDE, la Organización de Cooperación para el

Desarrollo, o de la propia OIT, verás que definen a la empresa en términos amplios, como una unidad económica que abarca desde que se idea, se crea el negocio, hasta la distribución misma del producto final.

Sin embargo, nuestros tribunales, con una alta dosis de irresponsabilidad, han optado por un concepto ultra formalista y alejado de la realidad, en que una empresa es sinónimo de razón social. Sin embargo, aún cuando el Tribunal Constitucional no hubiese impugnado el concepto de empresa que se propuso en el proyecto de ley de subcontratación, o es más, si se reformara el artículo 3° del Código del Trabajo, el problema mayor sigue estando en otro aspecto: el concepto de trabajadores involucrados. Este concepto implica que la negociación colectiva en Chile es una negociación individual, porque no hay ninguna otra parte en el mundo, excepto aquí, donde exista el concepto de “trabajadores involucrados”. Nuestra negociación colectiva, sea del tamaño que sea el sindicato y/o la empresa, es una negociación donde no existe una voluntad colectiva de parte del sujeto trabajador. Esta característica de la negociación lleva a absurdos tan grandes como, por ejemplo, que tú puedes estar en un sindicato, pero si tienes un convenio colectivo vigente, no entras en la nueva negociación; es decir, el sindicato representa sólo a sus afiliados y ni siquiera en todas las circunstancias.

El concepto del interés colectivo no está reconocido por las relaciones laborales colectivas; el sindicato representa a sus afiliados siempre que no estén cubiertos por otro instrumento colectivo, generalmente un convenio; tú puedes entrar al sindicato de una empresa, se te hacen extensivos los beneficios, pero si por cualquier motivo la empresa interrumpe la relación laboral por medio día, por un día y después te recontrata, deja de tener validez para ti el instrumento colectivo. Entonces, estamos hablando, queramos o no, de un sistema de negociación colectiva que no es colectiva, porque no está el interés común, no está la representación común de estamentos laborales, aun cuando fuese en la empresa. Sigue siendo la suma de individualidades, de Juan, de Pedro, de Arturo, de Mario, que están en el sindicato en este momento, y están en la empresa en este

momento, no tienen inconvenientes en negociar, no están entre aquellos que no pueden negociar, que son los que tienen contrato colectivo vigente, más aquellos que voluntariamente, cierto, pero en forma expresa adhirieran como individuos a la negociación, o sea, aquí no hay negociación colectiva, mientras no haya una representación sindical que represente intereses colectivos.

También existe otro tema, que a mí me inquieta muchísimo y que me voy a dedicar a estudiar en el futuro, que es la situación que se produce cuando el ejercicio de un derecho humano fundamental es dejado al arbitrio de decisiones de terceros. No me refiero al hecho de que se cumpla o no, no estamos hablando de la eficacia horizontal y vertical de los derechos laborales, sino que estoy hablando que si existe un sindicato de empresa, y la empresa se divide, ese sindicato, más allá de lo que diga la Dirección del Trabajo en sus dictámenes, ya no sigue siendo sindicato de empresa, porque ya no cabe dentro del concepto de sindicato de empresa, sino de sindicato interempresa. Lo mismo ocurre con la negociación. Por ende, tenemos derechos humanos fundamentales que están dependiendo de decisiones de terceros, independiente de si hay o no buena fe o de si es lo más racional desde el punto de vista económico, al dividirse la empresa o juntarse después en un holding o que se externalice parte de las funciones productivas. Todo ello incide en el ejercicio de un derecho humano fundamental, y así está sancionado por la propia legislación, y eso es un tema no menor desde el punto de vista de la relación jurídica.

Nosotros recién estamos generando doctrina en materia de derechos humanos fundamentales en la empresa, está recién desarrollándose. En la Dirección del Trabajo hay 4 ó 5 abogados jóvenes dedicados completamente al tema, que han sacado buenos dictámenes al respecto, pero de aquí a que los jueces entiendan algo, estamos a años luz, faltan mucho camino por recorrer.

Esto que yo les comento, sobre los derechos humanos fundamentales, cuyo ejercicio, por ley, queda sujeto a decisión de un tercero, lo alcancé a conversar con Juan

Bustos antes de que falleciera. Él fue un gran especialista en derechos humanos. Fui a presentarle un informe a la bancada, porque me lo habían pedido, y él había sido elegido recién presidente de la Cámara. Conversamos sobre trabajar en generar doctrina, en exponer el tema, empezar a discutir, pero todo quedó “stand by” tras su muerte.

Una muestra de nuestra poca recepción al tema de los derechos humanos, es lo que sucede hoy, que se está intentando aprobar una ley antidiscriminación, establecer un recurso de aplicación ad hoc, para resguardar el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación. Es increíble tener que haber creado una modalidad especial de tutela de derechos humanos fundamentales, y que más encima, tenga una aplicación restringida, sólo durante una relación laboral vigente y no una vez que se perdió el empleo.

Es evidente que por estar en pañales la materia no hay doctrina, y casi no hay jurisprudencia, o sea, no se crea derecho. No tenemos la dinámica jurisprudencial uruguaya, no existe la dinámica jurisprudencial española, o la argentina. En Argentina, se acaba de dar un golpe brutal al peronismo, sacando una “súper” resolución, fallando todo en base a los convenios de la OIT, señalando que el tema de representación única que ellos tienen, implicaba un tipo de monopolio sindical que debe abrirse a la pluralidad. Ha causado un revuelo en el mundo, lo han comentado los españoles, los franceses, los uruguayos, los argentinos, pero acá, nada.

Nuestro gran problema como comunidad jurídica laboral es que nuestros jueces tienen una formación civilista. De hecho, esta formación ha provocado una doctrina jurisprudencial que es absolutamente contraria a los principios del Derecho Laboral. Un aspecto importante, y a propósito de la batalla que dieron los subcontratados de CODELCO, es que la Dirección del Trabajo no tiene facultades para calificar el vínculo laboral. ¿Se darán cuenta estos ministros de las implicancias que tiene esa interpretación absurda? Es decir, la Inspección no podría instruir ni siquiera respecto de la última mujer que trabaja en la informalidad en esta Universidad, que se escrete su contrato de

trabajo, por lo cual, no sólo no se impide la escrituración, sino que está impedida de ver jornada, salario, remuneración, nada.

Después está la otra gran teoría de los actos propios, la que establece que si alguien tiene una relación de subordinación y dependencia, pero durante el tiempo ha accedido a que esta relación sea de carácter civil, y sea a honorarios, provocaría un efecto jurídico que por sus propios actos se sale de la tutela del Derecho Laboral, renunciando a un derecho que es eminentemente irrenunciable. Esta teoría me parece increíble.

Nuestros tribunales no es que estén interpretando la ley, sino que la están modificando. Nuestra queridísima Corte Suprema está cayendo por tanto en una inconstitucionalidad mayor. Lamentablemente en la judicatura sólo nos encontramos con 2 ó 3 excepciones que saben Derecho Laboral y dictan interesantes fallos. Son abogados integrantes generalmente, como María Eugenia Montt y Rafael Carvallo, pero son sólo eso, excepciones. La tendencia es que nuestros tribunales superiores fallen en contra de los principios del Derecho Laboral y los Convenios de la OIT incluso ratificados por Chile, pero en este país nadie dice nada, casi no se escribe en las universidades ¿dónde se escribe? Incluso algunas ONG, que están llenas de abogados laboristas, tampoco dicen mucho, porque mal que mal todavía son abogados y tienen que llevar los casos a los tribunales, y al final los tribunales son los que fallan.

- Usted misma señaló que el proyecto de ley de subcontratación nació en la Dirección del Trabajo. Considerando que la ley ya tiene dos años de vigencia ¿Qué balance hace usted desde que el proyecto salió de la Dirección del Trabajo hasta ahora?

M. E. F.: Murió. Desde la Dirección del Trabajo salió un buen proyecto y murió. Y murió por problemas políticos. Se aprobó casi por unanimidad en la Cámara y en el Senado ganó la línea más progresista del Gobierno, ganó el ministro Andrade. Varias

empresas, grandes empresas en Chile, comenzaron a regularizar y a internalizar trabajadores; en el sector bancario fue muy sintomático. Hasta ahí, todo bien.

Sin embargo, el ala que había perdido en el Gobierno, que cuenta con dos ministros dentro de CODELCO, impugnó, mediante recurso de protección las facultades de la Dirección del Trabajo para calificar el vínculo laboral en situaciones de subcontratación. En un fallo inaudito de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que jamás se hubiese esperado, ya que era la Corte más proclive y mas pro-labor que teníamos en todo Chile, pero aparentemente ante la fuerza e influencia de CODELCO, emitió un fallo, que ratificó la Corte Suprema, que declaró la imposibilidad de calificar si hay suministro legal, subcontratación legal o fraude a la ley, respecto de quien se está bajo vínculo de subordinación o dependencia. Se murió la ley.

Esta es ahora la gran salida, maravillosa, que encontraron, que cambia las facultades históricas de la Dirección del Trabajo. Todos los países del mundo contemplan, empezando por EEUU, su Oficina de Horas y Salarios, que es el equivalente a la Inspección del Trabajo, o la OSHA, que es la oficina que fiscaliza seguridad e higiene, todos, todos los fiscalizadores en materia laboral, comienzan por calificar el vínculo, porque si no, no se puede hacer exigir el respeto a la ley. Entonces hoy día, aceptando que no se tendrían facultades, se plantea esta temática de la legitimación activa; lo peor de todo, para mí, es que este proyecto nace desde la misma Dirección del Trabajo.

Bueno, no sé que le pasó a todos estos “niños”, a Cristián Mella, a Rafael Pereira, a todos ellos que uno formó, los promovió, los mandó a estudiar fuera, etcétera, y ahora me salen con esto de que el proyecto de la legitimación activa lo armaron ellos, porque no hay espacio político, no hay espacio político, pero yo ya no me puedo meter. Piensen ustedes que ahora van a fiscalizar la subcontratación y el suministro y le dejan un papelito a los trabajadores, un papelito, diciendo que según la opinión de la Dirección del Trabajo existiría simulación... que a todo esto, es otro gran tema jurídico ¿por qué

meten la simulación cuando hay fraude a la ley? El fraude a la ley previsto en la subcontratación y el fraude a la ley previsto en el suministro por el mero mandato legal produce sus efectos. No es necesario asimilarlo a la figura de la simulación, y ellos, desde sus primeros dictámenes, se fueron por esa vía.

La legitimación activa lo único que provocará es que se van a empapar de causas a los nuevos tribunales laborales, que aún no los tenemos y esperamos que lleguen a Santiago en agosto de 2009. Que no sean como los Tribunales de Familia, en el sentido de tener como 3 ó 4 años de ajustes. Que los jueces aprendan de verdad Derecho Laboral. Va a haber una gran masa de trabajadores sin contrato, que serán enviados a tribunales para que definan su situación laboral, pero en el intertanto serán despedidos. Además, tendrán cero experiencia jurídica, olvídense, con la precariedad y la educación promedio de nuestro país, ¿cierto? Y eso que no estamos considerando que la duración promedio de las relaciones laborales en nuestro país es de 4 meses, a pesar de que el 70% de los contratos son indefinidos ¿por qué se preguntarán ustedes? Porque si el trabajador no cumple el año, es más barato despedirlo antes de tiempo si tiene contrato indefinido que si está contratado a plazo o por obra, ya que no puede aplicarse el artículo 161 en estos últimos, porque el empleador ya usó la facultad de contratar mediante una figura atípica.

En el esquema del contrato indefinido es más barato despedir, dando por supuesto el aviso anticipado, ya que solamente correspondería pagar las vacaciones proporcionales, lo que no ocurre con un trabajador con contrato a plazo o por obra, en que habría que pagarle los meses que restan para terminar el contrato.

Pero, en fin. Se supone que vamos avanzando y hay que jugársela por la justicia laboral no más, aunque no tengamos judicatura especializada. Si bien hay una Sala especial en las Cortes de Apelaciones, una sala de lo social, en la Suprema olvídate... “Me da una pica”, porque gran parte de estos ministros, como Adalís Oyarzún, fueron de mi generación en la Universidad de Chile, un par de años más arriba que yo, y éramos

más o menos de la misma línea política y ahora son mucho más conservadores. En sus fallos evaden aplicar los principios del Derecho del Trabajo, mediante criterios civilistas, que poco tienen que ver con nuestra disciplina.

Dicen que ahora el ministro Andrade, al que yo quiero mucho, aunque no sé qué le pasó, tanta muñeca política, va a echar abajo otro engendro jurídico, que a nadie se le pasó por la mente. Esto es que, por el mero mandato de la ley, los empleadores, de acuerdo a la norma transitoria de la ley de salario mínimo, de la ley de semana corrida, de salario base, tengan que ajustar los contratos, a fin de meter las comisiones y alcanzar un sueldo base no inferior al mínimo. Yo lo encuentro lapidario ¿y si se pactaron por contrato colectivo las comisiones?

Ese es un gran tema, que en la empresa privada lo han aplicado muy bien, pero es una brutalidad desde el punto de vista jurídico, una “bru-ta-li-dad”; es que es una brutalidad, desde el punto de vista jurídico. Ni en derecho civil, por ley tú puedes permitir que una de las partes cambie las cláusulas de lo pactado, y a su mero criterio decida cuáles pasan a ser parte del fijo y cuáles no.

Vamos a ver cómo va a incidir, así como incidió lo de la jornada semanal cuando bajó a 45 horas, tuvimos tres años de ajustes. Todos los estudios demuestran que el pago de la reducción de jornada fue devastadora, lo pagaron los trabajadores, hay estudios espectaculares sobre la materia, con fundamentos indesmentibles, impresionantes, y ahora me salen con esto. Ahora sale mi querido ministro, diciendo que parece que se equivocó, que podría arreglar lo de la semana corrida, cuando cualquiera sabe que la semana corrida implica que el sueldo base que se tenía, hay que respetarlo. Lo que se hizo en el fondo fue extender la semana corrida para todos los trabajadores con remuneración variable, en un séptimo semanal.

Ahora salió con este tema de la legitimación activa, para que la Dirección del Trabajo interpele a los empleadores, y que ya lo que está haciendo, porque no tiene esa facultad expresa, salvo en el caso de derechos fundamentales o prácticas antisindicales.

Le dejan un papelito al trabajador en que se señala que según la opinión de la Dirección del Trabajo, existe un vínculo laboral, por lo que es procedente llevar el caso a tribunales. Entonces, ahora mandaron este proyecto de legitimación activa en que la Dirección tendría la obligación de informar. Esa fue otra disputa. En un comienzo, se contempló que el proyecto dijera “puede informar”, ahora, se logró que dijera “debe informar”. Esto fue gracias a uno de los abogados de la Dirección, Diego López, que trabajó el tema. De hecho fue él personalmente quien me contó que había logrado el “debe informar”. Y para que vean como opera la muñeca política, ahora el ministro dice, que puede revisar lo del séptimo día en la ley de semana corrida, a cambio de clarificar lo de las facultades. Pero imagínate lo que eso significa, matas el proyecto, nace como letra muerta, matas a la Dirección.

Costó años volver a levantar la Dirección del Trabajo. Seguramente se podrá haber equivocado 20 mil veces, pero se hizo un gran esfuerzo en conseguir más gente, en haberla modernizado, en haber logrado mandar muchos proyectos de ley al Congreso. Casi todos los proyectos de ley con contenido laboral nacieron en la Dirección, a partir de los estudios de la Dirección.

Igual me extraña haber durado tanto tiempo al frente de la Dirección con la postura que tengo respecto a estos temas; fuera de eso, ya llevaba harto tiempo, además que, soy tan atípica... sólo por casualidad los ministros me aguantaron tanto tiempo. Claro, porque cada vez uno va siendo más autónoma. De hecho, la misma forma en que salí. Me querían obligar a sumariar a funcionarios en huelga que sabían como hacer las cosas para que nadie los pillara, aunque fuera evidente que estaban en huelga; todos firmaban al entrar, todos firmaban al salir y ningún jefe directo, que era el otro mecanismo que señalaba el estatuto administrativo, ningún jefe directo, a pesar de que se mandaron las instrucciones, estaba disponible para decir que estos funcionarios no habían trabajado. Pese a eso llegó la orden de Hacienda de que había que descontarle del sueldo los días no trabajados ¿Qué? ¿Y la ley? ¿Se pasan por cualquier parte la ley? Es más, un dictamen de la Contraloría me dio la razón. En fin...

Entonces, ustedes dirán ¿por qué me vine a la Facultad de Economía? Primero, quería entender el idioma que hablan estos tipos, porque hoy día en Chile hablamos en el idioma de los economistas. Esta dictadura de la economía por sobre las demás ciencias sociales me tenía saturada. Aunque igual he aprendido una cantidad impresionante de economía para poder discutir con estos tipos. Cometan aberraciones como juntar el concepto de distribución con el de redistribución, cuando la distribución es la que se hace cuando se genera la riqueza, ¿cierto?, y cuando se reparte el plusvalor que se genera en la actividad productiva. Por otra parte la redistribución es la que hace el Estado a través de las políticas sociales. Curiosamente, estos tipos son de la idea de no tocar al empresario. No, harta igualdad de oportunidades, aumentemos la espalda de los trabajadores para que peleen con el del frente, con el del lado, para que tengan mejores oportunidades de empleo.

Desde ese punto de vista es súper importante la negociación colectiva y nunca se va a arreglar el tema de la tan inequitativa distribución del ingreso en Chile, si no hay una efectiva negociación colectiva.

Otra motivación para venirme a economía fue para armar aquí un centro multidisciplinario en que el trabajo sea el centro de las preocupaciones para “estos cabros”, incluso los de Derecho, que tienen tan poco derecho del trabajo como ustedes.

2. HORACIO FUENTES.

Presidente CONTRAMET.

5 de diciembre de 2008.

“El modelo no sólo ha hecho un daño desde el punto de vista económico, que tiene que ver con la distribución del ingreso en este país, sino que también permeó la conciencia de los trabajadores y del pueblo en general, exacerbando el individualismo como fórmula para solucionar los problemas, por sobre el tema colectivo”.

- Considerando en que la Ley de Subcontratación ya tiene dos años de vigencia, ¿qué balance de ésta realizan ustedes como entidad sindical?

Horacio Fuentes: La discusión y entrada en vigencia de la Ley de Subcontratación fue muy mediática, lo que desnaturalizó las expectativas que podían crearse acerca de su funcionamiento. Efectivamente, muchas veces se pensó que la Ley iba a resolver los problemas de desigualdad en la subcontratación, lo que sin duda nunca fue su objetivo. Sin perjuicio de eso, cabe destacar que la ley formalizó una práctica, el suministro, que de hecho funcionaba hace mucho tiempo en una nebulosa; además, por el carácter mediático que les mencionaba anteriormente, la gran mayoría de las empresas revisaron los contratos con sus trabajadores, produciéndose mucha internalización. Hasta ahí íbamos súper bien, pero cuando la derecha recurre ante el tribunal constitucional, cambia todo el esquema, porque nosotros pensábamos que las empresas debieran

subcontratar actividades que no le son inherentes a la actividad diaria de la empresa, no a la actividad matriz. Hoy tenemos subcontratistas en los procesos productivos y nosotros creemos que lo que tenemos ahí es un dumping social, la ley ayuda a que ahí se genere una condición social en que tú vas a tener un grupo de trabajadores que son contratados por la empresa, que tienen un nivel de renta y después tienes a los subcontratados que están muchas veces con casi los mismos trabajos, pero con un nivel de renta distinto, más bajo y más desprotegidos. Entonces creemos que la ley no viene a poner la cuota de justicia que debería en esa situación, y por lo tanto, el movimiento sindical, en su conjunto, creo que no quedó conforme. Nosotros entendemos que la Ley es un avance, por ejemplo en que la empresa mandante tenga ciertas responsabilidades que ayer no tenía, como respecto de accidentes y enfermedades profesionales, debiendo la empresa principal asumir subsidiariamente este problema.

Por todas estas razones, nosotros sentimos que la Ley quedó desmembrada respecto de lo que queríamos, y sin considerar además el tema de la falta de negociación colectiva. Nosotros creemos que una de las formas de reducir las brechas de diferencia en la distribución del ingreso es justamente el acceso de todos los trabajadores a la negociación colectiva, cuestión que hoy en día no existe. Hoy en día hay un porcentaje de entre el 10% y el 12% de sindicalización, que tienen posibilidades de negociar y de esos no negocian todos, al final negocia un 7% ó un 8%. El resto no tiene ninguna posibilidad de negociar, y menos estos compañeros que son tercerizados.

- ¿Qué normas debió contener la ley para permitir que trabajadores externalizados pudiesen incorporarse a sindicatos, negociar colectivamente, etcétera?

H. F.: Lo primero es definir que es lo que se subcontrata, cuál es la actividad que se va a subcontratar y eso tiene que ver con definir cual es la actividad propia de la empresa, es decir, si una empresa se dedica a hacer fideos, pero el día de mañana quiere hacer una ampliación, es lógico que eso será una actividad temporal y que tiene nada

que ver con la actividad principal de la empresa. Eso no está definido y para mí esto es la piedra angular del problema. Primero hay que definir que es lo que se va a tercerizar o subcontratar.

En la empresa donde yo trabajo, en que se fabrica bolas de acero para la minería, hay trabajadores subcontratados hace varios años que realizan funciones que antes realizaban trabajadores de la empresa principal. Para mí, esos trabajadores deberían estar contratados por la empresa mandante, porque son parte inherente del funcionamiento de la empresa. Yo creo que eso para mí es lo más relevante.

- ¿Más que la Ley contuviera una forma en que los trabajadores subcontratados pudieran negociar?

H. F.: Claro, porque yo creo que ahí en términos de la negociación uno podrá buscar la formula después... para que estos viejos puedan negociar.

Cuando nosotros vimos el proyecto, las indicaciones hechas por la CUT, a la cual pertenecemos, estábamos bastante conformes porque creíamos que por fin se iba a eliminar esta cosa.

Si ustedes se sitúan años atrás, yo tengo 52 años, entré al mundo laboral hace 33 años. Egresé del colegio en una escuela industrial, hice mi práctica en una industria grande y la única cuestión que era externalizada era el casino. Incluso servicios como el aseo pertenecían a la empresa. Eso se fue desdibujando con el tiempo, se acentuó más en los años 80s y 90s. Ahí hay una gran responsabilidad del Estado, porque cuando uno habla del tema de la subcontratación, uno entiende y cree que en realidad es en el mundo privado nomás. Hay una gran culpa del Estado. En la misma CODELCO se puede ver la cantidad de tercerizados que tiene.

Una forma de tercerizar también son los contratos que tiene la gente de la administración pública, que llevan años boleteando. Entonces el Estado tampoco ha dado señales de mejorar la condición, pudiendo hacerlo, porque no hay una ley que prohíba hacerlo. Esto tiene que ver con el desarrollo del modelo que existe, porque el modelo económico neoliberal implica este tipo de actividades, y en esta forma. La tercerización es una forma de precarizar el empleo, derechamente.

El Estado tampoco a dado señales de remediar esta situación. Y no las va a dar mientras no cambie la ideología fundamental del Estado, que es un Estado que defiende el modelo dejado por Pinochet, que es el modelo neoliberal, y lo va a seguir defendiendo, hasta que las corrientes ideológicas al interior de este país cambien.

- Si bien se han dictado leyes con contenido laboral, ninguna de ellas ha afectado el sistema de derechos colectivos que dejó el Plan Laboral. ¿Qué le cabe esperar al movimiento sindical de aquí en adelante? porque no se ve que la situación vaya a cambiar en el corto plazo...

H. F: Es bastante compleja la pregunta, porque si yo miro para adelante veo un panorama bastante negro del punto de vista de los derechos laborales, y más aún, no sé si ustedes saben, pero de acuerdo a los estudios de la OIT, aquí en Chile sólo el 30% del empleo es catalogado como "decente", para los cánones internacionales y el 70% que catalogado de trabajo indecente, que está bajo los estándares internacionales. En una opinión muy personal, porque si le preguntas a Arturo Martínez te va a decir otra cosa, porque él tiene otra forma de ver el asunto, nosotros creemos que el movimiento sindical quedó huérfano políticamente, son los partidos que no están en la Concertación y que no tienen representación parlamentaria los que hoy día pueden hacer algo, pero es poco. Pero más allá de que algún sector dentro del Partido Socialista o la Democracia Cristiana puedan decir algunas cosas, nadie va a tratar de modificar, a mi modo de ver, el funcionamiento del movimiento.

Ahora ¿Qué le espera el movimiento sindical? A mi juicio, la reconstrucción de un movimiento sindical distinto, que tenga más independencia de los partidos políticos y del gobierno de turno. Yo tengo una fuerte crítica con la CUT, a mi no me cabe la menor duda de que el Gobierno ejerce influencia sobre el Presidente (de la CUT), que es socialista.

Si tú tomas en cuenta el accionar del movimiento sindical, con todos los problemas que tiene, no ha habido ningún llamado a movilizarse. El 1º de mayo del año pasado, el discurso central del presidente de la CUT no hizo ningún llamado a movilizarse. Hoy día los trabajadores estamos perdiendo millones de pesos en el tema previsional, y no hay llamados a movilizarse, nada. Eso tiene que ver, a mi modo de ver, con tratar de defender el modelo.

- En este contexto ¿Que importancia le cabe a las vías de hecho, es decir, a la negociación con mecanismos no contemplados por la ley? Por ejemplo, lo que hace la ANEF, que se supone que no puede ir a paro, pero se paraliza igual. Y, sin perjuicio de que lo que lograron sea muy discutible, a la vista de la opinión pública se supone que la ANEF ganó, y ganó usando un procedimiento que no está contemplado por la ley.

H. F.: Lo primero, respecto a eso, es que históricamente el movimiento sindical siempre, al menos en este país, ha negociado más allá de los marcos legales. Quedarse con lo que nos da el marco legal, es algo que no vamos a aguantar, así no vamos a romper ningún esquema, este es el único camino que nos queda. El año pasado hubo 2 hechos bastante importante, decisivos con respecto al tema, y que la dirigencia de la CUT después tuvo que subirse al carro sobre los hechos, pero en ningún caso fue la impulsora del tema. Son dos movimientos grandes: el de los compañeros subcontratistas del cobre, encabezados por Cuevas, que se saltan la legislación laboral y negocian todos juntos, cuestión que la Ley no les permite; y otro es el movimiento de los compañeros forestales, en aquella negociación en que murió un trabajador.

Yo creo que esos son ejemplos a seguir, pero para seguirlo lo que necesitamos es un movimiento sindical muy unido, fuerte y cohesionado, y yo no sé si todo el movimiento sindical está en esa parada, me asaltan dudas.

- ¿Por lo del cuoteo político?

H. F.: En alguna forma sí, pero también.. es que yo tengo una idea, no sé si ustedes la comparten. Yo al viejo en el sindicato lo tengo una vez al mes, dos horas, en la asamblea, pero el modelo lo tiene todo el mes, a cada rato y lo bombardea a cada rato. Y el modelo no sólo ha hecho un daño desde el punto de vista económico, que tiene que ver con la distribución del ingreso en este país, sino que también permeó la conciencia de los trabajadores y del pueblo en general, exacerbando el individualismo como fórmula para solucionar los problemas, por sobre el tema colectivo. Eso es complejo de superar, sobre todo si yo no tengo el soporte político como dirigente sindical detrás. Nosotros tenemos una lucha constante hoy día al interior del sindicato, para hacer entender a los trabajadores, que la solución colectiva es mucho más efectiva y es más duradera que la solución individual de los problemas. Y ahí tú tienes la apatía de la gente en organizarse en juntas de vecinos, en sindicatos y en todo lo que llame a organizarse para buscar soluciones colectivas a sus demandas. Yo creo que ese es un daño bastante grande.

Yo soy un convencido de que el modelo hizo mella en la conciencia de las personas, y penetró, eso véanlo en la Universidad... Se supone que a mayor grado de educación la gente debería tomar mayor grado de conciencia, se supone, pero eso no es así ¿Por qué hoy día los trabajadores subcontractados del cobre tuvieron que dar la pelea, no teniendo el grado de intelectualidad y huérfanos políticamente? Por la brutal desigualdad en las condiciones de trabajo, así todo dieron igual la pelea, el movimiento sindical tiene esos chispazos, esas virtudes en un momento determinado.

El problema está en cómo ser capaces de hacer un trabajo sistemático en torno a esta situación. Nosotros lo hacemos aquí en esta Confederación, constantemente estamos bajando a los sindicatos, que se yo, un montón de actividades que hacemos con los viejos; cursos de formación, en todos los ámbitos, como la ley de subcontratación, traemos a los expertos que son necesarios, y existe una opinión nuestra con respecto a los distintos temas. Hoy día le estamos dando duro al tema previsional; yo estoy elaborando una cartilla que se les explica a los viejos, por que para entender el tema previsional casi tienes que ser economista. Me quedo con eso, con que hoy día es muy difícil, pero no imposible de superar, por algo estamos en esto, convencidos de que esto va a cambiar. Estamos luchando para que cambie. Haciendo cosas.

Hoy día si yo tengo que mirar a alguien para que tire un proyecto de Ley, no tengo a nadie más que al Senador Navarro, no tengo otro, o de repente Tucapel Jiménez. Cuando se dio la discusión de la Ley de Subcontratación, cuantos parlamentarios que son de la Concertación, que dicen defender los intereses de los trabajadores o por lo menos de los más desposeídos de este país, estuvieron absolutamente en desacuerdo.

El modelo permeó toda la sociedad, de capitán a paje y otros se achancharon, aquellos que se suponían que eran revolucionarios, se achancharon, hoy están muy cómodos, gozando de los granjerías que implica tener un cargo de senador o diputado. Y ese estatus no lo van a cambiar, ellos no van a arriesgar eso. Entonces lo que tiene que venir es un cambio. Yo creo que el movimiento popular y los trabajadores están hoy en la búsqueda de un cambio, pero eso es un proceso social que no se da de la noche a la mañana

- Y el problema es que, como usted decía, el modelo penetra tanto que ahora cualquier demanda que tenga caracteres de colectivas, son estigmatizadas inmediatamente. Hay que tener mucho tesón y convicción...

H. F.: Eso es lo que viene pasando. Si uno mira el contexto latinoamericano, yo soy secretario de relaciones internacionales de esta Confederación, por lo tanto me toca viajar muchas veces por Latinoamérica. Uno puede criticar mucho a los argentinos, pero cuando les vino la crisis, vieron que los fondos previsionales se podían ir a la mierda, los estatizaron. A lo mejor los viejos no iban a ganar, pero tampoco iban a perder, porque el Estado finalmente responderá. Pero a nosotros ¿quién nos responde hoy día frente a esto?

- ¿Nadie?.

H. F.: Claro ¿Y que decían los defensores del modelo neoliberal? eso no se puede hacer, porque el Estado se está aprovechando de los recursos de los trabajadores para paliar la crisis. Lo más probable es que sea así, si al final en las crisis los recursos los utilizan el Estado o los utilizan los privados. Aquí hay una pura condición, el privado los va a utilizar para salvar su propio pellejo y seguir lucrando. El Estado los utilizará para salvaguardar los intereses del conjunto de la población. Ahí está la gran diferencia. Y eso tiene que ver con la construcción del modelo.

- A nivel Latinoamericano ¿Las condiciones laborales en Chile no tienen relación con países como Argentina, Uruguay? por mencionar algunos.

H. F.: Ninguna. La negociación colectiva, estimado compañero, en Argentina es por rama, es decir, negocian todos los trabajadores a nivel nacional un piso mínimo. Y la subcontratación también está ingresada en el contrato colectivo de cada una de las empresas.

El modelo se aplicó más ferozmente en tres países. Lo aplicó la Margaret Thatcher en Inglaterra, Ronald Reagan en USA y lo aplicó Pinochet en Chile. Reagan

fue el que dijo que el Estado molestaba y que hoy se lo recuerdan a los republicanos cuando llaman a que el Estado intervenga para salvar la crisis.

Entonces si uno recorre Latinoamérica, Chile, desde el punto de vista de los derechos laborales de ser uno de los peores países, y no sólo respecto de los derechos laborales. Tú vas a Perú, a la Universidad de San Marcos de Lima y tiene miles de vacantes gratis. En todas partes, en el resto de Latinoamérica, existe donde los jóvenes pueden estudiar gratis. Eso aquí no se da.

Los fondos previsionales en el resto de Latinoamérica se aplicaron, pero fue algo absolutamente voluntario. A lo más les dieron el derecho a los trabajadores de elegir entre el sistema privado y el estatal, incluso en el caso argentino se podía afiliado tanto en el sistema privado como el estatal. Aquí no, no tuvimos opción. Y esas cosas que se tomaron a sangre y fuego durante la Dictadura no han sido cambiadas, se han mantenido igual.

- Nos gustaría que nos contara, grosso modo, la historia de esta Confederación, a cuántos trabajadores representa, sus hitos importantes.

H. F.: Esta es una confederación que viene del año 1930, con distintos nombres. En el periodo de la Dictadura fueron detenidos sus miembros, y tenemos una placa recordatoria afuera, porque muchos de nuestros compañeros son hoy detenidos desaparecidos, dirigentes sindicales.

Esta confederación nace agrupando obreros artesanos y a medida que va cambiando el contexto industrial en Chile, se va haciendo más industrial y empieza a agrupar trabajadores del área metalúrgica, eléctrica y electrónica. Eso hasta 3 ó 4 años atrás.

Hoy día esta Confederación se transformó, luego de una gran discusión, en una Confederación de la Industria. Esto tiene una explicación, estamos convencidos de que hoy la división del movimiento sindical hace daño a los trabajadores. Entonces lo que se necesita es crear organizaciones sindicales fuertes y únicas, que puedan en un momento determinado contrarrestar la influencia del Estado y de los empresarios. No nos sirve la atomización del movimiento sindical. Entonces, en ese tenor nosotros ampliamos esa situación en que hoy, si bien es cierto es metalúrgica, abarcamos a sindicatos de toda la industria en general, ampliamos el radio de acción.

- ¿Cuántos sindicatos reúnen?

H. F.: Tenemos más de 300 sindicatos afiliados. Tenemos sindicatos emblemáticos. Por ejemplo, somos capaces de organizar a todos los sindicatos del área militar por así decirlo, los astilleros de ASMAR de Talcahuano están todos con nosotros, que es un sindicato único que tiene como 1.300 socios. Organizamos un sindicato de ENAEP. Tuvimos muchos años a la gente de FAMAE, que es la maestranza del ejército, pero hemos ido perdiendo contacto.

También hacemos un seguimiento con los grupos económicos. Por ejemplo hay una transnacional brasileña muy grande del acero, que se llama Gerdau Aza, que tiene 27.000 trabajadores a nivel mundial desde Canadá hasta Chile. Y trabajamos de esa forma, haciendo seguimiento a las transnacionales. De hecho los viejos que están aquí representan a tres empresas que tiene Gerdau en Chile y junto con ellos nos agrupamos y junto a los canadienses, norteamericanos, brasileros, argentinos, colombianos y todos donde tienen presencia, formamos el Comité Mundial de Trabajadores de Gerdau. Y nosotros creemos que la tendencia del movimiento sindical es esa.

- Algo así como globalizarse...

H. F.: Los Gerdau ya se globalizaron, los capitales empezaron primero. Ellos hoy, el Grupo Gerdau, que tiene 7 plantas en USA y como 20 y tantas plantas en Brasil, no me cabe la menor duda que las decisiones las toman en Brasil, donde tienen su sede principal, o en Washington, en USA.

Además nosotros estamos afiliados a la Federación Internacional de los Trabajadores Metalúrgicos, que agrupa a 25 millones de trabajadores metalúrgicos en el mundo, y como FITIM, se han desarrollado 6 acuerdos marco internacionales, con la GM, con la Ford, con la Volkswagen, Mercedes Benz, principalmente con el área automotriz. Pero para eso hubo que organizar internacionalmente a los trabajadores primero.

- ¿Y las empresas han cumplido?

H. F.: Con las empresas hemos negociado puntos básicos, sabemos que no estamos en condiciones de negociar niveles de ingreso igualitarios entre los trabajadores de Mercedes Benz de Alemania y de Brasil.

- Las empresas al internacionalizar sus procesos productivos, al trasladarse de Alemania a China, por ejemplo, lo hacen con el fin de abaratar costos, principalmente en mano de obra. Entonces al realizar y respetar acuerdos marco en cuanto a salarios, se perdería el objetivo que tenía la empresa al internacionalizarse...

H. F.: Yo creo que el norte es ese finalmente, pero como estamos en una fase que tiene que madurar más, el tema está en que negociamos 6 puntos básicos. Primero, condiciones laborales del punto de vista de salud, del medio ambiente en que se desarrollan, que sean básicos para todos, porque la realidad de Brasil es distinta a la de

Alemania, pero a lo menos que las condiciones básicas sean las mismas. El trato hacia el personal, y cosas así que tengan que ver con esa características

- O sea, cosas fuera de la remuneración.

H. F.: Claro, pero no es que dejemos de lado el tema de la remuneración, porque hay una cuestión clara que es que, si la GM de Brasil tiene pérdida, yo no puedo pedirle a esa empresa que está con pérdidas que me dé más si no puede ¿Cuál es la idea? la idea central es que el día de mañana pudiéramos negociar estas condiciones, pero también condiciones económicas para todos. Eso implica tener los comités de trabajadores a nivel mundial muy afiatado, pero también con una capacidad de convocatoria, para poder llegar a negociar en Alemania las condiciones de trabajo para el resto del mundo, eso es lo ideal. No estamos en esa etapa aún, pero para allá vamos.

Otro hito importante de esta Confederación es que es fundadora de la Coordinadora Nacional Sindical, junto con Manuel Bustos y otros compañeros más, y después pasó a llamarse Comando Nacional de Trabajadores y posteriormente la refundación de la CUT, que antes era Única y ahora es Unitaria.

En tiempos de la Dictadura fuimos una de las primeras organizaciones del área privada, donde cuesta mucho más que en el sector público, por las facultades del empleador para despedir en cualquier minuto. Pero aún así, en las movilizaciones que hicimos logramos en un momento determinado parar casi el 70% de las empresas que estaban con nosotros. Nos dábamos el trabajo con las unidades sindicales para hablar de la importancia que tenía el paro, que tenían la acción de la protesta con respecto a esto o a esto otro, y eso logramos conseguirlo con trabajo. Hicimos un trabajo bastante bueno.

Otro hito importante es que nosotros creemos que los sindicatos deberían empezar a otorgar ciertos servicios, que tengan que ver... por ejemplo el servicio Chile Califica, que es un servicio que se le da gratuito a la comunidad, que a nosotros no nos

entra ningún peso. Incluso a los alumnos les entregábamos colación aquí, y este año quitamos la colación porque los cabros la dejaban botada. Ahí ven ustedes las contradicciones.

Entonces entregamos estos servicios que nos parecen importantes. Y a la vez integrar desde la formación del sindicato hasta negociación colectiva y la mantención de ésta en el tiempo. Con huelga incluida, vamos a apoyar las huelgas. Tenemos un piquete de huelga, que cuando ya se pone muy duro, actúa el piquete y si es necesario. El martes no más tuvimos que ir a apoyar a unas compañeras vendedoras de Petrizio, que llevaban en huelga una semana y la cosa no funcionaba, así que hicimos una funa al dueño de la empresa, en su casa de Viña del Mar y después el día martes acá se bajó con el piquete de huelga más las compañeras a ponerle candado a la empresa, donde fabrican los productos. Yo soy partidario de que si hay que ocupar elementos de fuerza, en un momento determinado, hay que usarlos. Pero es una opinión personal, que a lo mejor no tiene que ver con la política de la Confederación.

Agrupamos 16.000 afiliados, desde Antofagasta hasta el sindicato más austral que tenemos. Tenemos la federación de Concepción, etcétera. Somos la Confederación afiliada a la CUT más grande del sector privado... y real, porque en la última elección de la CUT votaron hasta los muertos.

- ¿Y tienen representación en la mesa directiva de la CUT?

H. F.: No. Nosotros como organización queremos mucho a la CUT, yo no soy militante, ni comunista, socialista, ni demócrata cristiano, un grupo de compañeros acá fue ligado al Partido Comunista durante muchos años, pero no les gustó la forma de actuar del Partido, pero eso no quita de que tengamos una visión absolutamente de izquierda de las cosas. Lo que no entiendo de los partidos es la poca democracia interna que se da en la toma de decisiones, no puedo entender de que si para la CUT se exige un

trabajador un voto, y votación universal, no puedo entender por que al interior del partido no pueda ser lo mismo. Yo salí del Partido en el periodo en que estaba Gladys Marin, donde yo creo que el autoritarismo se exacerbó, con el respeto que le tengo a Gladys Marin.

Entonces, como tenemos una estructura partidaria y confiábamos en la fuerza propia, la verdad es que no nos fue bien. Pero la votación que tiene la CUT es una votación mentirosa, porque ustedes pueden formar un sindicato de artesanos y le pueden poner que tiene 5000 trabajadores y como votan los dirigentes en representación de los trabajadores, el ponderado si son 9 dirigentes su voto vale 5000 dividido por 9. Y si tú vas a ver a esos 5.000 trabajadores, no están. Así ganó la elección Arturo Martínez, así lo hizo el PC y también la Democracia Cristiana. Y a pesar de tener 16.000 trabajadores nos fue mal, lamentablemente no fueron todos los sindicatos a votar, nos faltó estructura, no tuvimos quien nos cuidara los votos, me robaron 500 votos en Antofagasta. Esta Confederación ha sido una de las que más ha luchado porque haya voto universal en la CUT, un trabajador un voto, que ya no pueda llegar un dirigente representando a 450 viejos, y tendrán que estar los 450 viejos ahí, donde la representación debería ser real, sabemos que no es un sistema perfecto, pero hay que tratar que los sistemas democráticos a lo menos se acercan a la perfección y hay que luchar por ello. La votación universal también tiene sus imperfecciones, ya que el candidato puede viajar de norte a sur, que puede hacer campaña y tiene además los recursos para hacerlo puede que salga en desmedro de quien no los tiene. Es una falencia que tiene este sistema, pero es lejos mejor que el que tenemos. Yo no puedo entender que hoy Arturo Martínez, en una pura mesa, saque 17.000 votos, no lo entiendo. Porque si él tiene realmente 17.000 aquí en la zona, él podría hacer mil hueás hoy día, con ese apoyo. Entonces, yo creo que la CUT ha caído en un desprestigio muy grande dentro de los propios trabajadores. Hay que refundar una serie de instituciones en este país.

- Si algún día se cambia la legislación laboral, se podría dar una negociación colectiva a otro nivel, fuera de la empresa por ejemplo, sería bueno para que la CUT tuviera otra importancia.

H. F.: Mira, hay una diferencia que nosotros tuvimos con la CUT. La CUT plantea una AFP estatal, nosotros no. Nosotros enviamos nuestras enmiendas a la Comisión Marcel, con tres cuestiones básicas: primero, libertad de elegir entre sistema estatal y privado, segundo que los trabajadores tengan acceso a la toma de decisiones de los directores que administran las AFP, esta es la única parte del mundo en donde el que es dueño del capital, no puede ni tiene facultades para administrar el capital. Para el capitalismo, la democracia no existe cuando le conviene. Y tercero, un cambio a la ley respecto de la previsión social en Chile. Esos tres elementos, por supuesto que no nos hicieron caso en ninguno.

Otra discusión con la CUT, fue respecto de la existencia de una AFP estatal, si tu vas a pedir un crédito, aunque sea el crédito Corfo para seguir estudiando, el BancoEstado va aplicar los mismos criterios que le aplica el Santander y los demás bancos. Una AFP en manos del BancoEstado da lo mismo, si uno lo que plantea es que hay que reformar es la ley al respecto, es lo mismo que ocurre con la LOCE, si no se reforma la ley lo demás es semántica. Hoy día recién la CUT está entendiendo que no sirve una AFP estatal, en los marcos en que se está planteando, hay que cambiar las reglas del juego, es cambiar la ley. Si un trabajador hoy que estaba en el fondo A y tenía 100 millones y si durante el año el fondo A perdió el 40%, ¿Quién le responde de esa situación? nadie se hace responsable, eso no puede seguir así al libre albedrío del mercado. A lo mejor vamos a tener rentabilidades menores, pero al menos que se aseguren. Para tener acceso a la pensión mínima, que son 70 lucas, tú tienes que tener 15 millones en la AFP. Un viejo que antes tenía 40 millones en la AFP, en fondo A, hoy tiene 20. Pero el viejo que tenía 20 millones o los 15, hoy ¿con cuánto se quedó? Si la cosa no se arregla de aquí a que jubile, el Estado le va a tener que pasar plata, ya que el

Estado se hace cargo si la plata no alcanza, a fin de cuentas igual es el Fisco el que responde.

En la época de la crisis asiática la rentabilidad de los fondos previsionales bajó un 10%, pero las ganancias de los que administran las AFP fueron de cerca de 20%, pero los trabajadores perdieron un 10% ¿Como se explica eso? Hoy todavía no se ha hecho el cálculo de cuanto van a ser las utilidades de las AFP después de esta crisis.

Lula planteaba que no entendía, que si no había grandes guerras por qué el petróleo estaba tan caro, y es porque se especula. Pero eso lo creo el modelo, la concentración de la riqueza, y nadie le puso barreras. La concentración de la riqueza la creó el modelo, no el marxismo o el socialismo.

Yo creo que el mal de males es el modelo. Si no cambias el modelo la lucha está perdida.

- Bueno, en eso han estado de acuerdo todos los entrevistados, en que finalmente todo se reduce en reformar la Constitución. Sólo reformando la Constitución se puede cambiar el modelo, pero ¿por qué podríamos esperar que eso pase?

H. F.: Lo que hay que hacer es cambiar la correlación política de fuerzas y eso es un camino que no es fácil y es bastante largo. Porque, nos guste o no, no ha habido una crítica de la izquierda con respecto a los errores de la Unidad Popular, no he visto nunca un mea culpa de la izquierda. Y es muy fácil decir que la derecha, junto a los militares fueron los culpables de la debacle. Yo creo que sí fueron los culpables, pero nosotros, la izquierda, también cometimos muchos errores.

El camino es largo, no se cuando se vaya a demorar, algunos dicen que se necesitarían 20 años para reconstruir una alternativa de izquierda que logre ganar espacios al interior de la sociedad y que haga las cosas bien y que, además, la gente le

crea y lo siga. Yo estoy absolutamente convencido, de que el modelo económico que implementó mi compañero Salvador Allende, tiene plena vigencia hoy día, cuando sostenía tres grandes áreas de desarrollo, la estatal, la privada y la mixta, creo que eso es plenamente posible. Y en ese sentido yo creo que se le vendió y se le sigue vendiendo un discurso al pueblo en general de quienes se dicen de izquierda y ya no lo son hace mucho tiempo. Porque hoy día la izquierda no está en el poder. A lo más, ni siquiera quiero decir socialdemócratas, porque por lo menos la socialdemocracia en Europa ha tenido un papel destacado en términos de la defensa de los derechos de los trabajadores. El estado social que gozan hoy día los trabajadores europeos se debe fundamentalmente a la lucha de la socialdemocracia.

Cuando la CUT hizo la última movilización grande que hubo, por primera vez yo, que soy contrario al modelo, leo en la prensa personajes que critican el modelo, que no son de los partidos extra Concertación, que siempre lo han criticado. Pero si ustedes se dan cuenta, y se pudieran remontar a las opiniones, ir a la biblioteca y ver los diarios, todos los tipos de la DC, del mismo Partido Socialista, defienden a ultranza el modelo.

- Se sostiene que el mismo gobierno de Lagos lo acentuó cuando se analizan las variadas reformas y se ve que ninguna ha tocado artículos que son esenciales para cambiar el modelo y el binominal. A larga, mientras los trabajadores no tengan representación será difícil que la situación cambie, porque implica depender de la buena voluntad de los parlamentarios, que no siempre la tienen.

H. F.: Yo digo que cómo en este país, pensando que Pinochet estuvo 17 años, la Concertación va a cumplir 20, todavía están los mismos actores. Si yo me hubiera quedado dormido, me hubiera congelado y despertado hoy día y viera quienes son los candidatos serían los mismos de 37 años atrás.

- No han reformado tampoco el sistema electoral, entonces hay un desincentivos, el voto de los jóvenes no les interesa, y así no va a haber cambio...

H. F.: Hay síntomas que son importantes, todo sistema puede sufrir en algún momento síntomas de descomposición, el tema es como estar fuerte para cuando se presenten esos síntomas y como trabajadores pasar a la ofensiva. Si hoy hubiera una izquierda claramente definida, una izquierda fuerte en términos electorales, yo estoy seguro que la salida a la crisis del capitalismo sería mucho más a la izquierda, se hubiese aprovechado la circunstancia. Pero la solución a la crisis hoy va a venir dentro de una política de derecha. Va a ser así aquí en Chile, en USA, Europa, y en general en todas partes.

3. ESTEBAN HIDALGO.

Vice Presidente de la Confederación General de Trabajadores (CGT–MOSICAM).

2 de diciembre de 2008.

“Hoy tenemos una ley muerta”

- Nos gustaría que nos explicaras, grosso modo, la historia y las particularidades de la Confederación General de Trabajadores.

Esteban Hidalgo: Primero habría que hacer una síntesis de lo que es la historia de la Confederación; nació el 28 de octubre de 1981, exclusivamente con trabajadores gastronómicos y hoteleros, quienes se organizaron a través de una confederación, producto de la eliminación de la Ley de propina legal por parte de la Dictadura; se constituye con 22 sindicatos con el nombre de CTGACH que significa Confederación Nacional de Federaciones y Sindicatos de Trabajadores Gastronómicos, Hoteleros, de la Alimentación y Actividades Conexas”.

La Confederación en un principio mantuvo una política dedicada exclusivamente hacia los trabajadores. La política de la Confederación era dirigida y discutida con los trabajadores. Si bien es cierto que muchos dirigentes participaban políticamente en esos tiempos, y todavía siguen participando, nos hemos caracterizado por no vincularla con ningún color político.

Posteriormente, después de la CTGACH, que nació en 1981, esta organización se fue expandiendo hacia el área de la alimentación y el área del comercio, pasando a llamarse COTIACH en el año 1993.

Entremedio fuimos parte, como confederación constituyente, de la Central Unitaria de Trabajadores, en el año 1988.

Producto del constante crecimiento de la Confederación a través de los años, mantuvimos siempre una postura crítica a la forma actual de conducir el movimiento sindical, fundamentalmente de la CUT, producto que son los poderes políticos quienes toman las decisiones finales; participamos junto con otras organizaciones que no tenían nada que ver con la alimentación, ni los restaurantes, en una lista paralela en el año 2001 y el 2004 en la CUT. Le llamamos “Lista del Movimiento Sindical por los Cambios”. A pesar de que sacamos la primera vez la 23° mayoría y la segunda vez la 17° mayoría, no quedamos en el directorio, que se compone de 45 dirigentes, producto de la repartición de cupos de poder, el cuoteo político y el famoso binominal. También está el binominal en la CUT. Sacamos la 17° mayoría de 45 dirigentes, nos correspondía al menos haber quedado adentro. Nosotros sacamos 23.000 votos y quedaron compañeros con 1.500 votos, por un tema del binominal, eso por competir sin partido político.

Esto generó que muchas organizaciones nuestras plantearan definitivamente el tema de la desafiliación de la CUT, lo que se concretó el mismo año 2004, luego de la elección. Pensamos que esta decisión podría haber provocado una crisis y que muchos sindicatos base se podían desafiliar de la COTIACH, pero se generó lo contrario. Llegaron organizaciones de la metalmecánica, de profesores, de institutos profesionales, textiles, otros sindicatos de comercio, hipódromo, etcétera., lo que nos obligó a cambiar los estatutos de la Confederación, ya dejó de ser exclusivamente del sector gastronómico, hotelero y de alimentación, pasando a ser Confederación General de Trabajadores. Somos hoy día 237 sindicatos, que agrupamos alrededor de 20.000 trabajadores de Arica a Punta Arenas. Y el trabajo fundamental nuestro está basado en

tres principios: el primer elemento es la Educación, creemos que los trabajadores tienen que estar educados, para eso nosotros tenemos varios mecanismos, una escuela sindical, sin costo alguno para los dirigentes, que le llamamos Escuela Luis Emilio Recabarren. Tenemos mucho material de difusión, tenemos tres programas de radio, tenemos un periódico mensual en la misma página web (<http://www.cgtmusicam.cl/>).

El segundo elemento es la Organización; educados los trabajadores creemos que pueden estar en buen pie para la organización y para eso hemos planificado con ellos, constantemente, desde la preparación del proyecto de contrato colectivo, hasta la iniciación de la huelga y los planes de contingencia que eso conlleva, no sólo del punto de vista legal, para después llegar a la lucha que es el elemento final, educados y organizados finalmente podemos tener una lucha concreta, como la última que realizaron los trabajadores de INTEGRA.

- La idea es que sea una lucha encausada...

E. H.: Tiene que ser una lucha en que se tenga claro hasta dónde están dispuestos a llegar los trabajadores. Nosotros no recriminamos ni decimos nada si hay que pelear contra Carabineros, pero primero tenemos que estar preparados para pelear contra Carabineros y porque vamos a pelear contra ellos, no va a ser por tirarle piedras porque sí. Si no somos capaces, hasta ahí llegaremos. En los trabajadores existe el temor, todavía existe la convicción de que no tenemos posibilidad alguna de movilizarnos. Eso es lo que hoy día somos y eso es lo que hoy día hacemos a nivel nacional, de Arica a Punta Arenas.

- Para redondear un poco lo que son ustedes como confederación, hoy en día la negociación colectiva está radicada en el sindicato de empresa, entonces a ustedes les

cabe en ésta un papel de asesores del sindicato. ¿Qué les parece este sistema, el cual los limita en cuanto a tener un rol activo en la negociación colectiva?

E. H.: Yo estoy a cargo del área de la organización y la negociación colectiva dentro de la Confederación, independiente de que somos un grupo de compañeros que trabajamos constantemente en este proceso. Al enmarcarse dentro de la ley, nosotros decimos que no existe negociación colectiva efectiva; hemos visualizado y tenemos claro que para tener una negociación colectiva concreta, ambas partes tienen que estar en igualdad de poder y hoy día la ley impide que las partes estén en igualdad de poder. Esto fundamentalmente porque Chile es uno de los pocos países en el mundo en que el empleador tiene la facultad de contratar reemplazantes en caso de huelga. Por lo tanto, si tú te vas a huelga, no le generas ningún elemento concreto de daño al patrón, para poder presionarlo y negociar colectivamente.

El segundo elemento concreto es que hoy día la misma ley, cosa extraña, desde el 2001 en adelante, promulgada en el gobierno de Ricardo Lagos, contempla que los sindicatos están imposibilitados por ley de poder solicitar todos los antecedentes económicos necesarios para poder conocer a cabalidad la situación de la empresa. Hasta el año 2001, existía la posibilidad por ley que los sindicatos, una vez que presentaran su proyecto de contrato y el empleador respondiera, pudieran solicitarle a éste todos los papeles económicos para que uno pudiera evaluar; balances completos auditados, declaración de impuesto a la renta, libros de remuneraciones, el pago simultáneo del IVA en forma mensual, etcétera. Todos los antecedentes que ustedes quisieran, para poder evaluarlos como organización; con tus asesores, economistas, contadores, y poder tener una visión clara de cómo está la empresa y sobre esa visión clara poder decirle al empleador “usted me está mintiendo, porque sí hubo ganancias, estas ganancias las ocupo en esto, por lo tanto aquí hay una posibilidad de reajuste, hay un crecimiento sostenido que nosotros como trabajadores hemos generado”. Existía esa posibilidad, pero desde el 2001 en adelante definitivamente ya no existe en la negociación colectiva. El Gobierno de Ricardo Lagos, en una de las reformas que entregó como maravillas,

solo obligó al empleador a entregar por ley los balances de los últimos dos años, los costos globales de mano de obra, no el libro de remuneraciones, y los costos globales que genera todo, o sea, lo que se invierte en uniformes de trabajo, en alimentación, lo que gastas cuando te bañas, incluso los gastos que podrían generarse al pagar por accidentes del trabajo, todo en números brutos, sin ningún desglose; además las políticas de futura inversión de la empresa, siempre y cuando estas no sean de carácter privado. Hoy día, cosa extraña, comienza el siglo XXI y una de las cosas que coloca Lagos en el sistema de negociación colectiva, como elemento esencial, encarece el costo de la huelga, porque colocó el bono de las 4 U.F., el cual implica que por cada reemplazante el empleador tiene que pagarle al sindicato 4 U.F.; lógicamente no impidió el reemplazo, pero quita esta otra facultad para poder saber la realidad de la empresa. Nos obliga a nosotros como sindicato a estar en una posición más de punta. O sea, hoy día los sindicatos, por lo menos los nuestros, inician su proceso de negociación preparados para iniciar la huelga, sin siquiera saber que podría ocurrir entremedio, si se podría llegar a un acuerdo. Te ves obligado, producto de la Ley, y eso es fundamental dejarlo claro, no hay una política de saber a cabalidad como está la situación de la empresa. La empresa puede estar mal, si uno no puede negarse a esa realidad, pero no tienes esa posibilidad de saberlo, por lo tanto, lo único que queda es estar preparados para afrontar la huelga y “dejarle la cagá” al patrón si no te da. Porque no tenemos negociación, tenemos hoy la imposición.

- O sea el sindicato negocia muy en el aire, suponiendo ciertos ingresos que puede tener la empresa, pero a cabalidad la situación no se conoce...

E. H.: No, no tienes posibilidad alguna de saberlo. Salvo que haya algunos patronos que entreguen todos los antecedentes, pero eso es 8 de cada 100, el resto no entrega absolutamente nada y está claro que no lo van a hacer, y dicen que no, porque la ley no los obliga, como era hasta el año 2001. Ese es un elemento.

Un segundo elemento es que hasta el año 1990 existían las empresas propiamente tales, con sus trabajadores propios. Después del año 1990, a través de un subterfugio legal, se abre la posibilidad de la subcontratación, de externalizar. En un principio la externalización se daba en situaciones puntuales, como en la rotura de maquinaria, llamabas a una empresa externa para que viniera a arreglarla, no así para la producción, no para la función matriz de la empresa. Inclusive existía una ley, vigente hasta el año 1978, que establecía la subcontratación solo basado en estos principios, que era un artículo de dos incisos nomás y era exclusivamente para este tema de arreglar maquinarias y otras funciones anexas a la función matriz de la empresa. Pero a través de estos subterfugios se empezaron a crear todas estas empresas de prestaciones de servicios que significó en algunos casos una merma considerable del sindicato, porque, por ejemplo, en el área de supermercados, contrataron empresas para que estas prestaran a cajeros, o sea los cajeros no eran contratados por el supermercado, sino que por estas empresas externas. Después se pasó a los guardias de seguridad, a los reponedores y así sucesivamente. En una planta de 100 trabajadores te encontrabas con 20 contratados por la empresa y 80 por la empresa externa. Y esto se fue generando en todas las empresas.

Es paradójico que cuando se discute el tema de la Ley de Subcontratación se le considere como un gran paso hacia adelante, cuando lo lógico era eliminarla o volverla a sus inicios, como era hasta el año 1978, lo único que hace es regularizar la subcontratación y legalizarla.

Entonces, hoy tienes dos instancias concretas donde no tienes negociación colectiva o no tienes la huelga como un elemento efectivo para poder tener una igualdad de poder con el empleador. Tienes la traba, uno; de que el empleador tiene la posibilidad de subcontratar y con eso sigue generando la empresa y dos; la posibilidad de reemplazar a los trabajadores en huelga sin ningún problema.

- Ustedes como organización ¿qué opinan de la Ley de Subcontratación? Sabemos que legalizó una situación, pero no se puede desconocer que en la ley se restringió una práctica que en los hechos estaba muy generalizada. Por ejemplo, el caso de los supermercados, bancos, y otras empresas grandes, donde tienen empleados subcontratados o suministrados que en la práctica son de planta y que la empresa lo único que no hace respecto de ellos es pagar su sueldo. Estos trabajadores, antes de la ley, estaban en una nebulosa pues no tenían claridad respecto de quien era su empleador, con quien negociar, etcétera. Ahora, al menos, la ley supone un reconocimiento, el trabajador tiene más certezas.

E. H: Primero que nada, nosotros no somos abogados, y una de nuestras características es que trabajamos para la gente. Es cierto que cuando empezó a funcionar la Ley, que fue en enero de 2007, se creó una gran psicosis entre los patrones y empezaron a contratar a todos sus trabajadores subcontratados, sin ningún problema. Empresas grandes como Costa, Carozzi, Luchetti, algunos bancos y otras empresas que tenían trabajadores subcontratados, para evitar problemas, empezaron a contratar a esos trabajadores. Ahí la primera evaluación que hacemos, es que si bien hay un desconocimiento de la Ley por parte de los empleadores, quedó claro que hubo un gran avance, porque se terminó con una inmoralidad, no ilegalidad. Pero al parecer algo ocurrió, debió haber habido un acuerdo político entre medio, donde la Dirección del Trabajo generó algo extraño que nunca había hecho. Empezó, en vez de instruir la ilegalidad que se estaban cometiendo las grandes empresas, entre ellas CODELCO, solamente a constatar, situación que nunca antes había hecho la Dirección. Constató infracciones y no generó las multas, esa constatación de infracciones significó que CODELCO y otras grandes empresas fueran a los tribunales y como no hubo infracción de multas por incumplimiento de la ley, sino que hubo simple constatación, los tribunales declararan de que la Dirección del Trabajo no estaba facultada para constatar si una situación es ilegal o no, está facultada sólo para multar. Cuando constata una ilegalidad debe multar inmediatamente, el juez es el único que ordena que esa ilegalidad

se cambie. Entonces, todos los fallos de la Corte Suprema, hechan por tierra lo que la Dirección dice y por tanto hoy hay una ley muerta.

Se da en la actualidad que la Inspección del Trabajo va a constatar a las empresas, pero no puede hacer nada porque el empleador interpone un recurso de protección basándose en los fallos, que obtuvo el mismo Gobierno, a través de CODELCO, por tanto, la Corte Suprema tiene que darle la razón al empleador. Lo único que te queda a ti como trabajador subcontratado es que demandes directamente a la empresa mandante.

- O sea, ¿la Dirección del trabajo no sirve para estos efectos?.

E. H.: Lo que pasa es que hizo algo que no debió haber hecho. Y eso es responsabilidad política de la Sra. Patricia Silva y del Ministerio, pero no lo han dicho tajantemente, y es cosa de ver hacia tras, y te das cuenta que efectivamente, lo que hizo la Dirección del Trabajo es lo que generó el embrollo que hoy existe, porque la Inspección del Trabajo queda nula en esta parte y no pueden hacer absolutamente nada. Claro que se puede ganar, pero si tú tienes 100 trabajadores subcontratados ¿Ustedes creen que esos 100 trabajadores van a ir a los tribunales para demandar directamente? Van a ganar el juicio, es cierto que lo ganan, pero tiene efectos particulares, solamente vinculantes respecto del trabajador que demandó y además con riesgo de que te echen. ¿Entonces qué va a hacer el trabajador?

Hoy tenemos una ley muerta. No sabemos cual fue el acuerdo político que hubo ahí. Hay un grado de culpabilidad y responsabilidad de parte de la Confederación de los Subcontratistas, que avaló esta situación, porque negoció como subcontratista en vez de haber negociado en forma directa con la empresa, me refiero a la Confederación del Cobre, de Cristián Cuevas. Nosotros como organización lo hemos planteado, que si bien es cierto que es una lucha con la que solidarizamos, que estamos con ellos y hemos

actuado, nos parece muy poco inteligente haber discutido el tema sobre la base de un bono de término, manteniendo la subcontratación en la empresa, en vez de haber peleado lo que es la esencia del problema, que todos los trabajadores pasaran a la empresa madre.

Nosotros planteamos una cosa bien concreta como confederación, nunca nosotros dijimos que la ley era un avance, que quede claro. Hay avances cuando tú logras tener algo más de lo que ya tenías. Hasta el año 78 nosotros teníamos una ley clara en materia de subcontratación, que no permitía la subcontratación en la empresa concreta. Por lo tanto, que hoy se haya legalizado y que se diga que es un avance, es mentira, porque hasta el año 1978 existía una ley mejor para los trabajadores, eso está claro. Es igual que cuando se nos dice que hubo un gran avance al bajar la jornada de trabajo 48 a 45, eso es mentira, porque hasta el año 1973, los trabajadores del comercio tenían jornadas de 44 horas semanales y todos los domingos y festivos libres.

- Desde ese punto de vista, ¿no hay avances en la materia?

E. H.: Durante todo el período de la Concertación no ha habido ningún avance favorable a los trabajadores, porque hemos tenido la pérdida de memoria, y esa pérdida de memoria ha sido el gran plus de la Concertación y de todos los dirigentes que le siguen el juego a la Concertación. Hay un trabajo muy bien hecho, por un abogado de derecha, que lo sacó en la revista análisis en abril de 1988, “los 181 derechos extirpados por la dictadura”. Todos los gremios perdieron esos 181 derechos, y si tú analizas los avances que la concertación dice que ha habido, te das cuenta que no ha habido avances, a lo más un acercamiento.

Mirando más fríamente y basándonos en que el año pasado se conmemoraron los 100 años de la matanza de Santa María de Iquique y nosotros en eso hemos sido muy explícitos desde el punto de vista del discurso y de transmisión a la gente, hemos

concluido que a principios del siglo XXI los trabajadores están en igualdad de condiciones laborales que a principios del siglo XX. Nos dirán que a principios del siglo XX no existía Código del Trabajo. Pero, a principios del siglo XX los trabajadores vivían en calamina, todo el día trabajando, a principios del siglo XXI los trabajadores viven en casa de 30 mts. cuadrados, todo el día trabajando sin poder estar y cuidar a sus hijos, producto de que los recursos no alcanzaban. Si ustedes comparan como vivían los trabajadores en el siglo XX con las condiciones socioeconómicas y culturales del siglo XX, son las mismas condiciones en las que existen en el siglo XXI. Ningún avance. Los viejos del siglo XX no recibían plata, recibían fichas. Los viejos del siglo XXI no reciben plata, reciben tarjetas. Por tanto, hoy día el trabajador trabaja para pagar lo que tiene que comer en dos meses más. No es menor el tema de que hoy día hasta el arroz lo puedes comprar en 3 meses precio contado. Mirándolo así, claro, hay más avances desde el punto de vista tecnológico y médico, ya la gente no muere como moría a principios del siglo XX, pero sí, la gente está más desesperada, las deudas los agobian. Eso genera que los trabajadores no se vayan movilizand, porque prefieren mantenerse con lo que tienen, porque por lo menos les permite vivir o sobrevivir, y en eso creo que ha habido una gran deficiencia por parte de los “pensantes”, que no han profundizado en ese tema.

- Nosotros entrevistamos al profesor José Luis Ugarte, y él también es de la opinión de que todas estas leyes que han entrado en vigencia durante los gobiernos de la Concertación y que se presentan como avances respecto de lo que significó el Plan Laboral, son sólo paliativos, porque, en el fondo, para abolir el Plan Laboral, lo que hay que atacar es precisamente la legislación sindical, igualar las condiciones de las partes negociadoras en Chile. Ustedes como organización sindical ¿Qué normas de derecho vigente consideran que les impiden lograr una negociación en igualdad de condiciones, entre empleador y trabajadores u organizaciones sindicales?

E. H.: Bueno, respecto a las normas del Código del Trabajo, todas, para dejarlo claro. Una de las falencias: nosotros vamos constantemente a los cursos que organiza la Dirección del Trabajo sobre negociación colectiva, les gusta hacer esa hueá, disculpa que lo diga, les encanta, y hacen cursos en hoteles, en la misma sede y nosotros vamos. Pero nos ha quedado claro que a los dirigentes sindicales no nos sirve lo que dice la ley y eso lo hemos recalcado en todo lo que dice relación con los elementos de la negociación colectiva. En nuestra escuela sindical nosotros tenemos la negociación colectiva dividida en tres clases. Una clase de 40 minutos respecto a lo que está en la ley, clase que en otras partes lo enseñan en cinco días, porque te quieren hacer ver la ley como abogados y está claro que no somos abogados. El resto, las otras dos clases, es lo que no está en la ley, lo que no te enseñan en otras partes. Lo que nosotros hacemos es preparar al viejo desde un año antes de la negociación colectiva hasta llegar a la negociación misma; cómo se tienen que implementar los sistemas de comunicaciones, cómo implementar los sistemas de prevención de huelga para juntar el dinero necesario, para estar prevenidos, cómo vincular a tu familia para que te apoye en caso de huelga, o sea, ver todo, cuáles son las actividades, qué se va a hacer durante la huelga, qué carteles se van a implementar, cuáles van a ser las acciones después.

Por ejemplo, de las dos últimas movilizaciones fuertes que tuvimos, una fue el caso de Montecarlo, de Santa Isabel, que fue con toma inclusive de la Dirección Regional del Trabajo, nosotros llegamos hasta el nivel de saber cuantos son los trabajadores que iban a quedar detenidos, teníamos proyectados que iban a quedar entre 10 y 30 trabajadores con un dirigente, cayeron 27 con el dirigentes que tenía que caer, o sea, los viejos sabían a lo que iban, llegamos a ese nivel de organización. Esa es la única forma, lo que no está en la ley lo tienen que saber a cabalidad los trabajadores. Lo que te enseñan otros es que el asesor, el dirigente sindical, es el que la lleva, el que dirige la asamblea. Nosotros hemos sostenido que eso es maquiavélico y malvado porque hace depender al trabajador de quien está arriba. Nosotros hemos planteado la situación al revés. El trabajador se hace parte, “yo soy el que está peleando por mi sueldo, por tanto yo soy el que resuelve hasta donde voy a llegar”. Nada se hace sin que los trabajadores

lo resuelvan, la ley permite hoy día que los dirigentes al simple arbitrio de ellos, en la mesa de negociación resuelvan firmar el contrato colectivo sin consultar a los trabajadores, los que no tienen ninguna sanción, ni moral ni efectiva. Eso lo hemos sostenido toda la vida, no debe ser así, los trabajadores deben ser los que resuelven y decidan cuando se firma. El caso de INTEGRAL de la semana pasada fue muy emblemático, el empleador que en este caso es Enrique Paris del Ministerio de Hacienda, les dijo “si ustedes firman hoy día les doy el 9% para el bono safe” que estaba en la discusión, porque ya tenían el 10% del reajuste de sueldo. Los trabajadores le dijeron “no vamos a firmar, porque mañana es la asamblea y mañana la asamblea lo resolverá”, “entonces ustedes díganle a la asamblea que lo que vamos a hacer es el 8,5%”. Le planteamos a la asamblea que el patrón ofreció el 8,5% y siguió el paro y al final logramos el 9%. O sea, tú cambias el discurso y haces sentir al trabajador que él es el importante, no los dirigentes y los asesores. Ese elemento hace que el trabajador resuelva “la cagamos” o “ganamos”. Al revés de otros trabajadores que dicen “me cagaron” o “ellos ganaron”. Los trabajadores asumen su culpa cuando fracasan y asumen su triunfo cuando avanzan. Educar, Organizar y Luchar, y lo hemos logrado así. Nosotros hoy tenemos un reajuste de sueldo de 40 mil pesos líquidos, y es una empresa subcontratista, eso es lo más importante, que es la empresa Transportes Oriente, empresa que transporta las bebidas de la C.C.U.

- ¿Ustedes negociaron ahí? ¿Podrías contarnos la experiencia?

E. H.: Si. Los que transportan negocian con su empleador directo y no compran el cuento de los balances, porque los balances reflejan clarito, tú ingresas 100 y pagas 99, queda 1 de ganancia para el empleador. Está claro, porque son empresas de servicio, todo eso, para decirlo en buen chileno, los trabajadores no lo pescan, porque tienen claro lo que es la C.C.U., por eso obligan al empleador a que negocie con la C.C.U., y la C.C.U. para que no se fueran a huelga, porque nosotros no íbamos a decir que estábamos

en huelga de Transportes Oriente, sino como trabajadores de C.C.U., soltó la plata y hoy los viejos han firmado por \$275.000 como remuneración líquida. Es producto de que estaban dispuestos. Y estoy hablando de trabajadores, sin mirarlos en menos por favor, trabajadores que tienen menos capacidad que uno por el hecho de que muchos de ellos ni siquiera han terminado 4º medio, porque son lo pionetas se tiende a mirarlos mal. Pero cuando ellos se convencen de que “yo soy lo más importante, yo soy el que genero”, son capaces de hacerlo.

- ¿Ellos ya tenían una organización, un sindicato?

E. H.: Hace muchos años ya, esta es su tercera negociación. Nosotros tenemos muchas organizaciones de empresas subcontratistas y hemos podido negociar, en ese concepto, planteándolo en ese sentido. A nosotros no nos interesa estar con el mandante como lo hace la Confederación del Cobre, como dicen “que traigan a la mesa a CODELCO” y todo el cuento, eso pasa a segundo plano, porque eso es propaganda política.

A nosotros nos interesa que la empresa subcontratista le diga al mandante: “mire si nos da las 50 lucas que queremos, no va a tener atados, sino, afuera nos va tener y vamos a dejar la cagá”. Nunca estuvo la C.C.U. en la mesa y no nos interesaba estar con la C.C.U., el mensaje fue súper claro al patrón, por que él lo planteó y lo dijo “no queremos ir a huelga porque esto puede generar la suspensión del contrato, ustedes transmítanlo a la C.C.U., sin intermediarios”. Insisto cuando los trabajadores asumen su rol lo superan. Y se firmó un contrato colectivo con todas la de la ley, con la firma del representante, no la de la C.C.U., sino el de la empresa subcontratista, con los reajustes y los dirigentes sindicales. Se hizo en Master, en Transportes Oriente, CyC que son los transportes subcontratados de Gasco, ahora estamos trabajando con las niñas de Prodec que son las subcontratistas del Banco BBVA. Se confunden los trabajadores cuando

creen que tener en la mesa al mandante hay un avance. Nosotros sostenemos que no es así.

- ¿Por qué?

E. H.: Súper fácil, porque el poder lo tienen los trabajadores, como bien lo decía Recabarren. Cuando los trabajadores se convenzan de que son un gran poder, como no hay otro, nadie podrá detenerlos. Por lo tanto, el mandante no es poder, el poder fundamental son los trabajadores.

- Pero se ha asumido que, en el fondo, el verdadero empleador es la empresa usuaria; se hace una negociación con esta empresa aunque no esté en la mesa, ya que igual se le mandan recados con la empresa subcontratista ¿Entonces, por qué sería tan negativo tratar de negociar con el mandante directamente?

E. H.: Es que si quieren venir, que vengan, no nos negamos, que quede claro; si quiere venir el presidente de CCU o del Banco BBVA o con quien estemos negociando, que vengan. Pero para nosotros no es fundamental que vengan, el cuento es que los trabajadores lo que quieren es mejorar sus condiciones y sólo cuando están preparados lo logran.

- ¿Cuántos sindicatos de subcontratistas están afiliados a la CGT?

E. H.: Desde el punto de vista de los holding, porque los holding son los mandantes, yo podría decirte que casi todos, porque en el holding Panamericana, que es un holding de hoteles, están todos los sindicatos de hoteles; está el hotel de Arica, el de Antofagasta, el Sheraton también, que ya los trabajadores ahí no son "Sheraton", sino

que son de la empresa Starbuck, empresas de servicio, de transporte de la C.C.U., transporte de GASCO, hace poco terminamos una negociación con el Hotel del Lago, en Pucón, cuyo dueño es Enjoy, una de las grandes empresas venezolanas.

- ¿Son sindicatos grandes, organizados?

E. H.: Para nosotros, desde el más chico al más grande todos tienen la misma importancia. Una vez, unas trabajadoras de una empresa contratista de Selecta, eran 7 mujeres que negociaron colectivamente en un local, ellas tenían solo un local, porque todas estas empresas tienen franquicias, que venden la marca, eran siete mujeres y todas mayor de edad, por no decir viejas, fueron capaces de comenzar la huelga a las 7 de la mañana, se colocaron en la Plaza de Armas, no dejaron pasar el camión con el pan, no dejaron pasar a los pacos y quedaron todas detenidas y a las 10 de la mañana ya teníamos la solución al problema. El patrón no quería que apareciera públicamente que carabineros golpeó a las trabajadoras de Selecta, porque no era bueno comercialmente. Desde el más chico hasta el más grande, cuando existe convicción, se puede.

- Entonces, en definitiva, la entrada en vigencia de la Ley de Subcontratación no implicó ningún cambio...

E. H.: No, ningún cambio...

- ¿No mejoró nada en materia de derechos colectivos?

E. H.: No, para nada.

- No promovió la sindicalización, ni menos la negociación colectiva...

E. H.: Absolutamente. Lo que sí generó es preocupación en el empresariado y sí, generó herramientas a los trabajadores para cobrar sus indemnizaciones cuando no cumplía el mandante, pero no era ese el objetivo fundamental. Porque el trabajador va a tener que recurrir él directamente, no va a haber alguien que le vaya a decir "no, tú eres trabajador de la empresa mandante".

- Volviendo un poco al tema de la negociación colectiva, si tuvieras la posibilidad de hacer las leyes que regulen la negociación colectiva, al estilo de José Piñera en relación al Plan Laboral que se ideó durante la Dictadura ¿Qué harías para existiera equiparidad de poder entre las partes en la negociación colectiva?

E. H.: Una sola, el decreto ley que estaba hasta el año 1973, volver a lo que ya teníamos. Entendamos una cosa, se nos dice que el sistema político y legal que existía hasta el año 1973 generó el Golpe de Estado y hoy la historia dice que eso es falso, es mentira. No podemos mentir, no desmentimos que hubo errores durante el gobierno de la Unidad Popular, sabemos que hubo errores, eso está claro. Pero del punto de vista de todas las leyes que obtuvieron los trabajadores hasta el año 1973, no fueron generadas por la Unidad Popular, fueron generadas en muchos años de lucha y sacrificio de todos los trabajadores, en todos los gobiernos anteriores. Desde Alessandri el año 1925 hasta Allende el año 1973. Por lo tanto, lo primero es recuperar lo que teníamos, simplemente eso. Ese elemento efectivo de negociación generará la única igualdad en el poder para negociar colectivamente. Podrán decirnos que somos radicales, que somos intransigentes, como ya nos han dicho, que como es posible que pensemos eso, y lo hemos sostenido porque lo demás es mentirle a la gente. Que la gente resuelva si lo que estaba hasta el 73 vale o no, pero la gente y los trabajadores hoy día no saben lo que teníamos.

Hasta 1973 no existía el tope de indemnización por años de servicio. Se nos dijo en 1990, cuando existían 5 años, que fue un avance lo de Aylwin, que lo aumentó de 5 a

11 años. Eso es mentira, no fue un avance, porque hasta el año 73 no existía tope. Hasta el 73, para despedir a más de 10 trabajadores, se necesitaba permiso del Ministerio del Trabajo y del de Economía conjuntamente. Cuando hoy día te dicen que cuando el empleador despide tú tienes la posibilidad de demandar para reclamar por el despido ¿es un avance? Falso, no es un avance, lo concreto sería volver a lo que teníamos hasta 1973.

- Yendo puntualmente a lo que es la negociación colectiva, antes del Plan Laboral existía en Chile la negociación por rama económica ¿Crees que eso es algo positivo?

E. H.: Es la única manera de mejorar el mercado donde tienen participación los trabajadores. Hoy día los patrones tienen como bandera de lucha, para no subir los sueldos, decir que el mercado laboral es así, que el mercado laboral no permite mayores sueldos. El problema es que el mercado laboral hoy lo manejan los patrones; hasta 1973 lo manejaban ambas partes a través de una mesa, y se fijaba un monto mínimo para cada uno de los cargos, y sobre esto negociaban después en forma individual cada establecimiento, por lo tanto está claro que hoy día en Chile el famoso mercado como elemento para no aumentar los sueldos es falso, porque el mercado lo manejan los patrones, entonces tiene que volverse a la negociación supra empresa, por rama de servicio.

- Uno de nuestros entrevistados, Martín Pascual, nos decía que de los casos insignes en el mundo en materia de negociación colectiva es España. En ese país existe negociación macro, que en Chile sería equivalente a una negociación entre la CUT y la CPC, y ellos negociaban los pisos mínimos de todo trabajador y a partir de ahí se bajaba

de nivel negociador por sector económico y posteriormente a la negociación particular de cada una de las empresas. ¿Les parece viable ese sistema?

E. H.: El mejor sistema es manejar el mercado entre ambas partes, entendamos que nosotros somos parte del mercado. Entonces si somos parte del mercado, lo mejor es que estemos en la mesa cuando se fije las condiciones comunes de remuneración y de beneficios. Si hoy día no estamos en la mesa, la conclusión es fácil, los patrones tienen la facultad de decidir que, por ejemplo, a todos los auxiliares les van a pagar el mínimo, \$159.000 y no más. El discurso del Gobierno es que el ingreso mínimo es exclusivo para ciertos trabajadores porque son trabajadores que no tienen capacitación, que no tienen perfeccionamiento y generalmente son trabajadores jóvenes, sin familia. De los 700.000 trabajadores que ganan el ingreso mínimo, puedes ver las estadísticas del INE, más de 500.000 tienen carga familiar, por lo tanto es falso el discurso del Gobierno, así de simple. De los más de 2.000.000 de trabajadores que ganan menos de \$250.000, todos tienen carga familiar, son casados y tienen familia, se ven obligados ambos a trabajar ¿qué pasa con los hijos? Porque hoy día no tenemos la posibilidad de estar en la mesa para fijar definitivamente las condiciones comunes de trabajo, y si no tenemos esa posibilidad, como la tienen los españoles, no existe una negociación colectiva efectiva, porque queda al arbitrio de las partes. La desigualdad es concreta, lo que dice Martín Pascual es correcto. España, Alemania, son de los pocos países que tienen ese modelo, algo que ha significado dignidad para los trabajadores.

- Hoy, en términos económicos está de moda el tema de la globalización, y producto de esta, el tema de la flexibilización laboral, entonces hay autores que señalan que la organización sindical no ha sido capaz de adaptarse aún a este nuevo escenario. Los ingresos del empleador ya no dependen sólo del consumo interno de un país, sino que dependen del precio de materias primas en el extranjero, como la bolsa de metales

de Londres, etcétera; en el fondo, se entiende que está toda la economía interrelacionada. ¿Qué opinas tú de eso?

E. H.: Nosotros como Confederación siempre hemos sostenido la tesis que en el tema de la globalización o de la flexibilización del trabajo, que es una demanda constante hoy día de los patrones, es el problema de fondo, primero; es que la flexibilidad está aparejada con las rebajas de costos y estas rebajas generan cesantía, el termino de puestos de trabajo, ese es el primer elemento concreto. Segundo; es cierto que las organizaciones sindicales no hemos profundizado en este tema de lo que significa la globalización y un elemento esencial por el cual no nos gusta el concepto del modelo neoliberal y el concepto de modelo de la globalización, ni el modelo de la flexibilización, es porque atentan, no contra el movimiento sindical, sino que atenta contra los trabajadores en su esencia. Los trabajadores están dependiendo hoy día de todo lo que significa esta globalización. Es inmoral hoy día pensar que yo que llevo 50 años trabajando, que tenía proyectado pensionarme anticipadamente el día de hoy, para estar a partir del 2009 con mi familia descansando, no lo pueda hacer producto de la famosa crisis que generaron hombres, eso es inmoral; me podrán decir que legal, pero yo hoy día no me puedo pensionar por el tema de la famosa crisis, tengo que esperar 2 años más para recuperar todo lo que estos bellacos perdieron de mi plata, eso no tiene doble lectura.

El modelo neoliberal de mercado que se habla de que es beneficio, claro, pero ¿Para quién? ¿Para los que dan mil millones a la Teletón? Y el problema ahí lo tienes, una de las cosas que nosotros discutimos es el tema de la solidaridad, nos sacan en cara el tema de la solidaridad porque es un tema global; vamos a solidarizar con los niños que se están muriendo de hambre en África, que muere uno cada 5 segundos, solidarizamos con los minusválidos acá, con las ballenas que están matando los japoneses, con todos solidarizamos. Resulta que los afectados son miles y miles, pero son pocos los que generan esa hecatombe y no atacamos en profundidad el tema ¿Cómo terminamos con el hambre en África? nadie lo dice ¿Cómo terminamos con estas campañas absurdas como

la Teletón? no digo que el efecto de la Teletón, lo que genera, esté mal, eso es perfecto, pero me parece burlesco y grotesco para la sociedad publicar en la prensa que para solidarizar se tenga que pagar 8 millones y medio para comprar un vestido que va a ocupar una vedette para bailar en pelota. Es una muestra del doble estándar. Es jugar con la esencia de ser solidario. Ayudemos a los niños que mueren de hambre en África, perfecto, pero vamos al punto de fondo, ver por qué se están muriendo, ¿por qué? por que se están enriqueciendo otros a costa de esos niños. A muchos les sirve que esos niños se mueran de hambre. Entonces el problema de la globalización es ese.

Hoy te hablan todos del neoliberalismo, pero si destruyeron el mercado textil, una camisa puede costar poco dinero, pero para hacerla trabajaron niños de 6 años que ganaron 500 pesos al día y amarrados, en Tailandia, en China, etcétera. En cambio, todas estas grandes organizaciones como la ONU, la UNICEF, hacen la vista gorda porque resulta que reciben plata de la empresa de la camisa que tú compraste, entonces no vamos a lo profundo del tema.

- Mi pregunta iba más orientada a la posibilidad a agruparse en forma internacional.

E. H.: Existen tres organizaciones a nivel mundial, está la FSM, la CLAT, la CIOSL, muy conocida en Estados Unidos, y cada organización es libre y soberana donde está. El problema es que en las discusiones a nivel mundial, hoy día los trabajadores no estamos metidos. Las organizaciones superiores que existen a nivel internacional lo único que hacen es recoger todos los problemas e informarlos al resto del mundo, no existe mayor preocupación. El único organismo que, entre comillas, atiende las discusiones o las denuncias es la OIT, pero hoy día no tienen ningún poder. Nosotros actualmente tenemos ocho denuncias ante la OIT y lo único que hace la OIT es recomendar, no es vinculante.

Tenemos un ejemplo muy claro cuando digo que juegan o nos mienten los grandes poderes. En ocho días más se conmemoran 60 años de la Declaración Universal de los derechos humanos, en el preámbulo de la Declaración se señalaban como objetivos difundirla, discutirla, analizarla y estudiarla. Anda a los colegios, son 30 artículos, ¿cuántos conoces tú? Todo el mundo nos habla de los derechos humanos sobre la base de lo que ocurrió en 1973, con la Dictadura, la tortura, los ejecutados políticos y todo ese cuento. Perfecto, no digo que no corresponda, pero también es un atropello a los derechos humanos que se juegue morbosamente y se muestre por la televisión niños minusválidos sufriendo, eso es un atentado contra los derechos humanos de esos niños, porque el Estado tiene que tener la responsabilidad social de darles todo el apoyo necesario. Se juega morbosamente, salen miles de trabajadores denunciando y no hay respuesta del Estado, eso atenta contra los derechos humanos; es un atentado contra los derechos humanos cuando a una familia le pasan la casa para que viva, donde se le llueve y se le derrumba por la mala construcción, cuando un padre tiene que hacer un escándalo en un hospital para que atiendan a su hijo que se está muriendo de cáncer. Es un atentado que un niño muera de un balazo en la cabeza mientras hace las tareas en un cyber-café, producto de unos pandilleros que están peleando. Todo eso son violaciones a los derechos humanos, cuando se cumplen 60 años desde la Declaración. Nadie dice nada. Es un atentado contra los derechos humanos que una vendedora, que tiene dos hijos, que es madre soltera se tenga que levantar todos los días a las 6 de la mañana para llegar a su puesto a las 8 de la mañana y salir a las 10 de la noche, llegar a la casa a las 12 de la noche, para poder llevarle alimento a sus hijos porque es sola. Ese es el problema de fondo, eso no lo dice el Gobierno.

- Volviendo al tema de la subcontratación, otro asunto que la Ley deja pendiente es la igualdad de salario. Considerando que hoy existen legalmente dos categorías de trabajadores ¿Como Confederación, qué les parece esta realidad de precarización del trabajo a través de la externalización?

E. H.: Primero, no es tan solo el tema de la externalización. Una cosa que hay que dejar clara es que acá hubo una gran mentira, partiendo desde la Presidenta de la República que firmó la Ley hacia abajo, cuando se nos dijo que se terminaban las desigualdades de los trabajadores. Eso es falso. Las desigualdades se han profundizado, no tan solo con los trabajadores subcontratados, sino que en otras áreas también, que quede claro. Hoy existen trabajadores del comercio de primera y de segunda categoría, existen trabajadores con jornada de trabajo de primera y de segunda categoría. Un caso concreto, si uno dice que la jornada es de 45 horas, es falso. Hay trabajadores que por ley deben trabajar 60 horas a la semana. Las empleadas de casa particular, los trabajadores que atienden directamente al público como los garzones y las camareras en los hoteles. Pueden trabajar por ley 60 horas. Cuando se nos dice que los trabajadores del comercio van a tener la facultad de descansar el 18 de septiembre, el 25 de diciembre, el 1° de enero y el 1° de mayo, eso es falso, porque es sólo para los trabajadores de los centros comerciales, los centros comerciales comunes y corrientes que son individuales y también los hoteles y restaurantes que también son comercio no tiene esa facultad. O sea, la discriminación legal la ha implementado el Gobierno, y la va a seguir implementando. La única manera concreta de igualar o pelear por mejores condiciones, es a través de un proceso de organización, que no necesariamente tiene que ser a través de la negociación. Los trabajadores educados, organizados, tendrán que dar la lucha.

- En Chile hay una diferencia de poder entre las partes al momento de la negociación colectiva. Durante la entrevista, tu postura para hacer frente a esto es tomar acciones por vía ajurídicas, al margen de la ley. Para lograr mejores condiciones de trabajo ¿qué pueden esperar los trabajadores? ¿seguir apelando a estas vías de hecho?

E. H.: Nosotros hemos sostenido que existe una gran crisis sindical, de carácter terminal, para dejarlo claro. Existe una crisis sindical porque hay un descontento

generalizado de los trabajadores, y ese descontento está graficado en que hoy día la sindicalización sigue bajando, los niveles de representación en la negociación colectiva siguen bajando, y si a eso le sumamos que la forma de mantener el poder por parte de los dirigentes históricos, que siguen posicionándose fuertemente, no es muy democrática, ha significado, en definitiva, que el trabajador se esté desencantado de su organización sindical, por lo tanto, lo que hay que esperar es una destrucción del movimiento sindical, y luego de eso, tendría que resurgir una nueva forma de organización para poder pelear por nuestros derechos.

Se les critica mucho a los anarquistas su forma de actuar, pero nadie ha profundizado en cual fue el rol fundamental que ellos jugaron desde 1891 hacia adelante, cuando empezaron a crearse las primeras organizaciones obreras del país, donde no existían los partidos políticos. Los anarquistas fueron los primeros forjadores del movimiento sindical, o de lo que llamamos el movimiento sindical, a través de las mancomunales y se les desconoce esa condición. Hoy los trabajadores tienen claridad de que no tienen gran esperanza en las actuales posiciones de poder político, solo los queda la creación de algún movimiento o instancia, donde se represente efectivamente a los trabajadores. El movimiento sindical va a quebrar, va a finiquitar, en 5 ó 10 años, no sabría decirte, ya que actualmente existe una organización que no representa a los trabajadores, los trabajadores no creen en las organizaciones.

Nosotros tuvimos un caso aquí de un sindicato que no quiso que nosotros los asesoráramos porque no les cobrábamos. Prefirieron contratar a un abogado que cobrara 7500 pesos por socio, a alguien que no les cobrara. Y eso es porque la gente no cree, existe desconfianza.

Cuando nosotros salimos a la calle a entregar nuestro material para educar a los trabajadores, la gente al recibir los panfletos duda, porque piensan que le estamos vendiendo algo, cuando lo que contienen no es más que sus derechos fundamentales. Muchas personas no te van a creer y tienen razón en no creer, nosotros no podemos

criticar esa actitud, la única forma concreta de poder revertir el tema es a través de la perseverancia. Aquí se trabaja de lunes a domingo, se tiene la sede a disposición, la escuela sindical está disponible para todos, tenemos clases de piano, guitarra para los hijos de los trabajadores a un costo mucho menor, por fuera te sale 15 mil pesos la hora, acá los hijos de trabajadores vienen por \$2.500 pesos. Tenemos psicólogo a disposición de los trabajadores. La idea es volver a reencantar a los trabajadores. Si todas las organizaciones lo hicieran.

- Pero no será este desencanto hacia los sindicatos el hecho de que por el poco equilibrio que existe entre empleadores y los sindicatos, no es mucho lo que pueden lograr. A lo mejor, si el marco legal permitiera al sindicato hacer conquistas mucho más significativas, más grandes, existiría un reencantamiento de los trabajadores hacia las organizaciones sindicales...

E. H.: No necesariamente. No confundas ese tema con que la ley nos va a solucionar el problema. Porque los trabajadores generalmente pueden pensar eso, y lo piensan, lo han dicho. Para el trabajador es mucho más simple que otro le busque la solución a sus problemas. Les es más cómodo venir a la asamblea, escuchar a sus dirigentes y ver que es lo que le están dando sus dirigentes, para después decir "les fue bien" o "les fue mal". Es mucho más cómodo ese sistema de sindicalismo de quedarse sentado a escuchar, que hoy es lo que te dicen todos, traes a un parlamentario a la asamblea y quedan todos maravillados.

Nosotros revertimos eso cuando el viejo se convence "yo soy el que genero el cambio". Nunca nosotros hemos dicho que esta Confederación a través de su perseverancia, su unidad y su lucha logró que se dieran dos domingos libres al mes para los trabajadores del comercio, fuimos nosotros los que ganamos ese derecho; cuando

digo nosotros me refiero a los 20.000 afiliados, de Arica a Punta Arenas, que se movilizaron en todo el país por ese derecho. Someramente, suavemente, sin mucha prensa porque no hicimos tanto escándalo, pero generó eso, porque fuimos puntudos en meter el tema.

Hemos sido capaces de decirle a la autoridad públicamente, es cosa que lean nuestro documento a través de la web, que la Presidenta y el Ministro mintieron a los trabajadores. ¿Por qué no nos ha llegado ningún desmentido de la autoridad? Cuando el trabajador percibe eso es cuando llega acá. Aquí me consideran, aquí me toman en cuenta. Cuando tú escribiste la primera vez, se te respondió de inmediato. Eso es concreto. Tú acá no viniste a entrevistar a Esteban Hidalgo, tú viniste a entrevistar a la Organización.

Muchos le echan la culpa a (Arturo) Martínez, de traidor, nosotros ignoramos a Martínez, es más, en nuestros documentos jamás hemos dicho "la CUT vale callampa", ni hemos ido a tirarle huevos a Martínez, ni vamos a salir discutiendo que los dirigentes de la CUT venden a los trabajadores.

Como decimos acá "tú tienes derecho, peléalos, llámanos si tienes algún problema", vuelves a reencantar al trabajador. Si esto es así, el marco legal no te sirve, es un marco, no más que eso. Si hasta el año 1925 nosotros no teníamos leyes, y hubo grandes avances, las primeras mancomunales, es cosa de profundizar. La primera ley en Chile fue "la de la silla" (1914), no lo olvidemos, una ley donde no existía el Código del Trabajo, pero se consiguió una ley a través de la movilización en Valparaíso, la ley favorecía a los trabajadores de Aduana, pero después se extendió a todos los trabajadores del comercio, para que los trabajadores pudieran tener una silla para descansar cada 20 minutos. Entonces ¿Para qué necesitamos ley cuando lo que queremos es cambiar?

- Es interesante este tema. Hay autores que señalan que el Derecho Laboral es una construcción patronal, consistente en dar unas pocas concesiones a los trabajadores para dejarlos tranquilos. En base a eso y parafraseándote, lo que tú planteas es hacer caso omiso de la ley...

E. H.: Nosotros hemos avanzado mucho en ese aspecto de lo que está en la ley. La ley dice que el empleador tiene que descontarte de tu indemnización cuando te despide el 1,6% que él aportó para el seguro de cesantía. Nosotros hemos logrado, a través de la negociación colectiva que los patronos, en caso de despido, no descuenten este porcentaje del seguro de cesantía.

No podemos lograr que no existan despidos, porque eso sería inconstitucional, pero hemos logrado que en caso de despido, la indemnización se duplique. Hace poco, en una negociación, se logró que para efectos de aguinaldo, de beneficios y de carga de escolaridad, el empleador asumía la imposición del trabajador. Cuando existe determinación se puede avanzar. Cuando no se puede, no se puede no más. Nosotros tuvimos una huelga en Comercial Valencia 24 días y no ganamos absolutamente nada. Pero los viejos asumen que el fracaso fue de ellos, entendiendo que hubo un gran avance ya en el hecho de haber ido a huelga.

Los viejos que ganaron ahora no asumen que fue gracias a la Confederación, es cierto que la organización jugó un rol fundamental, pero nosotros les hemos enseñado que son ellos los actores fundamentales, por tanto esto lo ganaron ellos, se felicitan entre ellos, no felicitan al directorio. A otros no, a otros les gusta recibir todas las felicitaciones.

- Es común que cada vez que se plantean temas como lo que acaba de ocurrir con la ANEF, cuando salta a la palestra el tema laboral, generalmente se entrevista a las mismas personas para que den opinión acerca de los efectos que va a tener una huelga, o

determinada reforma laboral, etcétera, y jamás se entrevista a los sindicatos ¿cómo se sienten ustedes como organización sindical en cuanto a la difusión que tienen sus ideas?

E. H.: Hay una teoría, no recuerdo quien la escribió, sobre el tema de construir la historia. Tu viste el caso de la ANEF, ellos hablaban de un 14,5%, después hablaron de 2 dígitos, y ahí ya tienes un rango que va desde 10 hasta 99, y ganaron 10%, lo más bajo. Eso se llama construir. Por tanto el sistema ordena a quien hay que entrevistar y quienes construyen, no a quien está más abajo, sin desmerecer lo que dice la ANEF. Porque si sacamos cuentas, si el IPC fue 9,9%, el reajuste que fueron 10% y el aumento real fue de 0,1%, logrando lo que ellos querían, que fuera dos dígitos. El problema será que cuando los trabajadores hagan la evaluación algo raro va a salir.

- Había algunos indignados, sobre todo del área de la salud que son uno de los gremios que menos ganan, porque el reajuste les iba a significar sólo 20 mil pesos más...

E. H.: Sí, porque eso es construir el mensaje. ¿Cuántos mensajes nos están construyendo hoy subliminalmente? El del progreso de Chile es uno, tu mismo lo viste en el caso de los estudiantes, por eso siempre entrevistan a los mismos. El problema de fondo es que para revertir eso la única forma es trabajando desde la base, porque esos "únicos" son los sabedores de la verdad y los demás somos una tralalá de ignorantes, que no tenemos derecho a pensar y tenemos que hacer caso a lo que ellos dicen, porque por algo son "únicos".

Revertir ese tema es lo que hay que hacer. No les gustará algunos, ya que somos muy puntudos por no tener compromiso político con nadie, independientemente de que algunos militen, no tenemos problema en mandar a la cresta. Muchos nos dicen que somos más comunistas que los comunistas, podría ser. Pero lo concreto es que a mí me parecería una vergüenza sentarme al lado de los mismos que mandaron a asesinar a mis compañeros y hoy día, en aras de avanzar para terminar con el binominal, me voy a

sentar. Eso es construir una mentira. Entonces por eso vamos a ver siempre las mismas figuritas.

El próximo año cuando haya que hablar del reajuste del salario mínimo de nuevo, vamos a hablar de cuánto, de 160 mil pesos, pero después vamos construyendo discursos. Monseñor Goic habló de 250 ¿quién le dijo a Monseñor Goic que la gente necesita 250 mil pesos para vivir? ¿De a donde sacó ese dato? Construyó la mentira y hoy todo el mundo habla del salario ético.

Ese es el problema de fondo, está lleno de mentiras. Y te hablo desde la izquierda hasta la derecha, son todos parte de la misma mentira.

- Son los medios de comunicación los que ayudan a construir esto, porque son medios interesados. Ustedes como CGT nos contaron que manejan una editorial ¿qué medios manejan?

E. H.: Tenemos un periódico de corte mensual, además tenemos tres programas de radio. El periódico que sacamos con corte mensual, se pueden ver en nuestra página web, están todos los periódicos con opiniones y lo otro que hacemos constantemente es la asamblea. Hoy día me puedes ver a mí aquí conversando contigo y mañana dirigiendo una asamblea grande y todo el cuento, y después verme en la calle vendiendo diario en el puesto y entregando panfletos.

- ¿y la publicación de un libro, cierto?

E. H.: Claro, vamos a sacar el segundo libro. Tiene que ver con educar, lo fundamental es hablar con palabras que el trabajador pueda entender. En el último número del periódico el economista Juan Radrigán explicó muy bien lo que es la crisis, y por qué se generó ésta, cómo especulan con la plata de los trabajadores. El problema

es que todos te hablan difícil, ves el noticiero, al final, el índice Dow Jones subió tanto, el IPSA bajó tanto, etcétera. De 100 televidentes que ven esa señal, dos entienden y 98 no tienen idea qué es, la gente no tiene idea que es el IPSA, pero qué alivio que subió el IPSA, porque se construyó una mentira, está todo sobre la base de construir mentiras.

Por eso cuando ustedes me preguntan de la globalización y el sistema neoliberal y todo el cuento, ¿Qué te voy a decir? si el viejo de abajo no tiene idea lo que es la globalización, el cree que es un globo no más donde están las hueás. Ese es el problema. Igual que cuando se habló del tratado del tratado de libre comercio, la señora de la esquina no tiene idea que es el TLC, que es el NAFTA. Que llegaron productos más baratos y todo el cuento, claro que llegaron, hoy día ya no te lo venden a 24 cuotas, pero te lo venden a 12 cuotas igual. Y avanzamos, claro que avanzamos, ya no estoy encalillado en dos años, ahora estoy en encalillado a uno. Esa es la esencia misma del problema. Podrán decir que no avanzamos nunca, que somos bastante utópicos en la forma de pensar, que somos casi extremistas, podrán decir lo que quieran, pero nosotros dependemos de un congreso que ya el año 2004 fijó los lineamientos, tenemos congreso el próximo año y va a volver a fijar los lineamientos. Si el Congreso, que es la máxima autoridad de la Organización, resuelve que hay que alinearse al sistema, nos alinearemos al sistema aunque no estemos de acuerdo.

- ¿y tú?

E. H.: Yo dependo de una organización y la respeto, porque es la máxima autoridad.

4. MARTÍN PASCUAL.

Cientista político.

Investigador CENDA.

7 de noviembre 2008.

“Hay que romper con la matriz perversa del Plan Laboral”

- Al hacer un análisis, incluso somero, de la legislación chilena de Derecho Laboral actual, se puede advertir que a partir del Plan Laboral de la dictadura existe una evidente tendencia a la acentuación de la desigualdad de poder entre las partes de las relaciones laborales, sin perjuicio de algunos paliativos introducidos por los gobiernos de la Concertación. Teniendo en cuenta esto, ¿cuál es el balance que usted realiza del actual estado de esta legislación?

M. P.: Sin duda se han producido avances importantes, incluso creo que es en este período, en el Gobierno de Bachelet, donde se han producido las modificaciones más importantes, como por ejemplo la Ley de Subcontratación (N. de la R. Ley 20.123), que si bien está aún entrampada en un asunto de modificación, ya que hay un proyecto de ley que busca darle facultades a la Dirección del Trabajo para llevar directamente los casos a la justicia, que es precisamente lo que se cuestionó en el proceso de los subcontratistas de CODELCO que llegó hasta la Corte Suprema, es una ley que ha

permitido dar a conocer una realidad que no estaba clara; según estadísticas que aparecen en el diario La Tercera, en su edición del 15 de junio de 2008, de las fiscalizaciones de la Dirección del Trabajo se concluyó que 448.000 trabajadores aproximadamente se encontraban mal calificados en su relación contractual laboral con su respectivo empleador, por lo que se ordenó a las empresas internalizarlos.

Otro avance importante tiene que ver con la promulgación de la ley que iguala el salario mínimo con el sueldo base, ya que en nuestro país existen situaciones en que trabajadores eran contratados hasta por un peso, pasando a ser el sueldo variable el total de la remuneración. En términos generales, en CEMDA hemos detectado que los sueldos variables, en general, representan casi el tercio de la remuneración de los trabajadores, y esto se da no sólo en el sector comercio, en el cual se utiliza esta práctica para incentivar el trabajo de los vendedores, sino también en grandes empresas de la agricultura, en que los trabajadores tienen un sueldo base de \$ 50.000.-, \$ 80.000.-, es decir, que están en la mitad o en un tercio del salario mínimo. Así que me parece que esta reforma es un avance muy importante en vistas de reducir la precariedad del trabajo. Asimismo, creo que todo lo que se está haciendo en pos de la igualación de la remuneración entre mujeres y hombres es trascendental.

Otro punto interesante fue el intento, aunque limitado y comprendido dentro de las reformas de la Ley de Subcontratación, de modificar el concepto de empresa, que fue finalmente cuestionado e impugnado ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, entiendo que la idea de modificar el concepto de empresa persiste y será objeto de otro proyecto de ley. Es necesario a mi entender precisar bien el concepto de empresa y el de empleador, porque hoy día se da la anomalía que, por ejemplo, una empresa como D&S opere con 150 razones sociales distintas, por lo tanto, los trabajadores por decirlo así de LIDER no podrían negociar nunca juntos, o también existe el caso de Agrosuper, que incluso ha sido motivo de conflictos últimamente, que tiene 35 razones sociales, por lo que sus trabajadores tampoco pueden negociar colectivamente; así que de aprobarse una

reforma como esa se evitarían estas situaciones de abuso y de anulación de la acción colectiva de los trabajadores.

Otro punto que merece atención es la modificación de la Ley de Compras Públicas, promulgada en enero pasado, la cual si bien no tiene un carácter precisamente laboral, tiene efectos interesantes desde ese punto de vista: establece que aquellas empresas que han violado los convenios internacionales sobre libertad sindical, negociación colectiva y otros afines no podrán ser abastecedoras del Estado, lo cual no es una cosa menor puesto que el estado compra anualmente 4.500 millones de dólares, por lo que es un cliente a considerar para las empresas. Por ejemplo, Agrosuper en el año 2007 recibió multas por alrededor de 120 millones de pesos, pero el Estado le compró 7 millones de dólares, entonces, para esta empresa la compensación es evidentemente rentable.

Un tópico que está pendiente y que se ha anunciado varias veces, y que ahora, en el contexto de la crisis, se ha intentado bloquear por los centros de investigación asociados a la derecha, por la derecha misma y también por el Consejero del Banco Central Enrique Marshall, en el sentido que se debiera paralizar cualquier tipo de reformas en el plano laboral, es lo que expresó la Presidenta Bachelet desde su primer discurso y que lo ha reiterado permanentemente, cual es su voluntad de avanzar hacia el trabajo decente, esencialmente dándole la posibilidad a los trabajadores que se sindicalicen y negocien colectivamente, porque la sindicalización está en el orden del 11% y la negociación colectiva en términos generales está en el 8%, pero en el sector privado está en el 5,5%, cifras que comparativamente con otros países, como España, donde incluso existe una composición de las empresas similar a la chilena, en el sentido que el 80% del empleo está en las unidades PYMES, más del 80% de los trabajadores son cubiertos por la negociación colectiva. Entonces, ¿Qué es lo que falta entonces para romper con esta matriz perversa que hemos heredado de la Dictadura, llamado Plan Laboral? Falta precisamente hacer efectivo el derecho a la sindicalización y a la negociación colectiva y para eso se tiene que romper el marco del Plan Laboral que

plantea la negociación por empresa, con agravantes como el hecho que las empresas están haciendo uso del mecanismo de la multiplicidad de razones sociales, que los trabajadores pueden ser reemplazados durante la huelga, lo que por tanto la vuelve inefectiva. Es por esto que en CENDA tenemos la propuesta que se debe abrir la negociación colectiva a todas las formas de trabajo que se dan en nuestro país, pero abrirlas en términos de negociación real, porque en la actualidad si bien el Código del Trabajo contempla la posibilidad de negociación interempresas, ésta sólo puede producirse en la medida que los trabajadores encuentren un grupo de empleadores que estén dispuestos a negociar con ellos; también contempla la posibilidad de negociar a los temporeros agrícolas, pero tienen que negociar un mes antes de empezar las faenas, y no existe ningún temporero agrícola que sepa donde va a trabajar hasta el día en que se para en la carretera y lo pasa a recoger un subcontratista o un enganchador. Como puede advertirse, existen deficiencias muy grandes que conspiran contra el cumplimiento de uno de los principios fundamentales de la OIT respecto del trabajo decente, cuales es la relación libre y equitativa que se debe establecer dentro de la empresa. Entonces, dichas modificaciones son fundamentales, y cambiarían de manera radical la situación laboral de nuestro país. Evidentemente, el mundo del trabajo ha cambiado. Pensar hoy en un trabajador que ingresa a una empresa, que permanece 30 años en ella, que hereda el cargo al hijo, que vive en la población de la empresa, por ejemplo Yarur, Sumar, que tiene hasta un recorrido de micros, el mismo Yarur Sumar, es casi ilusorio. Ese tipo de empresas ya no son de común existencia; hay algunas, pero son la herencia de un pasado, como por ejemplo Unilever, Soprole, Nestlé, Holding Pizarreño, pero lo cierto es que las empresas hoy en día, y lo dice la ENCLA, no otorgan la estabilidad laboral que otorgaban en el siglo XX. Así, en las grandes empresas sólo el 68% de los trabajadores están contratados con contrato indefinido, es decir, tenemos un 32% de trabajadores en las empresas grandes que prestan servicios de manera distinta a la contratación indefinida, como contratos a plazo fijo, a honorarios, subcontratados, suministrados, etcétera. El mayor índice de contratación indefinida está en las microempresas, con un 82%. Este carácter de la inestabilidad también se refleja en los

números de la subcontratación. En las grandes empresas, más del 70% afirma haber usado este mecanismo para proveerse de trabajadores y un 33% utiliza este personal subcontratado en la actividad principal de la empresa. Entonces, nos encontramos con un trabajador distinto al anteriormente descrito, aquél que es el paradigma del trabajador del siglo XX, el cual recibía del trabajo toda la protección social, como vivienda, educación, salud, etcétera. Hoy en día esas prestaciones deben contratarse de forma externa e independiente, lo que es síntoma de que estamos frente a una nueva realidad laboral, la cual es una realidad mucho más movible, dinámica. Frente a eso, nosotros en CENDA proponemos que esta nueva realidad se asuma, pero no se puede asumir esta con un marco tan estrecho como el que contempla el Plan Laboral, sino que, por ejemplo, necesariamente se tendría que negociar por rama; esto, si bien no impide la alta movilidad de trabajadores, pudiendo éstos deambular de una empresa a otra, pero se asegura que queda un piso mínimo negociado, que es lo que ocurría antes del Plan Laboral. Esto ahora se hace unilateralmente por parte de los empleadores. En CENDA hicimos una investigación en que tratamos de articular a un grupo de sindicatos de cuatro empresas que estaban negociando en el valle de Casablanca y la propuesta de los empleadores fue la misma en las cuatro empresas, siendo que estas eran de realidades totalmente distintas: una empresa de 400 hectáreas, otra de 80 hectáreas y dos de 40 hectáreas, y pese a eso, hubo articulación entre el empresariado. Antes en la construcción se negociaban los tarifados; ahora, la Cámara Chilena de la Construcción emite una publicación en la que indica los precios de mercado. Así, dice, “se está pagando tanto...” y esa es la orientación para los empresarios. Todo esto antes se negociaba, pero hoy es el empresariado el que fija unilateralmente el tarifado.

Cuando los españoles dicen tener cubierto el 80% de los trabajadores del sector privado con la negociación colectiva, lo que están diciendo es que primero negocian nacionalmente, determinando un piso mínimo de salarios y beneficios sociales, que es lo que hace en alguna medida en Chile la CUT con el sector público o cuando se fija el salario mínimo; después se negocia sectorialmente, y finalmente se recurre a la negociación por empresa, y cuando se llega a ésta ya se tienen los pisos establecidos, los

que sin duda se fijan con un valor de mercado. Nadie podría pretender, por ejemplo, fijar el precio del tornero según la remuneración que recibe el tornero de la maestranza de Chuquicamata, cuando la mayoría de los torneros están al nivel de los tornerías de Diez de Julio. Así, de acuerdo al mercado, se fija un tarifado y según cada empresa, su productividad y sus utilidades, se va mejorando la situación relativa de los trabajadores.

Esto es lo que esta legislación perversa trató de romper, forzando una relación personal del trabajador con la empresa, eliminando su faceta social, dividiéndolos e impidiéndoles en la práctica actuar como un colectivo eficiente, lo que se expresa en las restricciones a la huelga, en la posibilidad de que otros grupos distintos al sindicato puedan negociar, los cuales, de hecho, ni siquiera se juntan efectivamente a negociar. Respecto a esto hay un famoso caso de Ariztía que fue condenado incluso por la OIT. Los trabajadores de la planta procesadora que queda en la Panamericana presentaron en el año 2001 un pliego de peticiones por medio del Sindicato N° 1 en representación de 320 trabajadores. La empresa respondió que la pretendida negociación era ilegal, por cuanto existían 120 trabajadores que tenían firmados convenios con ella, por lo que no podían negociar de nuevo. Efectivamente, los trabajadores cuando entraban a trabajar, los reunían en una sala, y quien los recibía les mostraba un contrato y les preguntaba si estaban de acuerdo con él. Ese contrato, a la larga, resultó ser un convenio colectivo, y los trabajadores nunca se enteraron que lo habían suscrito. Después de cinco años de litigio, los trabajadores perdieron esta causa en la Corte Suprema. Es más, los trabajadores fueron despedidos el mismo año 2001 de la empresa, el sindicato quedó hecho trizas... y esto es una práctica común entre las diferentes empresas.

Otra práctica antisindical común consiste en que los sindicatos negocian colectivamente y después el empleador hace extensivos los beneficios logrados a todos los demás trabajadores no afiliados, como forma de desincentivar la afiliación al sindicato.

En síntesis, creemos que ha habido avances, pero todavía no se rompe con el núcleo duro de esta legislación heredada de la dictadura, aquella que da la posibilidad de formar múltiples sindicatos dentro de la empresa, hasta 10, ya que cada uno al menos debe reunir el 10% de los trabajadores, pero se da el caso que sólo el 46% de las grandes empresas, es decir aquellas que tienen más de 200 trabajadores, tienen sindicato. Como puede explicarse que en una empresa de más de 200 trabajadores no van a haber 25 u 8 personas para partir con el sindicato dispuestos a formar uno.

- El temor a perder el trabajo...

M.P.: Claro, eso es lo que dicen todas las encuestas. La ENCLA, y en general cualquier encuesta, demuestra que los trabajadores tienen una alta valoración del sindicato, pero los trabajadores no se arriesgan a sindicalizarse, porque existe un hostigamiento, una advertencia implícita y explícita hacia los trabajadores para que no lo hagan. Entonces, tenemos este problema de los múltiples sindicatos. Relacionado con esto está el problema de la afiliación. Antes del Plan Laboral, cuando el trabajador entraba a la empresa quedaba automáticamente afiliado, pudiendo después desafiliarse. También, el hecho que pueda negociarse al margen del sindicato, la limitación de sólo poder negociar por empresa, las restricciones que tienen los trabajadores para obtener la información necesaria para poder negociar colectivamente. De hecho, los trabajadores generalmente tienen que apelar a la Dirección del Trabajo, y ésta sólo vía Servicio de Impuestos Internos consigue la información financiera para que los trabajadores puedan negociar colectivamente, ya que en general los trabajadores llegan a ciegas a ella.

Así, ese es el núcleo duro y es por eso que se hace deseable la negociación por rama económica y no sólo por empresa, de manera que puedan ser entidades mayores. Esto es lo que cambiaría radicalmente la situación de la sindicalización y la negociación colectiva en nuestro país.

A propósito de esto, recién estaba leyendo un artículo que se refería a los postulados de Obama al respecto de los tratados de libre comercio. Como ustedes saben, Obama votó en contra del TLC de Chile con Estados Unidos, y entre otras cosas, votó así por el tema laboral, de los sindicatos y de las relaciones de trabajo. Obama planteó dentro de sus discursos de campaña que había que revisar estos TLC porque le parecía que lo que estaba en ellos planteado, por exigencia de Estados Unidos, respecto a cláusulas laborales, era letra muerta, y que no se aplicaban. El TLC sólo puede ser impugnado por los gobiernos firmantes; un particular no puede reclamar que las cláusulas laborales no se están cumpliendo, necesariamente debe ser patrocinado por los gobiernos. El Gobierno de Bush no tiene ningún interés en reclamar y el Gobierno chileno obviamente se ha hecho el sueco respecto al no cumplimiento de las cláusulas laborales. Entonces, lo que se puede venir es complicado, porque también Chile está ingresando a la OCDE, está como miembro asociado, por lo que tiene que aplicar sus directrices, estamos en etapa de evaluación, pero una vez siendo miembro pleno las insuficiencias no se dejarán pasar. De hecho, de la etapa de evaluación ambiental no se obtuvieron buenos resultados, y vamos ahora a entrar en la evaluación laboral y difícilmente se obtendrán buenos resultados con la legislación existente. Toda esta idea que en la inserción en el mundo de Chile nuestra ventaja comparativa es el mercado laboral y ambiental, que no es otra cosa que dumping laboral y dumping ambiental, es una creencia que va en franca retirada, más aún si consideramos la crisis y los cambios que trae aparejada, que traerán un retorno a la regulación, aumentarán el proteccionismo. Por lo tanto, la idea de dejar que el mercado regule es una idea en retirada.

- Precisamente de lo que estamos hablando, la influencia internacional, principalmente de los tratados de libre comercio que ha firmado Chile y de otros organismos como la OIT ¿pueden presionar para lograr, puntualmente, una mejor legislación sindical en Chile?

M.P.: Bueno, debieran. Ayer mismo se hizo el acto de ratificación por parte del Gobierno chileno y la OIT de la idea del trabajo decente. Debieran poder hacerlo. Pero la verdad es que la realidad es más fuerte. Entonces, el tema del crecimiento, del desarrollo de la empresa, el discurso del empresariado que siempre es el mismo “si usted me pone exigencias en lo laboral y en lo ambiental, usted me está desincentivando a crear nuevo empleo, sin perjuicio de que así me crea trabas para poder seguir subsistiendo”. Claro, los convenios de la OIT son obligatorios, pero nadie retiene una cuenta bancaria por no cumplir un convenio de la OIT. Si se nacionalizara una empresa, lo más probable es que la embargarían afuera... no hay formas de coacción. Además, hay que considerar que a partir del TLC que firmó Estados Unidos con Jordania, firmado unos meses antes que el de Chile, en que se eliminaron las cláusulas referentes a la discriminación, por la calidad de país musulmán de Jordania, cuya doctrina da a la mujer una condición de inferioridad frente al hombre, se extendió esta omisión de la no discriminación a Chile sin existir razón alguna para ello, pero que se prefirió que no formaran parte por la presión del Congreso norteamericano, que buscaba evitar que se produjera la competencia desleal. Sin embargo, cabe mencionar que esta competencia desleal igualmente se produce. Por ejemplo, en el caso de las salmoneras, a igual poder adquisitivo, las diferencias entre un trabajador noruego y uno chileno son de cuatro veces; ese es el gran incentivo que tienen las empresas noruegas de instalarse en Chile.

Así, que, en general, todos estos acuerdos internacionales no son vinculantes, son declaraciones de buena voluntad, siendo esta la gran deficiencia, porque no hay modo de presionar a nadie para que la normativa internacional se cumpla.

Esto ha llevado a discutir seriamente el establecer el tema de la ciudadanía laboral, porque, ¿Qué es lo que están pidiendo los empresarios agrícolas hoy? Afirman que hay una escasez de mano de obra en el campo, pero si se miran las estadísticas de desempleo en el campo, no se entiende que exista esta supuesta escasez. Hay escasez de mano de obra porque lo que están pagando a un trabajador chileno no le conviene por el tipo de trabajo pesado que implica, y no está dispuesto a vender su fuerza de trabajo a

tan bajo costo. Si es por ganar el mínimo diario, el trabajador chileno prefiere irse a un plan de empleo de emergencia; pero el migrante si está llano a dichos empleos; entonces, los productores frutícolas del valle de Copiapó están pidiendo que se elimine la normas que restringen que sólo el 15% de los empleados de una empresa pueden ser extranjeros. Su idea es que se aplique este 15% al total de la agricultura, y claro, dado que la agricultura agrupa a trabajadores que van desde Punta Arenas, donde no hay ningún migrante, hasta el valle de Azapa, donde perfectamente se pueden tener 150.000 migrantes trabajando en la agricultura, ya que es el norte el que esencialmente absorbería la gran parte de inmigrantes de frontera, aquellos que aparecen por Copiapó, por la Cuarta Región, en el Valle de Azapa, etcétera.

Estas fórmulas también se ocupan en Estados Unidos: los braseros, los espaldas mojadas, no tienen ningún derecho. Y en Europa se está tratando de regular también este problema; se propende a que los inmigrantes lleguen con contrato, porque habiendo trabajadores ilegales, se convierten en trabajadores sin derechos, sin ciudadanía, y por lo tanto no pueden ni sindicalizarse, ni presentar un pliego de peticiones, ni nada.

Así las cosas, evidentemente que todo esto requiere una normativa más dura, más vinculante, que sea susceptible de supervigilancia. Esa es la carencia de estas normas internacionales, que si bien es bueno que existan, ya que no existe nadie que esté en contra de lo que dicen, pero ¿cómo se pueden hacer efectivas? Naciones Unidas no autorizó la guerra de Irak, pero Estados Unidos lo invadió de todas maneras. Entonces, por ahora, el paso a seguir es luchar por hacer que estos instrumentos sean vinculantes en cada país.

Sin perjuicio de eso, el movimiento sindical está intentando establecer negociaciones multinacionales, que reciben el nombre de acuerdos marco, por rama, por empresa, pero las diferencias entre país y país crean desequilibrios. Por ejemplo, en México, un trabajador puede ganar 10 dólares al día, en Estados Unidos gana 10 dólares por hora, y están prácticamente juntos, sólo los separa la frontera. Entonces, las

empresas norteamericanas instalan las maquilas en la frontera, ya que así se ahorran el 90% de los sueldos, aunque ahora estaban peleando para que el salario fuese de 15 dólares al día, siendo que la línea de la pobreza está en los 2 dólares diarios. Entonces, claro, el trabajador de las maquilas está muy bien, comparado con cualquier otro trabajador mexicano, pero en términos absolutos está muy mal, y están casi juntos, sólo separados por la frontera.

Entonces, pueden establecerse estos convenios marco, pero no he sabido que ninguna de estas entidades sindicales haya podido equiparar salarios ni menos establecer estándares que sean vinculantes, teniendo los trabajadores que conformarse con la explicación que a la larga se alcanzarán los equilibrios, con el famoso chorreo.

- Todo esto a fin de cuentas parece depender de los trabajadores, porque si los acuerdos internacionales no son vinculantes, la legislación laboral colectiva es especialmente débil y, por ejemplo, la nueva Ley de Subcontratación tiene precisamente una de sus falencias en lo referente a los derechos colectivos, entonces, el problema es cómo se articula el movimiento sindical, porque si pensamos que lo de la Ley de Subcontratación partió desde el asunto de los subcontratados de CODELCO, articulándose un movimiento de facto, porque de legalidad no tenía nada, es claro que la presión de un movimiento trabajador organizado puede originar cambios.

M.P.: Cabe precisar que el movimiento sindical de los trabajadores subcontratados venía de antes, por ejemplo el SINAMI, el Sindicato de Trabajadores de Montaje Industrial, tenía experiencias anteriores de negociación ilegal, con la salvedad que se trata de trabajadores especializados, quienes por esta condición podían imponer en alguna medida las condiciones de trabajo que el empleador estaba obligado a considerar, porque de lo contrario el proceso productivo quedaba cortado.

Ahora dicho movimiento es efectivamente un tema especial; yo creo que el movimiento se fortaleció con la ley, como asimismo se dice que la ley fue producto del movimiento. En el fondo, hay una relación dialéctica, el movimiento se hizo mucho más fuerte en la medida que había una ley de subcontratación, porque esta ley fue un “buen acompañante” y es más, el movimiento adquirió mucha más fuerza una vez que se planteó la propia fiscalización que hizo la Dirección del Trabajo.

Analizando la ley misma, yo creo que la Ley de Subcontratación tiene otro elemento que le falta y que le falta a toda la legislación chilena, que es la igualación de salarios, es decir, a igual función igual salario; si se estableciera este principio de igualación de salarios, es claro que se produce un desincentivo a la subcontratación.

- En el fondo ahí operarían de verdad como debería operar la subcontratación y, especialmente, el suministro, como una situación excepcional y de emergencia. Pero con el sistema existente, ambas figuras, sobre todo la suministro, son claramente un negocio, que es abaratar costos laborales.

M.P.: Es un negocio. Esto ya lo afirmaban los trabajadores subcontratados de CODELCO; por ejemplo, un electricista de planta gana un millón de pesos y un electricista subcontratado gana 350 mil, esas son las diferencias. En el fondo, las empresas hacen eso, es decir, cuando externalizan funciones es porque saben que a la larga están ganando. La fundamentación para externalizar es empresarial. La empresa argumenta que ella tiene una especialidad determinada, pero que no denomina otras actividades anexas, hacer comida, aseo, transporte, vigilancia, etcétera, entonces se decide subcontratar todas esas funciones. Antes, aquéllas estaban dentro de la empresa, el guardia era parte de la empresa, el casino era parte de la empresa; ahora todo eso se subcontrata y la empresa gana porque en definitiva ella simplemente compra un servicio y se desentiende de todo lo que significa mantener una plantilla de trabajadores; ese es el ahorro que hace la empresa. El problema es que estas empresas contratistas a su vez

pagan salarios mínimos, es cosa de indagar cuánto ganan los trabajadores de Central Restaurant o cuánto ganan los guardias mismos, todos ganan el mínimo. Lo mismo los aseadores de los aviones de Lan Chile. Y aunque todos estos trabajadores usan incluso la indumentaria corporativa, no son parte de Lan.

Ahora, cabe señalar que hay supuestos en que las empresas tienen razón. Por ejemplo, cuando se hizo el plan de reconversión en CODELCO y el acuerdo estratégico implicó la externalización del hospital, los liceos y otros, se reparó una situación absurda, en que habían profesores ganando diez veces más sueldo de lo que ganaban el resto de los profesores de todo Chile; pero de ahí a pretender generalizar a partir de esos casos puntuales, es otra cosa. Lo claro es, entonces, que el tema central ahí está asignado por el salario.

- Tendríamos que entender entonces que, en el caso de que existiera una equiparación salarial, digamos a igual trabajo igual remuneración, no sería tan necesario que estos trabajadores, tanto los subcontratados como los suministrados, tuviesen acceso a derechos colectivos, principalmente a sindicalización y negociación colectiva.

M. P.: No absolutamente, igual.

- Me refiero en el sentido que en ese supuesto se le daría a estos instrumentos el uso que tienen de acuerdo a su naturaleza, que es estrictamente provisoria. Por ejemplo, el suministro tiene, entre una de sus causales, la contratación de personal cuando una empresa comienza a funcionar, el periodo de marcha blanca...

M. P.: Pero ahí mismo tienes una relación laboral de varios meses. De hecho, la ley respecto a las faenas tiene un sistema en que a los tres meses de trabajo se puede instalar una negociación, lo que demuestra que sí tiene sentido legislar acerca de los

derechos colectivos de los subcontratados y sindicalizados; lo más probable es que quizás no tiene sentido respecto del salario, pero sí lo tiene respecto a los otros beneficios que puede obtener un trabajador subcontratado. Precisamente es esto lo que pelean los trabajadores subcontratistas de CODELCO, en el sentido del por qué no tienen un derecho a la vivienda o derechos de salud que sí tienen los trabajadores de planta; entonces, puede negociarse en la empresa donde estás trabajando, por lo que sí tiene sentido. Sin perjuicio de eso, lo que digo es que si se iguala el salario, estás desincentivando a que la empresa utilice el engaño.

- La figura para hacer el negocio...

M. P.: Exactamente. Porque claro, la empresa incluso con la nueva ley puede cambiar al trabajador de empresa cada 6 meses o incluso reemplaza al mismo trabajador, se hace trampa con la ley. La Ley de Subcontratación dice que un trabajador puede ser suministrado hasta 6 meses, pero eso puede arreglarse; de hecho, la propia empresa que suministra trabajadores rota a los trabajadores, cambiándolos de una faena a otra.

Si bien la subcontratación ya produce un gran incentivo en las empresas, puesto que les permite a éstas ahorrar costos laborales y beneficios para los trabajadores, lo que realmente permite hacer la diferencia son las diferencias salariales entre trabajadores que hacen lo mismo. Entonces, si se legislara al respecto, se introduciría una equiparación. En CENDA tuvimos la oportunidad de entrevistar a dirigentes sindicales ingleses, del rubro de los trabajadores de tecnología y computación, y ellos nos contaban que habían asumido que su trabajo es rotatorio, durando 6 meses, 10 meses, máximo un año en cada empresa, pero tenían el resguardo que en Inglaterra se negocia por oficio, lo que implicaba que formando parte de una profesión u oficio, independientemente que pase de la empresa A a la empresa B, en la empresa B voy a recibir el mismo base; a partir de ahí son las expectativas de ganar más, pero no cambian las condiciones. En Chile es todo lo contrario: continuando en el mismo rubro, si a un trabajador lo despiden de Sonda y lo

contratan en otra empresa, termina después de 2, 3 meses contratándose por un tercio. Es más, conozco personalmente casos así: un vecino de nacionalidad francesa, ingeniero de profesión fue despedido de Sonda y tras lo cual ingresó a trabajar en una y otra empresa, ganando mucho menos de lo que ganaba antes; resultado: se volvió para su país. Claro, cuando estaba en Sonda estaba bien, pero salió de Sonda y todas las empresas donde trabajó no le pagaron nada. Eso es lo que hay que romper; la legislación debe garantizar los mínimos.

Cabe agregar también una legislación que contemple un seguro de cesantía de verdad, no lo que hay hoy día que te empiezan a pagar 50 mil pesos y a los 3 meses ya se extinguió. Eso no es un seguro de cesantía, eso es nada. Por ejemplo, en Europa donde existen personas con uno y hasta dos años con 500, 600 u 800 euros dependiendo del país, lo que no es mucho, pero da para sobrevivir; evidentemente que te ponen condiciones para el pago del seguro de cesantía, como el hecho que a la tercera oferta de trabajo rechazada se acaba el seguro. Ahora como la cesantía se produce porque hay cesantía no es tan común que te llamen en menos del plazo para ofrecer tres trabajos, más bien la gente busca la pega no la rechaza.

- Y lo más probable es que acepte el trabajo que le llegue...

M. P.: Claro, es muy probable, excepto que te saquen de tu radio. Ahora mismo hubo en España una discusión en términos de que la primera ley decía que no te podían ofrecer un trabajo más allá de 40 o 50 kms. de tu lugar de residencia y la derecha planteó ampliar el radio. Si te ofrecen un trabajo a 200 km. difícilmente vas a aceptar de buenas a primeras.

- Volviendo al tema de los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados, aparte de lo que nos acaba de mencionar ¿existen otros medios que se

pueden introducir a la ley 20.123 que hizo caso omiso de este tema y que podrían mejorar la tasa de sindicalización de estos trabajadores y su posibilidad de negociar colectivamente?

M.P.: Yo creo que el medio principal es reconocerlo como categoría de trabajadores y por tanto estos trabajadores puedan negociar, quizás no sectorialmente porque trabajan en distintos rubros, pero, por ejemplo que los trabajadores de las empresas de la alimentación puedan negociar como sector, como asimismo los trabajadores del transporte negociar como sector, los 109 mil guardias de seguridad negociar como sector, los trabajadores industriales son 700 mil o las 300 mil empleadas de casa particular. La posibilidad real está en negociar más allá de los marcos de la empresa, yo creo que esa es la posibilidad que tienen efectivamente los trabajadores subcontractados e incorporar, no soy un especialista en el tema, pero me imagino que se podrán incorporar allí una serie de cláusulas que tendrán que ver con algún tipo de beneficio dependiendo del tiempo que trabajen, algún tipo de indemnización, las condiciones en que se trasladan y se mueven. Yo sé, por ejemplo, que la gente del SINAMI tiene establecido una plantilla respecto al transporte de los trabajadores, cómo se mueven, en vista de que los trabajadores de este sector se van trasladando de faena en faena; entonces, el tipo de transporte, el tipo de beneficio, el tipo de alojamiento son todas cosas que deben analizarse caso a caso, porque cuando se trabaja en una empresa estable, se conocen los tiempos de viaje, incluso tratas de acercarte al destino, pero si estás en una empresa subcontratista puedes cambiar de destino todos los días, y pasa más seguido de lo que uno cree. Un ejemplo son los trabajadores de las grandes cadenas de tiendas o supermercados, las que trasladan a sus trabajadores de Las Condes a Quilicura de un día para otro. Es así que son todos estos temas los que podrían negociarse en el marco de una negociación a nivel sectorial. Además, cabe considerar la distancia del lugar de residencia al lugar de trabajo como un elemento a negociarse como un bono de transporte o incluso como un transporte que lo tenga que proporcionar la empresa; a lo que quiero llegar, es que hay un conjunto de reivindicaciones que no sólo tienen que ver con el salario, y que perfectamente pueden ser materia de negociación. La idea es que

debiera ser el mismo salario para iguales funciones con otro trabajador; por ejemplo, las empresas de alimentación o las de los guardias de seguridad, son multinacionales, qué diferencia hay entre Central Restaurant y Sodexho, por qué tendría que haber diferencias, que la comida es más buena más mala, no, ese es un producto estándar, en el fondo es la voluntad de los empresarios. Por todo lo anterior es que yo creo que esos trabajadores deben tener la posibilidad de negociar por rama.

- ¿Y a través de que...?

M.P.: De esta figura, que te digo yo, que es la figura de la negociación por funciones por oficio...

- Pero me refiero a través de qué ente, ¿de un sindicato interempresas?

M.P.: Si claro, o a través de una federación o de una central, esa tiene que ser la formula.

- En conclusión podemos llegar siempre al problema de cómo se lograr la modificación de estas leyes, atendida la configuración que hoy tiene el Congreso, en que la derecha no es precisamente partidaria de hacer reformas en ese sentido, y más encima, la labor que está cumpliendo el Tribunal Constitucional hoy día...

M.P.: No, no, ese es otro asunto, estamos hablando del deber ser no de la medida de lo posible de Aylwin. Efectivamente éste es un tema político y que sin duda tiene que ver con la correlación de fuerzas que se da hoy día en el Congreso mismo.

- A eso iba enfocada la pregunta que hicimos respecto al tema de los convenios internacionales, los TLC. Viendo el panorama por encima, quizás sin tanta profundidad, se ve que el movimiento sindical hoy día esta deprimido, y que seguirá en este estado mientras no tenga las herramientas para poder negociar. Considerando también que la Concertación no ha manifestado siquiera la voluntad política de hacer reformas al respecto, ya que se ha dedicado a administrar el régimen económico heredado de la Dictadura, con algunas reformas que son meros paliativos.

M.P.: Bueno, si tú me preguntas cual es la solución, desde luego cambiar la Constitución, totalmente, radicalmente...

- Pero también se podría apelar al tema de la educación en materia sindical, de manera de lograr una organización, si no poderosa al menos importante, tal cual lo hicieron los subcontratados de CODELCO...

M.P.: Ahora, ustedes vieron que el movimiento sólo se pudo dar en CODELCO, ahí hay un matiz. También caben dentro de él los trabajadores del conflicto que existe hoy, el de los de los trabajadores de la administración pública y también los trabajadores de empresas del Estado. Éstos pueden dar esa pelea, porque tienes un gobierno, que con todas las deficiencias, es un gobierno que no los va a echar, en un gobierno con otra orientación no se podría hacer. No hay una correlación para cambiar la ley en el Congreso, pero sí hay una permisividad, por decirlo así, de parte del Gobierno para que esto se desarrolle, al margen que si hay barricadas los pacos van a pegar palos, porque eso ocurre en todo el mundo y no existe otra fórmula de Estado, al menos yo no la conozco, y tal como en Chile se pegan palos, pega palos Chávez y pega palos Evo Morales, ya que el Estado tiene que garantizar determinadas cosas. Pero el trasfondo es un tema político grueso, gordo, que no se va a resolver sólo en el ámbito de los trabajadores, porque es un tema mayor; es como pretender resolver el tema de la educación sólo a partir de un movimiento pingüino. A fin de cuentas no hay otra vía, se

llega al tema de la Constitución, del marco jurídico general. Esto es lo que ocurre en la medida que se van introduciendo cada día más leyes, más reformas, más avances, necesariamente en un momento dado estalla, porque la Constitución se hace incompatible con todas estas leyes que se han ido promulgando. Así tienes hoy que el conflicto que la Ley de Subcontratación se termina resolviendo en la Corte Suprema, y aparentemente esta será la vía de todos los conflictos que se van a ir generando; ahora yo creo que es bueno que se generen, porque es la forma de cuestionar el marco constitucional completo. Este problema está presente en todos los países, por ejemplo, en Ecuador Correa planteó una nueva Constitución, lo mismo que hizo Evo Morales en Bolivia; todos los países tenemos el mismo problema, excepto los países avanzados en los que existen determinadas garantías sociales.

- Hay un texto de Adrián Sotelo, que se refiere a un fenómeno nuevo que se está dando, que es la exportación del trabajo precario, principalmente en EE.UU. a través de las crisis económicas y del discurso neoliberal con respecto a la flexibilización. En EE.UU. durante la crisis asiática se produjo mucho despido y se contrató a la misma gente con menor salario y después vino lo que se denominó como el nuevo milagro norteamericano, período en que se mejoró la productividad, lo que la literatura oficial atribuyó sobre todo al avance tecnológico e informático, pero que para Sotelo sólo fue producto de la precarización del trabajo y de la mayor productividad que las empresas obtuvieron a través de eso.

M.P.: Se ha hecho un reordenamiento, sin duda. Yo también he leído a otros autores que dicen que el mundo hoy día hizo una nueva división del trabajo; así, están las tecnologías concentradas en el primer mundo, la manufactura se la llevaron para Asia y la producción alimenticia en America Latina y África. No es absolutamente así, hay polos industriales también desarrollados en países de America Latina, esencialmente Brasil y Argentina, pero en líneas generales tiene razón, ése es el fenómeno que ha ido

ocurriendo. De esto es lo que está tomando conciencia hoy día el movimiento sindical con la ruptura de los marcos de las centrales ideológicas; así, se creó la Central Sindical Internacional, que es la unión de los sindicatos de la vertiente cristiana y la vertiente social demócrata; también se formó la Central Sindical de las Américas en base a estas dos grandes vertientes. Se está construyendo un movimiento sindical mucho más poderoso, antes era un movimiento que estaba estructurado sobre un esquema ideológico cristiano, social demócrata, comunista, o vertientes anarquistas. Hoy día se está llegando a esto, entre otras cosas por esto que ustedes comentaron, porque tanto en el primer mundo como en los países en desarrollo, tercer, cuarto mundo, como le queramos llamar, se está tomando conciencia que en definitiva el capital se mueve en el mundo global como en una mesa de billar; los mismos capitalistas se autoasignan el nombre de jugadores globales “global players”, yo me muevo en el mundo. Por ejemplo, a los trabajadores de la Volkswagen en Alemania les plantearon que debían bajarse un 20 % los salarios o la fábrica se iba para Rusia, conclusión: se bajaron un 20% los salarios los trabajadores alemanes. Lo mismo se planteó aquí en Unilever, cuando se cerraron las plantas de desodorante y pasta de dientes; Unilever planteó en las plantas que quedaron que los sueldos debían reducirse en un 20% o si no éstas se cerraban. El capital está jugando con esto y los trabajadores están tratando de buscar la fórmula de contrarrestar, pero todavía hay muchas dificultades; cuando se discutió el tema del TLC Chile - EE.UU., la AFL-CIO le propuso a la CUT dar juntos esa pelea y la CUT de Chile, no inmersa en las nuevas relaciones sindicales multinacionales, desconfió de esa proposición, tras lo cual, terminó Diego Olivares (N. de la R. Presidente de la Unión Nacional de Trabajadores) en Miami en la firma del TLC. Pero ese hecho marcó un precedente. Pasados cuatro años del TLC, hoy día la CUT dice lo contrario, que hay que trabajar con los sindicatos del norte, porque en definitiva los sindicatos del norte están defendiendo su pega, pero no en desmedro de los trabajadores chilenos, sino que, en la medida que nosotros levantemos nuestros estándares laborales, ellos garantizan su pega y nosotros tendremos que buscar y crear nuestros propios modelos de desarrollo, nuestras propias estrategias de atraer inversión y pega, pero no sobre la base que de que

ofrecemos trabajo precario, barato, sin protección social, tal cual como los costos ambientales, que dicho sea de paso también se externalizan, con lo que la contaminación la pagamos todos; esos son los dumping que se dan en nuestros países.

A propósito del tema ambiental, el movimiento sindical ha ido tomando conciencia e incorporó esta idea en sus propuestas; muchos líderes sindicales afirman que el calentamiento global afecta directamente al trabajo, ya que lo que éste produce, los cambios climáticos, que a su vez producen por un lado sequía, por otro lado, tierras arrasadas por grandes deslaves o inundaciones, implica trabajo que se desplaza, ya que son territorios que dejan de ser productivos, supone mano de obra que debe emigrar y que termina finalmente afectando el trabajo en otros lugares. Pero pese a esta visión integral de trabajo con medioambiente, el problema aún no penetra lo que uno esperaría. Por ejemplo, esta el caso de los trabajadores salmoneros. Al principio cuando se planteaba, hace cinco o seis años atrás, que estos trabajadores estaban desempeñándose en malas condiciones, que esas condiciones no eran sostenibles en el tiempo, los mismos trabajadores respondían que lo tenían claro, pero no hacían nada porque era el trabajo que tenían. Y hoy día, cuando llevan 4.500 despidos y a fin de año anunciaron que se iba a llegar a 10 mil despidos porque hay un virus ISA, que afectó a los salmones por un mal manejo ambiental, los trabajadores dicen bueno aquí hay que pedir estándares en todos los planos, estándares laborales, ambientales, sanitarios, porque a fin de cuentas eso es trabajo estable y sustentable en el tiempo, y además porque de lo contrario el propio trabajador se convierte en un depredador. A los trabajadores más viejos les da lo mismo y si no hay baño no les importa, “estamos en una balsa, si cagan los salmones porque no vamos a poder cagar nosotros” (sic), y no tienen baños las balsas, porque entre otras cosas hay un tema de antinomia, porque la legislación naval prohíbe los baños y la Dirección del Trabajo los exige. Los marinos prohíben los baños porque esos residuos van al agua finalmente.

Nosotros transmitíamos con esto de los jugadores globales; y tal cual los empresarios dicen ser jugadores globales, intentamos traspasarle esa mentalidad a los

trabajadores, claramente con otra perspectiva. El trabajador se convierte en jugador global cuando se pone en ese contexto; no hay que autodefinirse como el trabajador de la empresa xx del barrio tanto, no, yo soy trabajador de la industria del calzado y global, estoy aquí, pero llega un chinito y me caga (sic) la pega. Entonces, ser trabajador global implica actuar localmente pero pensar globalmente; sino, no se garantiza ni el trabajo decente ni la empleabilidad. De hecho, en este momento la gran preocupación hoy en día es la competencia con el mercado laboral chino, o más bien, qué puede hacerse con las multinacionales que están en China y se aprovechan de la situación de un país de 1.300 millones de habitantes que está haciendo recién su revolución industrial, que el mundo occidental hizo hace 200 años. Es más, China hace lo mismo que hace Chile, ofrece las mejores condiciones para los inversionistas extranjeros, lo que incluye, evidentemente, que el gobierno chino reprima al movimiento sindical que se trata de organizar contra las multinacionales...

- Quien lo diría...

M.P.: Quien lo diría, pero claramente eso dejó de ser socialismo hace rato. Pero así ocurre ahora, hay que estar atento a todos los fenómenos contemporáneos, con el objeto de crear una gobernanza global en el plano político que tiene que incluir esto; instituciones como UNASUR o MERCOSUR tienen que crear una ciudadanía latinoamericana que te permita moverte de un lado a otro sin problema, hay todo un plan, el famoso IRSA (Integración Interregional de Sudamérica) de los corredores bioceánicos, que está pensado sólo en función del comercio, del traslado de productos de puerto a puerto que van a cruzar las amazonas, que van a cruzar tales países, pero... ¿y la gente no se van a mover por esas carreteras? ¿No van a bajar del Altiplano hasta el puerto de Iquique a buscar pega? Pensar global significa eso, incorporar el factor trabajo en estos efectos que produce el capital, tal cual lo anunció Carlos Marx en su Manifiesto. Todo esto que se está produciendo trae todo este conjunto de cambio y por tanto hay que

empezar a pensar en esto, nuevamente en el internacionalismo, nuevamente en la solidaridad que se perdió.

- Ese es otro tema, el de la solidaridad. Leyendo uno de los Cuadernos de Investigación de la Dirección del Trabajo, el N°22 “Flexibilidad Laboral: Las Empresas y Las Personas” de Magdalena Echeverría y Diego López, se habla sobre la paradoja que en Chile el discurso de los empresarios hace hincapié en la falta de flexibilidad de la legislación laboral, pero la realidad es que la ley da plena cabida a la flexibilidad, en temas como jornada de trabajo o remuneraciones y que siempre tiende a incentivos individuales, no a incentivos colectivos, reflejo de lo cual es precisamente el sistema de pensiones.

M.P.: Pero si tratan de loca a la Cristina Fernández y la Cristina no ha hecho ninguna locura. De 400 mil pensiones que está pagando el sistema privado 200 mil las financia la mitad el Estado, 100 mil las financia completas el Estado y sólo 100 mil las financia la AFP, entonces ¿para qué sirven? Y que es lo que ocurrirá en Chile, con la reforma previsional, el 75% de las pensiones las va a financiar el Estado.

- Y cobran comisiones...

M.P.: Eso no es otra cosa que una frescura. En Chile, las AFP perdieron 27 mil millones de dólares, y no hay responsabilidad alguna por ello. Las personas que están en el fondo A deben estar con dolor de guata, porque perdieron un 45%.

5. RAFAEL PEREIRA.

Abogado.

Jefe división jurídica de la Dirección del Trabajo.

9 de diciembre de 2008.

“Hay que derogar el Libro IV del Código del Trabajo (...), de manera de que podamos tener en Chile trabajo decente”.

- Recientemente, la llamada Ley de Subcontratación cumplió dos años de vigencia ¿Qué evaluación institucional realiza la Dirección del Trabajo del funcionamiento de esta ley, considerando sobre todo que el proyecto de ley salió desde este organismo?

Rafael Pereira: Antes de contestar la pregunta debo hacer una precisión. Aquí en la Dirección nosotros trabajamos para un proyecto de ley consistente en la regulación de las empresas de servicios transitorios, que fue parte importante, pero no agota todo el objeto de la ley. La nueva regulación de la subcontratación no nace en la Dirección del Trabajo, sino que fue agregada en la discusión parlamentaria.

Ahora, respondiendo derechamente la pregunta, para hacer una evaluación es necesario hacer la distinción entre suministro y subcontratación, porque se trata de

figuras jurídicas distintas y el hecho que estén reguladas por el mismo cuerpo legal no implica que su evaluación sea unitaria.

Respecto del suministro, si bien se ha dicho que la novedad de la ley fue que en Chile un cuerpo legal por primera vez reguló esta figura, eso no es efectivo. El suministro pasó de estar prohibido en nuestra legislación, ya que según el artículo 478 del Código del Trabajo lo calificaba como simulación, a ser una actividad autorizada en ciertos supuestos; es decir, se pasó de un suministro completamente prohibido a un suministro de carácter temporal.

Sin perjuicio de lo anterior, el estatuto de las Empresas de Servicios Transitorios viene a despejar la inmensa nebulosa de cómo operaban estas empresas. De hecho, y aunque les pueda parecer extraño, fueron las mismas empresas las que solicitaron esta regulación, de manera que diera certeza respecto de su funcionamiento, los requisitos para operar, sus facultades, las características del trabajo suministrado, etcétera. Asimismo, creo que también esta ley es un avance para los trabajadores suministrados, puesto que aclaró, de forma contundente, quién es su empleador y respecto de quién o quiénes puede exigir el cumplimiento de sus derechos.

El único sector respecto del cual teníamos ciertas aprehensiones del funcionamiento efectivo de la ley era la agricultura, pero nuestros temores quedaron en eso, en temores. La ley no tuvo mayor aplicación en el sector agrícola debido a que los sueldos son muy bajos, lo que no da pie para que el suministro, entendido como un negocio rentable, pueda operar.

Respecto a la subcontratación, en un comienzo tuvo una gran recepción. Las empresas se preocuparon de calificar adecuadamente las relaciones laborales, internalizando a los trabajadores si es que existía vínculo laboral o manteniendo la externalización si es que se configuraba la subcontratación. Este hecho resulta muy paradójico, casi de psicosis empresarial, porque la subcontratación ya se encontraba regulada en nuestro sistema jurídico e inclusive existía un sistema de responsabilidad

parecido; la única novedad fue cambiar la responsabilidad a solidaria en algunos supuestos. Así que, esta psicosis que generó la ley no cabe explicarlo más que por un efecto mediático de la ley, aunque eso no es materia de abogados, sino que es para sociólogos o psicólogos.

Sin embargo, y como ustedes que han estado trabajando en el tema bien deben saber, este cumplimiento irrestricto de la ley se acabó desde el momento en que la Corte Suprema adoptó una postura, a mi juicio equivocada, de confirmar el polémico fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en el recurso de protección presentado por CODELCO que dejó sin facultades a la Dirección del Trabajo para calificar el vínculo laboral. Lamentablemente, dicho fallo dejó coja a la ley, ya que restringe severamente su ámbito de aplicación y le quita a la Dirección una facultad importantísima para asegurar el buen cumplimiento de la legislación.

- Y hecho este balance, ¿qué mejoras legislativas cabría introducir a la ley de manera de ser un cuerpo más completo y acabado?

R. P.: En primer lugar, y de acuerdo al objeto de investigación de ustedes, no se reguló el sistema de derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados. Por lo tanto, se entiende que se aplica el Derecho Común, el de los trabajadores contratados, el que no tiene ningún efecto práctico para los trabajadores subcontratados y suministrados. De todos modos, si bien el sistema de negociación por empresa que establece la ley debiera ser el que se aplique a estos trabajadores, y por ende deberían negociar con el respectivo contratista o empresa de servicios transitorios, no nos podemos olvidar que cabe también una interpretación inclusiva de los tratados internacionales, sobre todo los convenios de la OIT, ratificados por Chile. En base a ello, es perfectamente posible entender que, por ejemplo y tal como sucedió en CODELCO, estos trabajadores puedan negociar ciertas condiciones en conjunto con los trabajadores de planta. Aunque este sistema se contradiga con el establecido en el Libro IV del

Código del Trabajo, no cabe calificarlo como un sistema ilegal; eso sería muy apresurado. Precisamente los convenios internacionales ratificados por Chile, que de acuerdo a la Constitución son leyes de la República, le dan una fundamentación jurídica plausible. Insisto, dicha negociación no es ilegal, más bien es alegal.

Otro aspecto importante omitido por la ley y que no siguió la tendencia comparada, es que permite la externalización del giro propio. Es perfectamente posible entender que una empresa X decida externalizar los servicios de casino, de aire acondicionado, aseo, seguridad, etcétera, pero cuando se externaliza el giro propio, la situación es distinta. Una empresa que esté en condiciones de externalizar, y más aún su propio giro, aquello en lo que es especialista, seguramente dominará dicha especialidad más que el contratista, por lo tanto, es bastante probable que en la práctica la mandante, por el hecho de dominar la actividad, será quien la dirija, por lo que el trabajador subcontratado en la práctica pasará a estar subordinado a la principal, desnaturalizando la relación de tercerización, haciéndose así aún más difícil calificar la relación laboral. Mi impresión es que el giro propio no debería externalizarse, o de permitirse, debería hacerse en supuestos muy calificados y siempre transitorios.

Por último, el tercer tema olvidado por la ley fue la equiparación salarial, es decir, a igual trabajo igual remuneración. Hubiese sido deseable que la ley optará por regular o la igualdad de salarios o la prohibición de externalizar el giro propio, porque de esta forma, es evidente que las figuras de la subcontratación y el suministro se prestan para hacer un negocio, siendo que de acuerdo a los defensores de la externalización la idea no es precisamente abaratar costos, sino adaptarse de mejor manera a las variaciones del mercado; acusan razones de eficiencia. Por lo demás, el propio Derecho del Trabajo establece que no pueden usarse las distintas figuras jurídicas con el objeto de evadir el cumplimiento de los derechos laborales.

- Tuvimos la oportunidad de entrevistar a María Ester Feres y ella plantea que no hacerse cargo de la equiparación salarial provoca la existencia de 2 categorías de trabajadores...

R. P.: Tiene toda la razón. Sólo mirando externamente el fenómeno, te das cuenta que se produce una incongruencia como esa, en que dos trabajadores que hacen el mismo trabajo reciben una muy distinta retribución, lo que perfectamente podría ser calificado como una discriminación. Ahora, en este país existe tan poca cultura de derechos humanos, que me parece que aún es prematuro para atacar esa diferencia de retribución desde la figura de la discriminación. Además, creo que no es conveniente hacerlo desde la subcontratación o el suministro; el tema debe resolverse desde un nivel macro, sino no van a faltar las interpretaciones restrictivas de siempre en que se va a alegar que la equiparación salarial sólo se va a aplicar respecto de estas figuras y no del resto de las situaciones en que esta diferencia se produce. Hoy día es perfectamente lícito para el empleador retribuir con distintos sueldos a dependientes suyos que realicen el mismo trabajo. Entonces, ¿qué razón tenemos para afirmar que este tema sólo debe ser abordado por la ley de subcontratación? Está claro que debe regularse en un nivel más general, el que por supuesto debe incluir a estas figuras.

Creo que si se lograra hacer alguna de las reformas, la prohibición de externalización del giro propio y/o la equiparación salarial, realmente la subcontratación y el suministro pasarían a ser lo que realmente se supone que son: técnicas empresariales que les permiten adaptarse mejor a los constantes cambios de la economía, y dejarían de ser lo que son actualmente: un negocio de traspaso de mano obra para abaratar costos laborales.

- ¿Por qué la ley de subcontratación no reguló los derechos colectivos?

R. P.: En primer lugar, no existía el piso político para una regulación de ese tipo. Incluso parlamentarios y ministros de la Concertación son proclives a las políticas neoliberales en materia laboral, por lo que hubiese sido imposible su aprobación. El proyecto de ley jamás tuvo como objetivo el regular alguna faceta colectiva de la relación laboral. Una demostración de lo anterior es el hecho que la única norma que podría haber tenido importantes efectos en materia colectiva, aquella que establecía un nuevo concepto de empresa, fue la única impugnada y llevada ante el Tribunal Constitucional.

Los recurrentes, Allamand y Longueira creo, consideraron inconstitucional el artículo 183 ter del texto de la ley de subcontratación, que como sabemos establecía una nueva definición de empresa. Según los parlamentarios, el nuevo texto legal generaba una gran incertidumbre jurídica, respecto de la existencia individualidad, obligaciones, responsabilidades y patrimonios de la empresa, al modificar la definición que contiene el Código del Trabajo. Sin embargo, el trasfondo del asunto era que al suprimir como elemento principal de la empresa su individualidad jurídica, las autoridades, sean estas administrativas o judiciales, podrían considerar que la principal, la contratista y la subcontratista son una misma y eso fue precisamente lo que se quiso evitar.

- Ahora bien, Ugarte dice que no fue del todo malo el hecho que el TC impugnara el concepto de empresa que contenía el proyecto de ley.

R. P.: Sin duda, hubiese sido en extremo peligroso que la ley contemplara un concepto distinto de empresa que el del artículo 3°, ya que es obvio que se fundamentaría que dicho concepto sólo se aplicaría para efectos de la subcontratación y el suministro. Sin embargo, considero que se debe persistir en la modificación del concepto de empresa, por la importancia que tiene precisamente para efectos de negociación colectiva, ya que permitiría negociar conjuntamente no sólo a los

trabajadores subcontratados y suministrados con los de planta, sino también a todos los trabajadores pertenecientes a un mismo holding.

Un concepto de empresa como el que hoy tenemos permite el uso de decenas de razones sociales en las grandes cadenas de supermercados, como D&S, práctica común y puramente formal, además de autorizar permanentes operaciones de traslado de capital y trabajadores entre unas y otras, a pesar de que forman parte del mismo negocio y operan bajo la coordinación y dirección de la oficina central del holding. Algo que les permite eludir el cumplimiento de la ley, impidiendo a los trabajadores de una misma cadena de supermercados agruparse en una sola organización sindical, además que también las empresas logran ocultar sus utilidades mediante la utilización de varias razones sociales para el mismo negocio.

Es una realidad que la tendencia del mercado laboral es al incremento del empleo informal y de la subcontratación, ya que para los empleadores siempre resultara muy caro contratar y despedir; se quejan de que el mercado laboral es rígido y que existen demasiadas regulaciones. Desgraciadamente, no son pocos los que han abusado con la proliferación de razones sociales. Es insostenible para los trabajadores negociar en un supermercado si otros, que son de los mismos dueños, son una empresa distinta. No es casual que hoy negocien menos del 8 % de los trabajadores.

- ¿Qué disposiciones o mecanismos hacen falta en la Ley de Subcontratación, para que los trabajadores subcontratados y suministrados puedan efectivamente sindicalizarse y negociar colectivamente?

R.P.: Hay sistemas de negociación colectiva, que sería beneficioso poder implementar, pero que superan el marco regulatorio que establece la Ley de Subcontratación. Me refiero a sistemas de negociación que trasciendan de la empresa a la que efectivamente pertenezcan los trabajadores, como ocurrió en el caso que

mencionábamos anteriormente, el caso de los subcontratistas de CODELCO, en que fue posible una negociación supra empresa.

Soy de la opinión que el actual sistema entorpece la posibilidad real de que los trabajadores negocien con su empleador, al establecer una negociación colectiva excesivamente reglada, que deja pocas instancias para que sean las partes quienes decidan la forma y los términos en que negociarán, que establece muchos plazos favor del empleador, etcétera.

- Para terminar. Si la ley de subcontratación no garantizó los derechos colectivos de los trabajadores tercerizados y la legislación sobre negociación colectiva vigente en Chile y contenida en el Código del Trabajo no ayuda al respecto, al no contemplar una negociación interempresas vinculante ¿No sería beneficioso, para asegurarle a estos trabajadores una posibilidad real de sindicalización y ejercicio de sus derechos de carácter colectivo, que se lleve a cabo una reforma general del sistema de negociación colectiva?

R. P.: Estoy absolutamente de acuerdo. Mi respuesta anterior iba orientada a eso. Lo que hay que hacer es derogar completamente el Libro IV de Código del Trabajo y establecer una nueva regulación para la negociación colectiva que respete los convenios de la OIT que Chile ha suscrito y ratificado. La idea es que podamos tener en Chile trabajo decente, haciendo las reformas legales que sean necesarias.

Como sostenía, la negociación colectiva y el ejercicio de los derechos colectivos son materias que están demasiado reguladas en Chile. Es necesario encontrar mecanismos en los cuales sean las propias partes interesadas, trabajadores y empleador, quienes decidan la forma en que van a negociar, que exista mayor posibilidad de deliberación para las partes y mayor igualdad en las relaciones de poder entre ellas.

Hoy día, en que el empleador tiene la facultad de contratar reemplazantes en caso de huelga, no se les da al trabajador y a las organizaciones colectivas una posibilidad real de paralizar la empresa en caso de conflicto, por lo cual es sumamente difícil ejercer una presión real sobre el empleador en miras de poder obtener soluciones efectivas a sus demandas y mejoras sustanciales en las condiciones de trabajo

En el fondo lo que se necesita es un marco regulatorio que respete Derechos Humanos fundamentales. Esto porque hoy tenemos una legislación laboral que se preocupa en demasía de dar protección al derecho de propiedad, en desmedro de otros derechos, y éste no debió haber sido nunca su objetivo. La garantía constitucional de protección del derecho de propiedad no tiene un rango mayor que otros derechos protegidos en los distintos numerales del artículo 19º, y no debiera dársele una protección mayor. Hacer eso es interpretar de forma incorrecta la Constitución. El objetivo de la legislación laboral debe ser otro, intentar igualar el poder de negociación de las partes del contrato laboral, ya que se ha podido constatar a lo largo del tiempo, que en la práctica hay una desproporción muy grande

- En relación con lo que usted señala, el profesor Claudio Palavecino ha postulado en sus textos que del Derecho Laboral, y en particular leyes como la 20.123, sobre Subcontratación, vulneran efectivamente la Constitución, pero en otro sentido. El sostiene que el Derecho Laboral vulnera la libertad de empresa al establecer cargas y gravámenes para el empleador, que éste no debiera tener que soportar.

R. P: Bueno, la verdad es que Claudio está completamente equivocado. Él está razonando de una forma arcaica, llegando incluso a postular que el Derecho Laboral no debiera existir, que debiera ser sustituido por un Derecho de la Empresa, lo que a mi juicio sería algo inaceptable. Sin duda que tras sus opiniones hay una postura ideológica muy marcada, una postura neoliberal, que olvida cuáles son los fines del Derecho laboral.

La finalidad del Derecho Laboral no tiene que ver con la promoción del empleo, ni la protección o la eficiencia de la empresa, sino con la protección del trabajador y la igualación en las relaciones jurídicas y de poder.

- Es paradójico que usted califique de arcaica la posición de Claudio Palavecino, dado el hecho que él presenta su postura respecto al tema como una gran novedad, como una nueva tendencia en la forma de entender el Derecho Laboral. Él argumenta que la sociedad ha sufrido grandes cambios, pero que éstos no han sido recepcionados por el Derecho Laboral, el cual, de forma errada y anticuada, sigue considerando al trabajo como elemento ordenador de la sociedad.

R. P: Ese razonamiento parte de una premisa errada. Mientras exista trabajo asalariado, ese trabajo continuará siendo el elemento ordenador de la sociedad. Cabe considerar además, que el Derecho Laboral es el hijo no deseado del capitalismo. Más aún, este cumple un rol fundamental, puesto que otorga concesiones a la clase trabajadora para que esta no se movilice en contra del capital. De hecho, esa es la gran crítica marxista al Derecho del Trabajo.

- Al parecer no es parte de la agenda pública hacer modificaciones sustanciales al sistema de derechos colectivos ¿Qué cambios pueden esperar los trabajadores para un futuro cercano?

R. P: Soy optimista. En mi opinión, el sistema actual no debiera durar más de cinco años. Posiblemente la crisis económica precipitará el proceso de reforma. Más aún en la eventualidad de un gobierno de derecha.

- Si bien es el Derecho el que fija los marcos en que se dan las relaciones entre empleador y organizaciones sindicales, hay muchos casos en que los mecanismos legales son desplazados por otros que se imponen por vías de hecho. En el último tiempo se ha presentado el caso de los subcontratistas de CODELCO, quienes lograron negociar con la empresa usuaria, pese a no estar esto contemplado por la ley. Otro caso reciente es el de los funcionarios públicos que acaban de movilizarse y paralizar sus actividades, pese a ser esto prohibido. En entrevista con el autor José Luis Ugarte, él ha planteado que muchas veces el Derecho pasa a un segundo plano, y que lo realmente importa son las relaciones de poder que existan entre las partes. En este contexto ¿Qué papel y qué importancia le cabe a estas vías de hecho, para lograr los objetivos de los trabajadores?

R. P.: El solucionar los problemas y demandas de los trabajadores a través de vías de hecho, constituye la historia misma del movimiento sindical; sin ellas ni siquiera hubiese habido Derecho Laboral. Creo que es un camino totalmente legítimo. No hablo de legalidad o ilegalidad, hablo de legitimidad. Los sindicatos que logran cumplir sus objetivos, son aquellos que se organizan y se preocupan de concentrar su poder para presionar al empleador.

Muchas veces ocurre que el sindicato que intenta dar la lucha a través de los mecanismos que contempla la ley o que trata de aprovecharse de ciertos resquicios legales, como por ejemplo el vencimiento de un plazo, no logran su cometido, porque la ley está planteada de tal manera que, el vencimiento de ese plazo, acarrea efectos beneficiosos para el empleador y no para ellos.

6. JOSÉ LUIS UGARTE.

Abogado.

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Diego Portales.

18 de noviembre 2008.

“Un problema central, es la distribución del poder en las relaciones laborales, y ese poder se distribuye, no con normas sobre subcontratación, sino con normas sobre negociación colectiva”.

- Constatado el hecho de que la ley de subcontratación ya lleva 2 años de vigencia, ¿Qué balance puede hacer de ésta? ¿Qué temas resolvió? ¿Qué dejó pendiente? ¿Cuáles son las modificaciones que cabría hacerle?

José Luis Ugarte: A mi juicio la Ley resolvió el problema al que estaba dirigida originalmente, que era el suministro de trabajadores; la ley nunca fue pensada para regular la subcontratación; siempre fue pensada para regular la cesión o el suministro de trabajadores. En el transcurso de la historia se le agregó el capítulo de la subcontratación. Ahora, si uno lo mira desde el punto de vista del objetivo original, se cumplió. El objetivo era regular el suministro y el suministro ya está regulado. Ahora, que de paso se reguló la subcontratación, sí, pero se hizo casi igual a como estaba regulado antes ya en el Código del Trabajo, por lo tanto mayor modificación no hay. Lo

que sí, es que en rigor, yo diría que casi todos los objetivos se cumplieron, en la mayoría de las empresas se empezó a distinguir por primera vez suministro de subcontratación, hubo mucha internalización, muchas empresas reconocieron que estaban en una situación de ilegalidad y subcontrataron, y una pocas litigaron, el caso de CODELCO, por ejemplo, que fue una de las que litigó contra la Inspección del Trabajo.

Entonces bajo esta perspectiva hay varias cosas positivas de la ley. Primero, puso el tema laboral en el centro del debate en Chile, lo que no había ocurrido nunca antes. Segundo, se reguló el suministro de trabajadores, que antes estaba en la nada, en el vacío. Y tercero, mejoró los mecanismos legales que ya había sobre subcontratación, al establecer la responsabilidad subsidiaria y solidaria. Balance general positivo, de todo punto de vista.

Ahora, ¿quedan puntos pendientes? Claro, los que están señalados en algunos artículos publicados y que ustedes leyeron, como la negociación, la igualdad salarial, etcétera. Todo eso yo lo dije cuando la ley salió, de hecho antes de que la ley saliera yo ya sabía que estos iban a ser los puntos pendientes, no era necesario esperar nada. Lo que pasa es que los puntos pendientes no lo son porque se le olvidara al legislador, son pendientes porque el tema colectivo en Chile es un tema político, que despierta de inmediato una cacería de los grupos de poder en este país ¿Cuál fue la única norma que fue al Tribunal Constitucional? La que modificaba el concepto de empresa porque eso tenía efectos colectivos. Es absurdo evaluar la ley de subcontratación desde el punto de vista de los derechos colectivos porque nunca tuvo como objetivo regular lo colectivo. Más bien, pregúntense por qué al momento de legislar no se consideró lo colectivo, y la respuesta es porque eso despierta una caza de brujas en Chile, porque es en lo colectivo donde se tranza el poder.

Por otro lado, respecto a la igualdad de remuneraciones, no se reguló porque nosotros no tenemos siquiera regulado la igualdad de remuneraciones al interior de la empresa. Entonces, cómo vamos a regular la igualdad de remuneración en las relaciones

triangulares, si ni siquiera tenemos regulado que en una misma empresa, una trabajadora que teclea un computador y el compañero que teclea el mismo computador, en igual función, el empleador puede pagarle a uno 25 y a otro 50 y eso es legal ¿por qué va a ser ilegal en las relaciones triangulares? ¿Por qué le pedimos a la Ley de Subcontratación más de lo que el Código del Trabajo hace con los directamente contratados? Parece un poco excesivo, ¿verdad? Ahora, yo me quejo ahí, porque el mío es un objetivo político, lo puse ahí porque esto tarde o temprano va a haber que discutirlo.

- En este momento en que no existe en Chile una legislación colectiva fuerte, en el sentido de que esta no permite una negociación efectiva por parte de los trabajadores ¿Qué papel le cabe a la influencia internacional, tanto de los organismos internacionales como de las normas internacionales?

J. L. U.: Respecto a los organismos internacionales muy poco ¿Qué influencia van a tener? En materia laboral no hay jurisdicción internacional propiamente tal, estilo Corte Interamericana, está el Comité de Libertad Sindical, que ha condenado a Chile en reiteradas ocasiones de lo que estamos hablando, también la Comisión de Expertos de la OIT ha dicho en reiteradas ocasiones que las normas del Plan Laboral vulneran tal y tales derechos, efecto nada, porque no es jurisdicción, por lo tanto pasan a ser recomendaciones soft. Por lo tanto, en relación a los Organismos Internacionales, nada. En cuanto a las normas da la impresión de que a Chile no le ha importado, ni a la Concertación ni a la Alianza, que según la propia OIT vulneremos gravemente los Convenios de libertad sindical de ésta. Desde el punto de vista político lo interesante es que permiten fijar un estándar de evaluación; de hecho vamos a sacar un libro con Eduardo Caamaño, en Lexis Nexis, donde tomamos como estándar para criticar la legislación laboral el Derecho Internacional, pero eso es interesante para la crítica

política. Del punto de vista jurídico, vuelvo a decir lo mismo, si mañana reemplazan trabajadores en huelga y la OIT ha dicho un sinnúmero de veces que eso vulnera la libertad sindical ¿qué vas a hacer tú como abogado? Nada.

- Y los tratados internacionales, nos referimos específicamente a los tratados de libre comercio...

J. L. U.: Los Tratados Internacionales están en el mismo punto. Los de libre comercio han instalado un mecanismo sumamente indirecto que no ha servido de nada. En un país como Chile todos estos mecanismos no sirven porque están capturados por los poderes fácticos, quedan diseñados de tal manera que para que tengan alguna aplicación hay que pasar 25 barreras; de hecho, en los tratados que ha celebrado Chile las denuncias no las pueden hacer particulares, tienen que denunciarse entre gobiernos, un particular o una empresa tiene que dirigirse ante el gobierno y el gobierno tiene prácticamente que patrocinar esta denuncia, por lo que en la práctica no sirve de nada.

- En el fondo es voluntad política...

J. L. U.: Claro, ahora desde el punto de vista de los Convenios de la OIT son relevantes, porque te permiten criticar políticamente, porque te evalúan que tan lejos estamos del estándar internacional. Pero en Chile desde el punto de vista legal los Convenios de la OIT, hasta ahora, no digo mañana, no han servido para hacer modificaciones relevantes, la jurisprudencia chilena en general les ha dado cabida muy parcial a los convenios, no son relevantes para fallar cuestiones laborales los convenios de la OIT. Al contrario, incluso La Corte Suprema, la famosa Cuarta Sala, falla en contra de los Convenios de la OIT, cuando falla el reemplazo en la huelga, la Suprema falla exactamente lo inverso a lo que dice el Comité de Libertad Sindical que hay que tener

como criterio en esta materia, y no es porque no se le hagan ver los convenios, sino que le importan un bledo los convenios a la Corte Suprema.

- ¿Y lo que diga la Dirección del Trabajo?...

J. L. U.: Tampoco, le da lo mismo. La Cuarta Sala de la Suprema es así porque... ah, pero ustedes están grabando... hay una configuración empresarial ahí. Ahí no hay laboristas y si los hay es producto del sorteo, claramente ahí no hay amantes de la libertad sindical.

- ¿Qué modificaciones cabría introducir en la Ley de Subcontratación para fomentar la sindicalización y la negociación colectiva de estos trabajadores?

J. L. U.: A la Ley de Subcontratación ninguna. La modificación hay que hacerla al Plan Laboral, estableciendo la posibilidad de que la negociación obligatoria sea fuera del marco de la empresa y permitiendo la negociación, abiertamente entre los trabajadores contratistas y la empresa principal. Y esa modificación no es a la Ley de Subcontratación, es al Derecho Colectivo.

- Otra alternativa sería la negociación por rama económica...

J. L. U.: También, pero eso lo veo más difícil. Los poderes empresariales en este país y la derecha política se van a oponer a cualquiera de estas propuestas. En un mundo ideal todos estos problemas no existen del punto de vista laboral porque hay negociación supraempresarial obligatoria, por rama, por sector de actividad, etcétera. Como nosotros no tenemos eso, una posibilidad es que negocien los contratistas con las empresas

principales, permitir una negociación interempresarial obligatoria, pero sólo en el caso de la subcontratación, sería una posibilidad.

- Es reiterado el problema de la barrera política-económica que en Chile no nos deja resolver estos temas, pero por ejemplo en España existe la negociación supraempresarial y no creemos que los intereses económicos del sector empresarial español sean tan distintos a los chilenos...

J. L. U.: ¿Cuál es el Índice GINI de España, que es el índice que mide la igualdad social y económica?, el índice GINI de España está a 8 puntos porcentuales del mejor índice de igualdad. ¿Cuál es el índice GINI de Chile? el índice GINI de Chile es equivalente a un país africano. Salvo Brasil, el peor índice GINI de América Latina lo tiene Chile. La capacidad de los sectores menos favorecidos en España de influir en el diseño social es cualitativamente superior a la capacidad que tienen los pobres, los sindicalizados en Chile, de influir en el sistema democrático. En sociedades desiguales como la nuestra, los trabajadores, los grupos indígenas, los grupos vulnerables, tienen muy poca capacidad de influir en el debate, agréguele, y esto lo hace casi imposible, el sistema binominal. Por lo tanto, la capacidad que tienen sectores vulnerables de influir, en comparación con España u otros países europeos, es infinitamente menor, lo que hace que la legislación esté hecha a gusto de los grupos que influyen en nuestro país. Se pueden sacar ejemplos de donde ustedes quieran: respecto al debate sobre la acción de demandas colectivas, el mismo Mercurio de ayer decía que quedó tan restrictiva la Ley sobre este tema, que en Chile casi no han habido demandas colectivas ¿Que hay ahí? Una regulación que se hizo bajo el influjo inevitable e insoportable de los grandes grupos económicos que no querían demandas colectivas, entonces quedó sujeta a tantas condiciones, que prácticamente no ha servido, y lo dice El Mercurio, no lo está diciendo una fuente progresista precisamente.

En el caso español no hay punto de comparación, el Derecho se construye sobre una sociedad mucho más democrática, mucho más igualitaria, mucho más horizontal. Ustedes son de la Universidad de Chile, que es pública, pero sus profesores son todos de derecha. Eso sería impensable en España, que la gente de la universidad pública en materia laboral fuera pro empresario. Lo que habla de una sociedad desigual. Nuestra sociedad es tan desigual, que los cupos académicos, los cargos institucionales, está todo cooptado por los sectores elitarios. ¿Como hace sentir su voz Cristián Cuevas y ese tipo de gente? saliendo a la calle a protestar, porque si no queman un par de buses nadie los pesca. ¿O hay que mandar una carta, como cree El Mercurio al Ministro, para que lo reciba? “Mire Sr. Ministro, estoy disconforme...”, con gusto lo recibe el quinto secretario del ministro, un estudiante de derecho, alguien como ustedes, que está recién empezando.

Las leyes en Chile están sometidas al mismo destino que todos los proyectos, a la desigual distribución de poder. En España cuando hacen una ley laboral hay dos sindicatos muy poderosos que tienen horizontalidad con los empresarios. ¿En Chile alguien podría, con dos dedos de frente, sostener que la CUT tiene horizontalidad con los empresarios, del punto de vista del diseño político? No. No sólo en el tema de capacidad de hacer propuestas, en el diseño a los medios de prensa ¿Tú ves dirigentes de los sindicatos retratados en los diarios, salvo cuando queman buses o hay huelgas? No aparecen, no existen, lo que uno ve es a Büchi. El monopolio del discurso en sociedades como la nuestra está capturado completamente. Por lo tanto, a mi juicio comparar así es muy caricaturesco, tomar un derecho y decir ¿por qué no hicimos la ley como los españoles? Porque la sociedad donde estamos tiene distribuido el poder de una manera completamente distinta a como lo tienen distribuido los españoles.

- Pero cada país tiene su historia, España tuvo una dictadura mucho más larga que la chilena, que si bien no hizo reformas neoliberales fue claramente fascista, no obstante pasado 20 ó 30 años se convirtió en una potencia mundial.

J. L. U.: Pero hay varios factores de diferencia, la constitución de España ¿Cuándo se redactó? Cuando Franco se había ido, ya no había dictadura, es una constitución democrática, el modelo de relaciones laborales es democrático. Hagamos la comparación ¿la constitución chilena cuando se discutió? En plena Dictadura. El Plan Laboral ¿cuándo se discutió? En Dictadura. No hay punto de comparación, si discutiéramos hoy la Constitución ¿tú crees que llegaríamos a la misma constitución del 80? No ¿Y si discutiéramos el Plan Laboral? No, llegaríamos a un plan completamente distinto al que hoy en día tenemos. La pregunta es ¿por qué los sectores perjudicados por estos modelos regulatorios no hacen nada? porque no tienen poder, y no tienen poder porque somos una sociedad muy desigual económicamente. Si yo soy un empresario y necesito un informe en derecho de algún abogado, levanto el teléfono y listo, tengo un informe en derecho a mi favor de tres o cuatro próceres, y el sindicato de contratistas X ¿tiene la misma capacidad de levantar el teléfono y pedirle a alguien que les haga el informe en derecho? No. El problema es que es muy propio de abogados discutir como si las normas estuvieran en la nada, que son injustas porque son injustas. Las normas legales están en un contexto de desigualdad total, donde son construidas y son aplicadas con desigualdad.

- Pero igual existe una literatura crítica al respecto, como la tuya.

J. L. U.: Lo que pasa es que mi voz, en un país como España, sería mucho más audible, porque el poder político está repartido de otra manera, en cambio mi voz acá, aún cuando sea audible, no tiene capacidad de influir en el debate, porque si ustedes van al Congreso ahí no están representados sectores laborales. O sea, si ustedes me preguntan a mí, el gran drama de nuestro país es el binominal, a todas luces, al final

todos estos problemas llegan al mismo punto, el binominal te impide que grupos vulnerables tengan participación institucional. Ahora la pregunta es ¿por qué en el Congreso no hay gente que esté afín a mis ideas? No están porque el binominal no lo permite. El sistema de relaciones labores no es autónomo, está vinculado a un tema de régimen político y si tenemos un sistema de relaciones políticas capturado por minorías el resultado va a ser éste. Pero ustedes me podrían preguntar, si el sistema de relaciones políticas está tan capturado ¿porqué se aprobó una ley de subcontratación? Porque la Ley de Subcontratación no hace daño a aspectos centrales de la distribución del poder. La Ley de Subcontratación es una ley de condiciones de trabajo, ejemplo, “me trajo el certificado de deuda, sino responde de...” pero estamos hablando de relaciones individuales. Lo que distribuye el poder no son leyes como la de subcontratación, son las leyes de negociación colectiva. Si le hubiéramos incorporado una norma sobre negociación colectiva a la ley de subcontratación ¿ustedes creen que se habría aprobado esta norma? Si la única que había, que algo se acercaba, era la del concepto de empresa y la sacaron.

Si ustedes quieren llegar al corazón del problema, el corazón del problema no es la Ley de Subcontratación, ni siquiera la igualdad de remuneraciones es un problema central del sistema de la relación laboral, un problema central es la distribución del poder en las relaciones laborales, y ese poder se distribuye, no con normas sobre subcontratación, sino con normas sobre negociación colectiva, ahí la ley de subcontratación no se entromete, y no se entromete no porque la ley no haya querido, sino porque hay límites políticos derivados del sistema de poder en Chile que lo hace imposible.

Fuera de la cuestión jurídica, lo interesante en Chile en el fenómeno laboral es que el conflicto se gatillará abiertamente, por eso lo de los contratistas me parecía bueno, porque gatilló un conflicto larvado; tengo la impresión que ese conflicto laboral en Chile se va a expresar de forma más dramática de lo que se ha expresado hoy día, y es más, creo que para eso una de las condiciones posibles es un gobierno de derecha,

condición sociológica para que el conflicto se suscite, porque eso desnudaría más dramáticamente la falta de poder de los trabajadores. Hoy día la Concertación tiene una capacidad de anestesia sobre la sociedad, o sea Andrade no es un tipo que provoque malestar, pero si se provocaría si mañana pones a Márquez de la Plata y además sale elegido Piñera, que es un empresario. Eventualmente se podría generar un conflicto mucho más explicitado, mucho más dramático y que generará cambios relevantes. O sea, si ustedes me dicen que los cambios del Plan Laboral se van a hacer dentro del proceso de reforma del sistema binominal, con la paciencia y la lentitud que se hizo la Ley de Subcontratación, lo veo muy difícil. Para que estos cambios se produzcan, tiene que pasar algún hecho que gatille una conmoción y que entonces los grupos de poder estén dispuestos a ceder parte de su poder, ante el temor de perderlo todo. En Chile la gente más conservadora habla de los acuerdos nacionales, pero eso fue porque no tenían claro para donde iba a ir la Concertación, ante el temor de que el viraje fuera completo estuvieron dispuestos a ceder. Hoy día ya tienen claro que la Concertación no va a hacer ningún cambio relevante, que la estructura institucional está completamente a su favor, tienen cooptado todas las estructuras de poder de este país, por lo tanto sería muy extraño que vayan a ceder el poder voluntariamente. Tienen cooptado el discurso de la prensa, de las instituciones. Vuelvo a la pregunta inicial ¿por qué pasa esto? Porque somos una sociedad muy desigual, nada más, no veo esperanza al corto plazo en este punto. Ahora, sí creo que el Plan Laboral está agotado, pero no sé bajo que condiciones políticas-sociales pueda darse un cambio relevante. Una ley regulada bajo este sistema no va a cambiar cuestiones dramáticas. Si alguien esperaba que la Ley de Subcontratación iba a ser un gran cambio desde el punto de vista del reparto del poder institucional dentro del modelo laboral, se engaña.

- Que se puede decir del caso de la ANEF, nuestra legislación los excluye del derecho a huelga, aun así se movilizan....

J. L. U.: Bueno, ese es un gran ejemplo de lo que estamos diciendo, que el Derecho es irrelevante en la mayoría de estos asuntos. Estas cuestiones no son jurídicas, son cuestiones de relaciones de poder, el Derecho dice que ahí está prohibida la huelga ¿y a quién le importa que el Derecho diga que está prohibida? lo que importa es que hay relaciones de poder mucho más equilibradas, por diversos factores, por un lado por el tipo de gobierno o por otro porque están muy organizados. O sea, hay sectores en Chile donde hay relaciones laborales equilibradas, estoy pensando en la minería del cobre por ejemplo, pero las normas son las mismas que las de Supermercado Lider, en la configuración de las relaciones laborales tiene menos que ver el Derecho de lo que se piensa y más las relaciones de poder. En el sector público hay sectores históricos, culturales, organizacionales, que explican que ahí el Derecho incluso hace el loco, porque ahí prohíbe abiertamente, tanto la Constitución como la ley prohíben la negociación colectiva y la huelga, y estamos frente a uno de los sectores que más negocia y que más va a huelga en Chile.

Hay problemas donde el Derecho importa poco y otros donde importa más, pero no es que el derecho es siempre irrelevante, el Derecho puede ser relevante, pero honestamente el Derecho producido bajo las condiciones institucionales que tenemos, va a ser siempre irrelevante, porque la producción del Derecho en Chile bajo la regla del binominal, es una producción híbrida, que no ampara ningún interés, si estamos todos empatados y vamos a estar empatados hasta el último de nuestros días, da lo mismo ser mayoría o ser minoría, es la antítesis de una democracia ¿Qué incentivo tienen la minoría, la elite, los que manejan el poder, en distribuir el poder, si siendo minoría siempre van a lograr cooptar la mitad del poder institucional relevante para estos efectos? Es una pregunta relevante en Chile, no sólo en materia laboral, en cualquier otra materia. ¿Por qué una elite que diseñó un sistema institucional que le permite, siendo minoría, empatar con las mayorías, va a distribuir el poder? Por eso les digo que me parece que estos cambios vienen por procesos mucho más complejos, que pensar que la Ley de Subcontratación nos quedó mal diseñada.

Yo trabajé en la Ley de Subcontratación, y los que estábamos ahí sabíamos muy claro cuales eran nuestros límites, si nosotros hubiéramos incluido un artículo que dijera “se permite la negociación de los contratistas con los empleadores, siendo esta negociación colectiva obligatoria”, no hubiese sido posible ¿por qué? Porque te faltan votos, porque estás empatado, porque hay gente de la propia Concertación que no cree en eso.

Quizás lo interesante del análisis jurídico es mostrar que somos un país excepcional. Ahora, yo tengo poca fe en que, mostrando eso, un parlamentario afín a los conceptos empresariales, vaya a modificar su conducta simplemente porque la OIT diga algo. En Chile no se ha modificado la jurisdicción militar. Ya ha sido condenado Chile por la Corte Interamericana, y ahí sí que hay jurisdicción y ¿le ha importado algo a los parlamentarios que vetan cualquier cambio en materia de jurisdicción militar? Nada.

Para que tengan más información vean el informe que publicamos en la Portales, vean huelga. Yo hice el capítulo de huelga y lo pueden bajar de la página de la UDP. Hablo algo de las huelgas de los contratistas para que tengan mi visión, que es la misma que en la negociación colectiva, que es otro gran drama. Casi no hay norma sobre negociación colectiva que no esté impugnada por la OIT en Chile. Lo que yo ahí muestro es que todos los órganos institucionales en Chile están casi coludidos para que la huelga no funcione. La Contraloría, la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, todos cuando tienen que fallar algo de la huelga es desconociéndole su carácter de derecho fundamental.

- Respecto a las tendencias en materia de pensamiento económico, sabemos que la subcontratación es la respuesta a modelos de descentralización productiva, ¿Qué opinas de quienes ven el Derecho Laboral una traba rígida e inflexible para el empleador? Existiendo autores que plantean incluso el reemplazo de el Derecho Laboral por un Derecho Empresarial o derechamente la desaparición del Derecho Laboral. .

J. L. U.: Eso sólo se los puede haber dicho alguien muy ignorante, porque si hay un momento en Chile en que el Derecho Laboral va hacia adelante, es hoy día. Porque no he hablado de Derecho Laboral, sólo he hablado de la distribución del poder y del modelo de las relaciones laborales. Ahora, sin cambiar el modelo de relaciones laborales ustedes pueden tener mucho Derecho del Trabajo, piensa en todo lo que está pasando con la Reforma Procesal Laboral, el tema de la tutela de derechos fundamentales. Yo nunca había tenido más trabajo que ahora, si yo me hubiese dedicado a Laboral hace 10 ó 15 años atrás, me habría condenado a pasarle a los alumnos en la Universidad el contrato de trabajo, las remuneraciones, el libro de asistencia; hoy día yo no hablo de eso, esos temas ni los trato porque nunca el Derecho Laboral tuvo tanta relevancia como hoy en día en Chile.

Si la pregunta es ¿el discurso de la flexibilidad podrá seguir calando y este modelo empeorar en vez de mejorar? ¿Podríamos seguir impregnando de más criterio económico al Derecho Laboral chileno? No hay ninguna posibilidad, el inmovilismo en Chile opera para ambos lados, así como veo muy difícil reformar el corazón de la distribución del poder en el modelo del Plan Laboral, un nuevo Plan Laboral es imposible. Debemos tener en cuenta que la flexibilidad laboral sólo se ha instaurado en América Latina con dictadura, por tanto la combinación democracia-capitalismo hace imposible mayor flexibilidad laboral. Pensemos un momento, mañana llega un gobierno de derecha y dice “vamos a derogar las indemnizaciones”, el costo político de eso es muy alto para un sistema democrático. Un Plan Laboral como el de José Piñera habría sido imposible hoy en día, en democracia. Esto no quiere decir que yo sea optimista, quiero decir que estoy tratando de hacer un cuadro a mi juicio que el Derecho Laboral va a seguir en este marco en que se ha colocado ahora, que es mucho mejor que el que tenía hace 10 años atrás, pero la distribución del poder va a seguir siendo la misma, o sea, las normas laborales pueden cambiar, pero la distribución del poder no. No nos confundamos, las normas laborales que se refieren al poder son unas pocas, las de negociación colectiva, normas como la Ley de Subcontratación o la reforma procesal laboral no alteran la distribución del poder al interior de nuestra sociedad, mejoran los

derechos laborales, y lo que quieran, pero el poder sigue distribuido igual. Que tú le digas al trabajador que el empleador tiene que respetar su intimidad por las reglas de tutela laboral, ese no es un cambio de distribución de poder. Los laboristas vemos que la Ley de Subcontratación, la Ley de Semana Corrida, etcétera., son derechos laborales, pero estos no cambian el eje de como se gesta el poder dentro de la sociedad. Por eso no es casual que el tema colectivo, haya sido el único no abordado por la Concertación. El derecho individual es periférico, díganme ¿en qué cambia la distribución de poder que yo ahora tenga que pedir un certificado a la Dirección del Trabajo para pagar? En nada, cambia si se eliminara, por ejemplo, los reemplazantes en la huelga, eso vale 4 leyes de subcontratación, ¿Por qué? Porque hoy día viene una negociación colectiva y los empleadores dicen “a mi no me importa, si yo voy a contratar reemplazantes”, en cambio si tú le dices “no, ahora usted va a tener que detener la producción”, ahí me siento a negociar en otro plano. Si ustedes vienen a negociar conmigo y yo sé que pueden parar la empresa, existe una relación más equilibrada. En cambio si yo me junto con ustedes y tengo incluso vistos a los reemplazantes, ustedes se quedarán sin trabajo, pero mi empresa va a seguir funcionando. Esa norma sí que distribuye el poder, más que los 40 artículos de la ley de subcontratación, a eso me estoy refiriendo.

II. FALLO CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. RECURSO DE PRTECCIÓN. CODELCO CON DIRECCIÓN DEL TRABAJO.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta

Fecha: 28/01/2008

Rol: 948-2007

Partes: Codelco División Codelco Norte con Dirección Regional del Trabajo

Ministro Reactor: Laura Soto Torrealba

Descriptor: Derecho a un racional y justo procedimiento. Acto decisorio. Acto de mero trámite. Comisiones especiales. Régimen de subcontratación. Régimen del Código del Trabajo. Competencia de la Dirección del Trabajo.

Doctrina: El contenido del Acta emitido por la Dirección Regional del Trabajo de Antofagasta, consistente en la corrección que debe efectuar la empresa Codelco División Codelco Norte de ajustar el régimen laboral que posee respecto de sus trabajadores, constituye un acto decisorio y no de mero trámite, y en esa circunstancia, constituye una vulneración a los derechos de la recurrente, en particular el derecho a un racional y justo procedimiento, y no ser juzgado por comisiones especiales.

En particular, dentro de las facultades que posee la Dirección del Trabajo establecido en el DFL N° 2 de 1976 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, es fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral e interpretar administrativamente tal normativa, pero no alcanza a sus atribuciones establecer la calificación jurídica de ciertos hechos, toda vez que su función se limita a la apreciación de la realidad y su contraste con la legislación.

La constatación realizada por la Dirección del Trabajo, en orden a establecer que los trabajadores que prestaban servicios a Codelco División Codelco Norte, en régimen

de subcontratación, poseían efectivamente una relación de subordinación y dependencia, contrariando de esta manera el artículo 183-A del Código del Trabajo, a partir del cual establece un plazo a la empresa para modificar el régimen de contratación con el objeto de quedar comprendido en el régimen del Código del Trabajo, excede en mucho la competencia establecida para la Dirección del Trabajo en su Ley Orgánica, vulnerando con ello las normas constitucionales; en específico los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, y el artículo 19 N° 3 relativo al derecho a un racional y justo procedimiento.

Áreas del Derecho: Derecho Administrativo (Contencioso Administrativo) Derecho Administrativo (Contencioso Administrativo); Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social;

Legislación aplicada en el fallo: Código del Trabajo art 183 A; CTRAB_AR-183 Constitución Política art 19 N° 3; CPE_AR-19 Constitución Política art 6; CPE_AR-6 Constitución Política art 7; CPE_AR-7

Texto completo de la Sentencia

Antofagasta, veintiocho de enero de dos mil ocho.

VISTOS:

A fojas 30, don Sergio Gómez Núñez, en representación de la Corporación Nacional del Cobre de Chile, Codelco Chile, División Codelco Norte, domiciliados ambos en 11 Norte 1291, Villa Exótica, Calama, deduce recurso de protección en contra de la Dirección Regional del Trabajo de la II Región, representada por doña Viviana Ramírez Páez; de la Inspección Provincial del Trabajo de El Loa Calama, representada por doña Kenny Carreño Chancig y de los funcionarios de estas reparticiones, señores

Carlos Lapride, Ester Salvatierra Alvarez, Claudio Cuello Páez, José Luis Alegría, Pablo Leiva Mercado y Hernán Larraín R., todos domiciliados para estos efectos en calle 14 de Febrero N° 2431, piso 5° de esta ciudad, todos quienes, en sus respectivas calidades intervinieron en procesos de fiscalización llevados a cabo en las dependencias industriales del Centro de Trabajo Radomiro Tomic, de su representada, y que concluyeron con la Resolución contenida en el Acta de Constatación de Hechos en fiscalización de la Ley 20.123, cuyo tenor es el siguiente: Que los servicios prestados por los trabajadores que se individualizan en formulario anexo se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 183 A del Código del Trabajo, comprobándose que estos trabajadores prestan servicios bajo dependencia y subordinación del dueño de la obra, empresa o faena ya mencionado. Dicha subordinación y dependencia se ha verificado al constatarse mediante el procedimiento inspectivo que el fiscalizado:

1. Imparte instrucciones directas a los trabajadores, quienes se sujetan a ellas.
2. Determina, sea genérica sea específicamente, la forma y oportunidad de ejecutar las labores de los trabajadores.
3. Organiza y administra la actividad laboral de los trabajadores.
4. Establece la carga de trabajo diaria, semanal, mensual, de los trabajadores.
5. Controla, fiscaliza o supervisa el desarrollo de las labores del trabajador.
6. Además se verificó, que a la fecha de las visitas inspectivas, los trabajadores (1060) individualizados en nómina adjunta a la presente aparecían contratados por las distintas razones sociales que en la misma se señalan, formando ésta, parte integrante para todos los efectos legales pertinentes de la presente Acta.

Los hechos constatados y señalados precedentemente respecto de los trabajadores que se señalan, configuran infracción al artículo 183 A del Código del

Trabajo, considerándose en consecuencia al dueño de la obra, empresa o faena como empleador de dichos trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo de ese artículo.

II. Plazo de Corrección.

En este acto se pone en conocimiento del empleador la situación infraccional referida anteriormente, concediéndole el plazo de 15 días, contados desde la fecha de notificación, para que corrija el régimen laboral fiscalizado ajustándolo a la normativa contenida en el Código del Trabajo.

Adjunta a la misma se acompaña un listado de los trabajadores contratistas que en opinión del organismo fiscalizador se encontrarían en situación de ser trabajadores de la División Codelco Norte y no de las empresas contratistas.

Sostiene que el acto administrativo emanado de la fiscalización, constituye un acto arbitrario e ilegal que perturba y amenaza el legítimo ejercicio de las garantías y derechos que le asisten, establecidos en la Constitución, que le irrogan un grave perjuicio a su representado, desde que se trata de un acto terminal, cuyo efecto deseado es modificar el régimen laboral fiscalizado de los trabajadores que, según el acto, correspondería considerar como empleador a ésta, ajenos a su voluntad, y no con las empresas que los contrataron, constituyendo la acción constitucional el medio idóneo y eficaz para impetrar el restablecimiento del derecho que se ha visto quebrantado por el actuar del ente fiscalizador.

Transcribe, en seguida, los artículos 6° y 7° del Texto Constitucional y la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo que en su artículo 1° fija las funciones de tal repartición, entre ellas la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral, que en caso alguno puede significar la calificación jurídica de los hechos que se pudieran constatar y para el caso de considerarlos reñidos con la legislación laboral, aplicar multas administrativas, pero no tiene facultades para ordenar correcciones de carácter

organizacional de la empresa fiscalizada, menos aún interpretar los contratos civiles celebrados por su mandante con las empresas contratistas que le prestan servicios o realizan obras, como calificar el cumplimiento de las relaciones entre ellos.

Añade que en la especie con la Resolución adoptada se pretende alterar y destruir los vínculos jurídicos de la empresa mandante o principal y el contratista, y el de éste con sus trabajadores, generando uno nuevo entre aquél y el trabajador del contratista, destruyendo el vínculo entre el mandante y éste último, sin intervenir la voluntad de las partes, materia exclusiva y excluyente de los tribunales de justicia.

Al indicar que los hechos constatados importarían infracción al artículo 183 A de la Ley de Subcontratación, transgrede lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República que contienen el denominado principio de legalidad, habiendo el propio legislador laboral entregado la competencia de los juzgados del Trabajo en el artículo 420, el conocimiento de las cuestiones o controversias suscitadas entre empleadores y trabajadores, aludiendo a jurisprudencia emanada de nuestros tribunales sobre la materia.

Agrega que la supuesta existencia de un vínculo de subordinación y dependencia entre los trabajadores de las empresas contratistas y de la División Codelco Norte, negando la existencia real de los contratos individuales de trabajo celebrados entre éstos y sus respectivos empleadores, no es sino una velada declaración de la existencia de una simulación o fraude laboral descrito en el artículo 478 del Código del Trabajo, el que habilita a la Dirección del Trabajo para aplicar multas administrativas y que el artículo 183 A, inciso 2° del referido cuerpo legal contempla en estricto rigor una presunción simplemente legal, cuya ponderación se debe efectuar por los tribunales de justicia a través de un fallo dictado en un procedimiento legalmente tramitado. Luego al atribuirse facultades jurisdiccionales calificando relaciones contractuales entre particulares y amenazar con multas si no se atienden sus instrucciones, son arbitrarias e ilegales y

constituyen una perturbación y amenaza de derechos constitucionales que le asisten a su representado.

Expresa que el acto administrativo, además de ilegal es arbitrario, pues la recurrida ha actuado contra legem, es decir, a sabiendas de su carencia de facultades, lo que convierte el acto en un mero capricho y la indeterminación de los fundamentos de hecho de la Resolución dictada por el organismo fiscalizador la pone en la más absoluta indefensión frente a la imputación que se le formula, ya que no podrá desvirtuarlos a través de la prueba que debería producirse en un proceso legalmente substanciado ante el órgano jurisdiccional competente.

Esta arbitrariedad se traduce en definitiva en una inobservancia de los principios básicos que informan los procedimientos administrativos contemplados en la Ley 19.880, como son la racionalidad, contrariedad, imparcialidad, transparencia y publicidad.

Manifiesta que el actuar de la recurrida ha vulnerado la garantía constitucional establecida en el inciso 4° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al atribuirse facultades jurisdiccionales que el ordenamiento jurídico no le confiere ni le reconoce, constituyéndose en una verdadera comisión especial, vulnerando los principios básicos del debido proceso. También la Resolución de la Dirección del Trabajo atenta contra el derecho consagrado en el N° 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, en cuanto le ordena corregir dentro de 15 días el régimen laboral fiscalizado, ajustándolo a la normativa contenida en el Código del Trabajo, a la luz de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 183 A del Código del Trabajo, que implica la contratación de los trabajadores individualizados en anexo, al comprobar que sus servicios se prestarían bajo la dependencia y subordinación de la dueña de la otra empresa o faena. La libertad de contratación que reconoce la Constitución Política de la República es una expresión de los principios de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad y que se

refleja en el derecho que tiene todo empleador para decidir a quien contrata con la única limitante de no discriminar, si no es sobre la base de la capacidad o idoneidad profesional, de manera que no pudo estar en el espíritu del legislador al dictar la Ley 20.123, la intención de delegar en un tercero, como es la Dirección del Trabajo, la facultad de decidir acerca de la contratación a personas determinadas en una empresa, decisión que corresponde al empleador. El acto administrativo también atenta contra la facultad del empleador para organizar, dirigir y administrar la empresa como lo dispone el inciso 2º del artículo 306 del Código del Trabajo, luego cuando se le ordena que debe ajustar el régimen laboral a la normativa del Código del Trabajo, se le está instruyendo que se contrate a todos los trabajadores incluidos en la nómina anexa a la resolución, transgrediendo el derecho a la libre contratación.

Agrega que la actuación del organismo fiscalizador amenaza asimismo el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica contemplada en el N° 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República en cuanto obligaría a su representado a introducir cambios organizacionales que dañarían su eficiencia, ya que tendría que efectuar adecuaciones estructurales afectando el desarrollo de su actividad con detrimento en los ingresos que reporta al Estado de Chile.

Por último, sostiene la recurrente que se ha vulnerado el derecho de propiedad en sus diversas especies, consagrado en el artículo 19 N° 24 del texto Constitucional, desde que la actuación arbitraria e ilegal de los recurridos constituye una verdadera expropiación de la facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa que permite al empleador la contratación de trabajadores y desvinculación de los mismos y la utilización de los recursos humanos y materiales, indicando que se vinculan con las empresas contratistas a través de contratos civiles que de acuerdo al artículo 1545 del Código Civil, constituyen ley para las partes, perturbándose los derechos que emanan de los respectivos contratos y para el caso de no acatar lo ordenado en la Resolución se aplicará una multa, con el objeto de forzar su voluntad al cumplimiento de lo instruido.

Concluye solicitando que la Resolución contenida en el Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123 es arbitraria e ilegal; que perturba las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N° 3, inciso 4°, N° 16, 21 y 24 de la Constitución Política de la República, por lo que debe dejarse sin efecto, restableciéndose el imperio del derecho, con costas.

Que a fojas 146, el Abogado don Mario Varas Castillo en representación de Cimm Tecnologías y Servicios S.A., ambos domiciliados en Prat N° 548, oficina 203 de esta ciudad, también interpone recurso de protección en contra de las mismas recurridas, Dirección Regional del Trabajo, II Región, Inspección Provincial del Trabajo de El Loa Calama, y de funcionarios de estas reparticiones, quienes, producto de una fiscalización realizada, concluyeron con la Resolución contenida en el Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123 (trabajo en régimen de subcontratación, que se plasmaron en dos formularios F8 3 de 3 de diciembre de 2007, cuyo contenido es el mismo ya transcrito anteriormente en la acción deducida por Codelco y que finaliza ordenando que los 1.060 trabajadores del Centro Radomiro Tomic, 362 serían de Cimm T resultarían ser dependientes que prestan servicios bajo subordinación y dependencia directa de la empresa principal, conminando directamente a Codelco Norte a contratarlos dentro de un plazo de corrección específico.

Como cuestión previa refiere antecedentes sobre la empresa recurrente, manifestando que presta servicios para la gran Minería del Cobre manteniendo sedes permanentes en las ciudades de Antofagasta, Calama e Iquique, además de Santiago, donde está la sede principal, y que en la actualidad prestan servicios a ella alrededor de 2.300 trabajadores agrupados en 9 organizaciones sindicales, cuyas remuneraciones y condiciones de trabajo se fijan de común acuerdo con cada uno de los sindicatos, a través de negociaciones colectivas con respeto irrestricto al ordenamiento jurídico privilegiando la contratación indefinida, evitando la desvinculación.

Individualiza, en seguida los tres contratos civiles de prestación de servicios que mantiene con Codelco y que producto de la fiscalización realizada por la Dirección del Trabajo, sin detallar ni nombrar los fundamentos, procedió a calificar jurídicamente la naturaleza del vínculo laboral de los trabajadores involucrados en la fiscalización; viéndose despojada de su calidad de empleador por un acto de un órgano administrativo, amenazando el Derecho a desarrollar una actividad económica, pues de acatar Codelco la instrucción impartida por la Inspección se le impediría ejercer libremente su giro, como asimismo el derecho a la propiedad, ya que dejaría de percibir lo acordado en cada uno de los contratos civiles pactados, y el derecho al debido proceso, toda vez que la Inspección se ha arrogado facultades jurisdiccionales al interpretar, calificar y establecer la relación jurídica entre esta empresa, sus trabajadores y la empresa principal.

Puntualiza, luego, aspectos formales de la procedencia de la acción constitucional interpuesta, para concluir que es el medio idóneo para asegurar el pronto término de las amenazas y perturbaciones en la materia objeto del mismo, procurando el pronto restablecimiento de los derechos conculcados. En seguida analiza la ilegalidad y arbitrariedad del acto administrativo que se impugna, conceptualizándolo con referencia expresa a lo establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, donde se consagran los denominados principios de supremacía constitucional y de legalidad, en virtud del cual los órganos del Estado pueden obrar validamente en tanto respeten el ordenamiento jurídico constitucional y en el ejercicio de sus atribuciones se circunscriban a las materias de su competencia. Continúa con el examen del DFL N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social que fija las atribuciones de la Dirección del Trabajo, entre ellas, la fiscalización de la legislación laboral, sosteniendo que dicho organismo, en el caso sublite, no se ha apegado a ellas, porque en su actuación ha efectuado una calificación jurídica que rebasa la constatación de hechos y su debida confrontación con la legislación laboral, sin que en materia de subcontratación se contemple norma alguna para calificar jurídicamente la existencia de relación laboral directa entre sujetos, lo que es de competencia de los juzgados laborales, acorde lo dispone el artículo 420 letra a) del cuerpo legal citado. En el mismo ámbito, expresa que

la recurrida desconoce lo prevenido en los artículos 3 y 51 de la Ley 19.880, vulnerando además, los artículos 10, 17, 21, 45 y 60 del cuerpo legal aludido, al no respetarse el principio de contradicción en cuanto empresa interesada debía necesariamente ser escuchada, dándole la posibilidad de rendir las probanzas en defensa de sus legítimos intereses y derechos, habiéndose pronunciado la Resolución impugnada sin el debido emplazamiento, lo que revela la ilegalidad y arbitrariedad con la que actuó el organismo fiscalizador. Así, conforme a lo expresado, se estaría amenazando la garantía constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución Política de la República, pues el órgano competente para resolver sobre la calificación jurídica de la relación entre los trabajadores dependientes de la recurrente y la empresa principal, es un Tribunal y no la Inspección del Trabajo; al tomar esta determinación, ha ejercido atribuciones que no le corresponden, transgrediendo el principio constitucional de legalidad y al contravenir los artículos 76 y 77 de la Carta Fundamental, se estaría constituyendo como una comisión especial.

Manifiesta que el acto cuya impugnación se persigue por esta vía es ilegal, puesto que desconoce la relación ente Cimm TSS.A. y sus trabajadores, cuestión que sólo corresponde calificar a un Tribunal del Trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 420 del respectivo Código, por medio de un juicio de lato conocimiento, además porque el ente fiscalizador actúa en ausencia de ley que lo faculte para calificar la relación jurídica de los trabajadores con la empresa principal, contraviniendo las normas constitucionales del inciso 4° N° 3 y N° 26 del artículo 19 y 7 de la Constitución Política de la República.

Añade, por otra parte, que se amenaza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, contempladas en el artículo 19 N° 21, referida al derecho a la libre iniciativa económica, conocida también bajo la denominación del derecho de libertad de empresa en cuanto le asiste a emprender, desarrollar, gestionar y administrar libremente y sin ingerencia de terceros y

particularmente del Estado una actividad económica, consistiendo la amenaza en que al ordenar la Inspección del Trabajo la contratación de los trabajadores dependientes de dicha empresa por parte de Codelco Chile, quedaría privada de su fuerza de trabajo y como consecuencia de ella de los contratos de prestación de servicios que mantiene con ésta. El acto en cuestión, es ilegal porque la Dirección del Trabajo actúa fuera de ley que la faculte a limitar y entorpecer el desarrollo libre de cualquier actividad económica y arbitrario porque carece de fundamento y de razonabilidad, puesto que no señala los fundamentos que habrían servido de base para llegar a la conclusión que los trabajadores de Cimm TSS.A., en realidad prestaban servicios bajo vínculo directo con Codelco, dejándola en completa indefensión al no tener ingerencia en dicho procedimiento para hacer valer su posición, correspondiendo al legislador disponer cómo deben realizarse las actividades económicas como a las reglas que deben someterse.

Por último aduce que el acto administrativo emanado del ente fiscalizador amenaza el derecho de propiedad, previsto en el N° 24 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, en relación directa a los derechos personales que emanan de los contratos que mantiene con Codelco, siendo ilegal porque actúa sin facultades y arbitrario al carecer de fundamentos que expliquen cómo se arribó a esa resolución. En efecto, se amenaza tal garantía, en cuanto los derechos adquiridos respecto de los contratos vigentes con la empresa principal se verán afectados, ya que de acatarse lo dispuesto por el fiscalizador tendrían que terminar anticipadamente, dejando de percibir los dineros pactados, lo que importaría un acto expropiatorio realizado por acto administrativo y no por ley del derecho de propiedad sobre los derechos emanados de los contratos civiles vigentes con Codelco.

Pide se declare que la Resolución contenida en la denominada .Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123 (Trabajo en Régimen de Subcontratación) plasmada en Formulario F8 3, de fecha 3 de diciembre de 2007, es arbitraria e ilegal; que amenaza y perturba las garantías constitucionales que le asisten a

Cimm TSS.A., consagradas en el artículo 19 N° 3, inciso 4°, 21 y 24 de la Constitución Política de la República, dejándola sin efecto, con costas.

Que evacuando los informes respectivos a fojas 86 y 170, la recurrida después de hacer algunas aseveraciones acerca del amparo Estatal de las normas que regulan la prestación de los servicios, sostiene en primer lugar, la inadmisibilidad de los recursos, señalando que el acto administrativo del que se recurre no es una resolución terminal, sino un mero acto trámite o preparatorio, que si bien forma parte de la secuencia de un procedimiento administrativo, no contiene la decisión final en los términos que lo establece la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos. El procedimiento de fiscalización objeto del recurso, se concluye con la aplicación de una multa a la empresa fiscalizada .Codelco. en caso de constatarse una infracción, donde el Acta de Constatación es una etapa preventiva, intermedia de un acto administrativo terminal.

Añade que de conformidad a lo establecido en el artículo 15 de la ley aludida precedentemente, los actos de trámite no son impugnables, de manera que constituyendo la referida Acta un acto trámite no importa la indefensión de la empresa fiscalizada, menos de la empresa contratista, ajena a tal control, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento. La constatación de hechos es un acto que supone la continuación de la fiscalización, cuyo destino final podrá ser la dictación de una resolución de multa o los archivos de los antecedentes, dependiendo de las decisiones que adopte la empresa fiscalizada, de modo que concluido con la mera notificación del Acta no hay ninguna Resolución definitiva de la administración, sino la constatación de una realidad laboral y la información al empleador, restando las etapas posteriores vinculadas a la corrección de los hechos a que puede optar la empresa fiscalizada y a la eventual resolución administrativa sancionatoria, que en ningún caso afectará a la empresa contratista. Además, la actuación impugnada se inserta en un procedimiento que ha garantizado los principios de bilateralidad y publicidad verificando circunstancias que no han sido cuestionadas por los recurrentes. Alude a posiciones doctrinarias y jurisprudenciales de los Tribunales Superiores de Justicia, para luego hacer referencia al

procedimiento de fiscalización aplicado en la especie, insertando los formatos respectivos y esquema de fiscalización y asistencia al cumplimiento a la gran minería Ley 20.123.

En lo que dice relación con la recurrente Cimm TSS.A., sostiene la inadmisibilidad por falta de legitimación activa, en cuanto el procedimiento de fiscalización se dirigió y llevó a efecto en la empresa Codelco, y sólo a su respecto se dictó y notificó el .Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123 , cuyo objeto fue el régimen de trabajo definido en el artículo 183 A del Código del Trabajo, situación ajena a los intereses de la contratista recurrente, desde que la acción de protección no es una acción popular y no siendo sujeto de fiscalización, ni apta para ser objeto de eventuales multas por los hechos constatados en el acta que se impugna por esta vía, resulta carente de legitimidad para recurrir de protección en contra del trámite de fiscalización aplicado a Codelco y que se materializó en el Acta ya referida precedentemente.

En cuanto al fondo del recurso en estudio, afirma que el programa de fiscalización de la Ley en comento por parte de la Dirección del Trabajo, se ha hecho efectivo hasta la fecha en más de tres mil empresas, entre ellas aquellas de la gran minería del cobre, habiendo adecuado los procedimientos administrativos a los pronunciamientos de la Excma. Corte Suprema emitidos por la vía del recurso de protección que han aplicado multas administrativas a distintas empresas mandantes en las que se ha constatado infracción a la norma, modificando las instrucciones, y ajustando sus procedimientos de fiscalización a través de la dictación de la Circular N° 82 de septiembre de 2007, absteniéndose de calificar simulación y la naturaleza del vínculo entre los trabajadores involucrados en la misma y las empresas que operan en dicho ámbito, limitándose a constatar los supuestos de la normativa, señalando los efectos que éste establece en caso de infracción. Es así que la fiscalización se restringe a verificar sólo uno de los requisitos contenidos en el artículo 183 A del Código del Ramo, cual es la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador otorgando

a la empresa mandante, no a la contratista, la posibilidad de corregir la infracción constatada dentro de un determinado plazo, eliminándose las instrucciones de suscribir contratos de trabajo y el procedimiento de la calificación de simulación, estando establecida la eventual sanción en el inciso 2º del artículo 183 antes referido.

Añade la impertinencia de las sentencias dictadas por la Excma. Corte Suprema invocadas por los recurrentes, porque fueron dictadas en contra de resoluciones de multa y no de Acta de Constatación de Hechos, en procesos de calificación anteriores al cambio de instrucciones a los procedimientos administrativos.

A continuación hace una reseña, conforme al expediente administrativo acompañado, de las distintas etapas de la fiscalización, estando constituida la primera, por la preparación de ésta, la segunda que dice relación con la fiscalización misma en las dependencias de Codelco y la tercera, relativa a la corrección asistida que tiene por objeto que la infracción comprobada se corrija evitando la aplicación de la multa y la cuarta etapa y final, es la Resolución en que transcurrido el plazo otorgado se verifica su cumplimiento, y corregida la infracción se dejará constancia en el Acta concluyendo el proceso administrativo, en caso contrario se procederá a dictar la respectiva resolución de multa, disponiéndose su notificación, que en este caso sería a Codelco y no a la empresa contratista, la que debe expresarse en el formulario F 9 que contiene parte expositiva, considerativa y resolutive, trámite este último que no se alcanzó a cumplir en el caso sublite, por lo que el procedimiento no podía concluir con una multa a la empresa contratista, habiendo quedado interrumpido en la etapa previa con los recursos de protección deducidos.

Expresa que la recurrente Codelco conoció todo el contenido y alcance de la fiscalización, discrepando con los criterios de la aplicación de la ley 20.123 y que el acto impugnado no afecta derecho alguno, ni menos a Cimm TSS.A. siquiera el acto terminal más gravoso que sería la resolución de multa aplicable a aquélla, pues no tiene interés comprometido, habiéndose realizado con estricto apego a las normas constitucionales y

legales. Manifiesta que el Acta de Constatación de Hechos no dispone la contratación de trabajadores, sin perjuicio de advertirse que no se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 183 A de la Ley 20.123, los que además no son objeto del recurso, porque no han sido negados, controvertidos ni cuestionados por los recurrentes. La eventual multa a Codelco no puede resultar amenazante si no se ha aplicado y puede ser objeto de revisión, sin que puedan las empresas pretender eximirse de la función fiscalizadora de la Dirección del Trabajo y en particular de la aplicación de la Ley de Subcontratación, y que de acogerse el recurso se afectarían los derechos de aquéllas que han dado cumplimiento a la misma.

Indica que la normativa contenida en el Código del Trabajo y DFL N° 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1967 otorga facultades fiscalizadoras al organismo recurrido, estando amparado el acto impugnado por la presunción de veracidad y legalidad, conforme a lo establecido en el artículo 3° de la Ley sobre Procedimiento Administrativo y 23 de la Ley Orgánica, sin que se haya quebrantado los principios de racionalidad, contrariedad, transparencia y publicidad, adecuándose a los límites constitucionales establecidos por la Excma. Corte Suprema y sin causar perturbación ni amenaza a las garantías de los recurrentes, ya que sólo se estableció infracción al artículo 183 A del Código del Trabajo, transcribiendo los efectos que la norma establece en su inciso 2°, sin aplicar sanción ni atribuirle a Codelco la condición de empleador, señalando las alternativas que tiene al respecto, lo que en ningún caso puede causar agravio a la empresa contratista, ajena al acto mismo, dado que la eventual sanción será a la empresa mandante.

Manifiesta, la recurrente que no es una comisión especial, puesto que la competencia concedida a la jurisdicción laboral en nada obsta a la fiscalización que a ella le corresponde ejercer, no constituyendo la notificación del Acta de Constatación de Hechos, el ejercicio de una actividad jurisdiccional. Tampoco se ha vulnerado el derecho de propiedad, más aún cuando ambas son empresas públicas, aunque organizacionalmente independientes, constituyendo un solo patrimonio de propiedad

Estatal, siendo inaceptable pretender un derecho de propiedad sobre los Recursos Humanos y no pudiendo la empresa contratista sentir vulnerado su derecho de propiedad de los contratos celebrados con Codelco, toda vez que estos acuerdos deben someterse a la normativa del Código del Ramo.

En cuanto al derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, ésta debe ejercerse respetando las normas legales que la regulan, entre ellas, las laborales que estatuyen la relación de la empresa con los trabajadores. Agrega que es el trabajador el titular del derecho de la libertad de trabajo y sólo él puede invocar la protección de esta garantía, careciendo Codelco de legitimación activa para ejercerlo.

En lo concerniente a la libertad de contratación, sostiene que no se ha impuesto a Codelco que contrate a determinados trabajadores, ya que es la ley la que establece el efecto sanción, consistente en que el dueño de la obra, empresa o faena es el empleador de los trabajadores, absteniéndose de ordenar escrituración de contratos o calificar simulación, no constituyendo el acto administrativo una resolución.

Concluye que el recurso es inadmisibile respecto de la empresa contratista recurrente, por no estar legitimado debido a que no fue objeto de fiscalización, siendo, además improcedente atendido que el acto recurrido es de carácter preparatorio o acto trámite y no una Resolución; no existe ilegalidad desde que los funcionarios de la Dirección del Trabajo han actuado dentro del marco de las facultades que su Ley Orgánica y el Código del Trabajo le reconocen; no existe arbitrariedad porque ha actuado dentro de la legalidad, en un procedimiento de fiscalización regido por normas legales y administrativas, sin que se vulnere, perturbe ni amenace las garantías constitucionales invocadas por los recurrentes.

En estrados, alegó por la Confederación de Trabajadores del Cobre, el abogado don Joaquín Silva Grille, quien acota que el rol protector del derecho de los trabajadores debe entenderse en términos que mientras esté vigente la relación laboral, no

demandarán a la empresa para que se declare cuál es su verdadero empleador, si la principal o la contratista, por eso es importante la labor de la Dirección del Trabajo determinar si en la práctica se están dando los requisitos para que se cumpla con el régimen de subcontratación, a quien le corresponde, verificar si los hechos se dan en la realidad, sin interpretar las relaciones laborales que hay entre los trabajadores y eventuales empresas, sino establecer los indicios y elementos de hecho que se dan en la práctica, y es así que en este caso se ha determinado que hay una subordinación y dependencia entre la empresa principal y los trabajadores contratados, y ante este supuesto fáctico debe aplicar la ley. La Dirección del Trabajo, de conformidad a su Ley Orgánica tiene facultades para interpretarla desde el momento que se denuncian infracciones laborales, debiendo interpretar lo que está viendo u observando y en el caso específico, determinar si se enmarca o no dentro de la misma, existiendo un procedimiento de elaboración cuidadoso sin arbitrariedad ni ilegalidad, estableciendo que la empresa principal Codelco, es quien da las órdenes, direcciones y establece la jornada y ello constituye una relación laboral que al consignarse en un Acta de Constatación reviste una presunción de veracidad, incluso para la prueba judicial.

Sostiene que las empresas recurrentes no han quedado en la indefensión, ya que estamos frente a un acto preparatorio y, en definitiva lo único que se le pide a la empresa es que se ajuste a la ley, lo que no vulnera derecho fundamental alguno, ya que ni siquiera debió exigirlo y tanto es así que en el acuerdo marco que suscribió la Confederación de Trabajadores del Cobre con las empresas contratistas, se comprometen a dar cumplimiento a la Ley 20.123. Agrega que la Dirección del Trabajo está amparada por la Ley, la Constitución y los Tratados Internacionales, en cuanto a fiscalizar y sancionar en el caso que corresponda, faltando en este caso, ésta última, esto es sancionar si la empresa no se ajusta al régimen de subcontratación y contrata a estos trabajadores. Asevera que la mera aplicación de multa resulta poco eficaz y es por eso que la legislación laboral en la actualidad está además por sancionar como ocurre con los efectos que ordena el inciso 2º del artículo 183 A, porque en definitiva los trabajadores debieron entenderse como propios de la empresa principal y no de los

contratistas y que el conflicto se ha dado en un sentido vertical entre la Dirección del Trabajo y las empresas, pero también hay que verlo desde un punto de vista horizontal, en cuanto estas últimas y los trabajadores están en un plano de igualdad teórica y entre ellos debe exigirse el respeto a los derechos fundamentales, ya que por un lado se tiene los derechos de la empresa, como son el derecho de propiedad, de administrarla, a la libre actividad económica, y por otro los derechos de los trabajadores como el de sindicación y asociación y el proceso de negociación con facultad de organizarse como sindicato, como la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la intimidad, la vida y seguridad dentro de una empresa.

Refiere, que los derechos fundamentales de los trabajadores en las estructuras organizacionales de las empresas no son respetados, sin que exista posibilidad de que los trabajadores subcontratistas se organicen como corresponde y si bien se puede entender que existe la libertad de trabajo, la de ejercer cualquier actividad económica, el derecho de propiedad; el orden público económico no puede justificar de ninguna forma la vulneración de los derechos fundamentales y laborales de los trabajadores. Pide el rechazo de los recursos de protección deducidos porque la actuación de la Dirección del Trabajo es legítima al exigirle a la empresa que se adecue a la normativa de la Ley 20.123, resultando improcedentes al no haberse vulnerado ningún derecho fundamental.

A fojas 1 y siguientes, la recurrente, Codelco acompaña fotocopia íntegra del Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123 (Trabajo en régimen de Subcontratación) con sus respectivos anexos que individualizan los trabajadores respecto de los cuales se verifican los elementos del vínculo de subordinación y dependencia con la empresa Codelco Chile División Norte Radomiro Tomic.

A fojas 121, copias simple de los contratos civiles de prestación de servicios números: 4600004073; 4600005686; 4600004845; 4600004143; DRT CO 01904; 4600005599; 4600005219; DRTC014002; y, 4600005158, suscritos con CMS Tecnología S.A. y modificación N°1, Sociedad de Operaciones Geográfica Ltda.;

Marineer Zona Franca S.A., Morris Material Handling Chile Ltda., Tecno Construcciones y Servicios Limitada y Finiquito parcial, Sociedad Comercial Alvarez y Alvarez Limitada, Cimm Tecnología y Servicios S.A., Carmen Véliz Chusco y Consorcio CSM Tecnologías Limitada y Tecno Conservi Limitada, respectivamente, que se mantienen en cuaderno separado y por presentación de fojas 204, contratos de trabajo de trabajadores asociados a los respectivos contratos civiles suscritos por Codelco con las distintas empresas contratistas, consignados en los cuadernos de documentos identificados con los numerales I y II.

De fojas 231 a 238, allega Resoluciones Administrativas de la Dirección del Trabajo de Antofagasta, que autoriza a distintas empresas, entre ellas la correspondiente a la empresa Cimm TSS.A., para establecer el sistema excepcional de distribución de jornadas de trabajo y descanso.

Por el Segundo otrosí de la presentación de fojas 146 la recurrente Cimm TSS.A. acompaña de fojas 137 a 145 copias de sentencias recaídas en recursos de protección referidos a la materia y copia simple de los contratos civiles y comerciales suscritos con Codelco Norte y contratos de trabajo respecto de aquellos trabajadores en quienes incide la Resolución objeto del recurso.

En cuadernos separados, la recurrida acompaña antecedentes de fiscalización a la gran minería del cobre, anexo N° 1 relativo a instrucciones internas sobre procedimiento de fiscalización, anexo N° 2 Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo sobre la Ley 20.123 y anexo N° 3 información de prensa.

A fojas 218 se hace parte la Confederación de Trabajadores del Cobre.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, tiene por finalidad restablecer el imperio del derecho cuando, como consecuencia de un acto u omisión ilegal o arbitraria, se origina la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos o garantías mencionados taxativamente en el mismo precepto.

SEGUNDO: Que en el caso sub lite, el acto que por la vía de esta acción cautelar se pretende dejar sin efecto, lo constituye el .Acta de Constatación de Hechos de Fiscalización de la Ley 20.123 (Trabajo en Régimen de Subcontratación) que se plasmó en Formulario F8 3 de fecha tres de diciembre de dos mil siete, expedida por los fiscalizadores señores Claudio Cuello Páez, Carlos Laprida Ramírez, Ester Salvatierra, José Luis Alegría, Pablo Leiva M., y Hernán Larraín, quienes luego de sucesivas fiscalizaciones efectuadas entre el 4 de julio de 2007 y el 28 de noviembre del mismo año a la Corporación Nacional del Cobre de Chile, División Norte Radomiro Tomic., constataron lo siguiente: Que los servicios prestados por los trabajadores, que se individualizan en formulario anexo, se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso 1° del artículo 183 A del Código del Trabajo, comprobándose que los mismos trabajadores prestan servicios bajo dependencia y subordinación del dueño de la obra, empresa o faena ya mencionada.

Dicha subordinación y dependencia se ha verificado al constatarse mediante el procedimiento inspectivo, que el fiscalizado: 1. imparte instrucciones directas a los trabajadores, quienes se sujetan a ellas; 2. determina, sea genérica sea específicamente, la forma y oportunidad de ejecutar las labores de los trabajadores; 3. organiza y

administra la actividad laboral de los trabajadores; 4. establece la carga de trabajo diaria, semanal, mensual, de los trabajadores; y, 5. controla, fiscaliza o supervisa el desarrollo de las labores del trabajador.

Además, se verificó, que a la fecha de las visitas inspectivas, los trabajadores (1060) individualizados en nómina adjunta aparecían contratados por las distintas razones sociales que en ella se señalan, formando parte integrante del Acta para todos los efectos legales pertinentes, estableciéndose que los hechos constatados respecto de los trabajadores que se señalan, configuran infracción al artículo 183 A del Código del Trabajo, considerándose en consecuencia, al dueño de la obra, empresa o faena como empleador de dichos trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo de ese artículo.

En el apartado Plazo de Corrección, se consigna que en el acto se pone en conocimiento del empleador la situación infraccional referida, concediéndole el plazo de 15 días, contados desde la fecha de la notificación, para que corrija el régimen laboral fiscalizado ajustándolo a la normativa contenida en el Código del Trabajo, y que la acreditación, se deberá realizar en las dependencias de la Unidad Inspectiva de Oficio, ubicada en Agustinas N° 1253 de la ciudad de Santiago, el día 18 de diciembre de 2007, a las 10 horas, bajo apercibimiento de multa administrativa en caso de no comparecer, sin perjuicio de la multa que corresponda aplicar por la infracción ya mencionada, si no acredita cumplimiento total de lo comprometido.

TERCERO: Que la recurrente Codelco Chile sostiene que el acto administrativo resultante de la fiscalización es arbitrario e ilegal, desde que la facultad que le reconoce nuestro ordenamiento jurídico a la Dirección del Trabajo, en orden a fiscalizar la aplicación de la legislación laboral, la limita a la constatación de hechos y aplicar multas administrativas de considerarlos reñidos con la legislación laboral, pero no calificarlos jurídicamente, ni menos aún interpretar contratos civiles celebrados con las empresas contratistas alterando y destruyendo los vínculos contractuales de la empresa mandante o

principal y el contratista, generando uno nuevo entre aquél y los trabajadores de este último, materia de competencia exclusiva y excluyente de los Tribunales de Justicia, arrogándose facultades jurisdiccionales al determinar relaciones contractuales y situaciones que escapan al ámbito de su competencia, vulnerando de esa manera el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, a la libre contratación y libre elección del trabajo, a desarrollar cualquier actividad económica y el derecho de propiedad en sus diversas especies, consagrados en los Nos. 3 inciso 4º, 16, 21 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

CUARTO: Que a su vez la recurrente Cimm TSS.A. asevera que el Acta de Constatación de Hechos relativo a la Fiscalización del Trabajo en Régimen de Subcontratación, contemplado en el artículo 183 A del Código del Trabajo llevado a efecto por la Inspección del Trabajo, que al considerar al dueño de la obra .Codelco Chile. como empleador de sus trabajadores, estableciendo que prestan servicios bajo vínculo de subordinación y dependencia, efectuó una calificación jurídica que implica la internalización de éstos a la planta de Codelco, debiendo suscribir los eventuales contratos de trabajo, despojándolo de su calidad de empleador respecto de determinados trabajadores, actuar ilegal y arbitrario que amenaza la garantía constitucional del N° 3 inciso cuarto del artículo 19 de la Constitución Política de la República, del derecho al debido proceso, pues el órgano competente para resolver la calificación jurídica entre sus trabajadores y la empresa principal es un Tribunal y no la Inspección del Trabajo, desconociendo la relación laboral con sus trabajadores, amenazando también su derecho a desarrollar cualquier actividad económica, ya que se lo priva de la ejecución y desarrollo de las actividades propias de su giro expresados en los diversos servicios que otorga de acuerdo a los contratos civiles y comerciales con la empresa minera, como de su derecho de propiedad respecto de los contratos celebrados con Codelco en relación con las ganancias pactadas en los mismos, garantías estas últimas consagradas en los numerales 21 y 24, respectivamente, del texto constitucional aludido.

QUNTO: Que la recurrida alega en primer lugar la improcedencia de los recursos, desde que el Acta de Constatación de Hechos que se recurre no es una resolución terminal, sino un acto administrativo de trámite no susceptible de impugnación judicial. Asevera que el programa de fiscalización de la Ley 20.123 a la gran minería y su aplicación a la empresa recurrente se realizó con estricto apego a las normas constitucionales y legales, actuaciones que fueron instruidas por las autoridades del nivel central y ejecutadas por funcionarios que ostentan la calidad de fiscalizadores, estando amparado dicho acto en su forma y contenido en la presunción de veracidad y legalidad, absteniéndose de calificar la naturaleza del vínculo entre los trabajadores involucrados y las empresas que operan en dicho ámbito, habiéndose limitado a constatar los supuestos de la norma y aplicar los efectos que la misma establece en caso de infracción. La referida Acta no es un acto eficaz para comprometer los derechos fundamentales, ya que no da cuenta del ejercicio de una actividad jurisdiccional, por lo que no se ha constituido en una comisión especial, ni afecta la libertad de trabajo de la cual sólo es titular el trabajador, tampoco la de contratación, como el derecho de propiedad.

SEXTO: Que los trabajadores de la Confederación del Cobre sostienen que corresponde a la Dirección del Trabajo determinar si en la práctica se dan los requisitos del régimen de subcontratación, y que habiéndose establecido en este caso el supuesto fáctico de la relación de subordinación y dependencia en dicho régimen, se ha circunscrito a aplicar la ley, tratándose de un acto preparatorio y no sancionatorio, ya que lo único que se pide a la empresa es que se ajuste a la norma, sin que se hayan vulnerado derechos fundamentales de las recurrentes.

SEPTIMO: Que cabe referirse en primer lugar, a la improcedencia del recurso por no constituir el acto administrativo, impugnado por esta vía, una resolución terminal.

En efecto, los recurridos propugnan que el Acta de Constatación de Hechos es un mero trámite o preparación, que si bien forma parte de la secuencia de un procedimiento

administrativo no contiene la decisión final, desde que en el caso sublite el procedimiento de fiscalización concluye con la aplicación de una multa a la empresa fiscalizada de constatarse una infracción, el que no es impugnabile por no contener decisión alguna sino la constatación de una realidad laboral y la información al empleador, no al contratista, de aplicar a ésta una infracción con efectos dispuestos por la ley, estando las etapas posteriores vinculadas a la corrección de los hechos.

OCTAVO: Que sabido es que los órganos de la Administración sólo pueden actuar validamente cuando han sido habilitados previamente por la Constitución o las leyes, de modo tal que si no se dan las circunstancias descritas en la ley, el órgano administrativo no podrá actuar validamente como lo establece el artículo 7° de la Constitución Política de la República.

El fin esencial del ente administrativo está determinado en la propia Ley Orgánica y se materializa a través de actos administrativos que son la exteriorización unilateral de competencia del mismo en ejercicio de sus potestades, los que una vez cumplidos los trámites procedimentales que le son aplicables quedan revestidos de la presunción de validez, lo que no impide su impugnación sea por la vía administrativa o jurisdiccional.

El acto administrativo preparatorio es aquel que se integra como un acto trámite a otro u otros actos de igual naturaleza, que permiten la dictación de un acto terminal que es el que contiene la decisión administrativa resolutive, el llamado a producir los efectos comprendidos en la competencia del órgano que lo emite.

NOVENO: Que para dilucidar si estamos en presencia de un acto administrativo trámite o de un acto que revista las características de terminal, debemos analizar el acto recurrido: Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123 (Trabajo en Régimen de Subcontratación). Del tenor de dicha acta se establece que los servicios prestados por los trabajadores, que se individualizan en formulario anexo, se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso 1° del artículo 183 A del Código del

Trabajo, comprobándose que estos trabajadores prestan servicios bajo dependencia y subordinación del dueño de la obra, empresa o faena, en este caso Codelco Chile División Norte Radomiro Tomic., señalando que los hechos constatados configuran infracción a esta norma, considerando en consecuencia, a dicha empresa, como empleador de esos trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del referido artículo, situación infraccional que se pone en conocimiento de aquella, concediéndole el plazo de 15 días, contados desde la fecha de notificación, para que corrija el régimen laboral fiscalizado, ajustándolo a la normativa contenida en el Código del Trabajo.

DECIMO: Que del contenido mismo del Acta, se observa que éste reviste las características de un acto decisorio y no de mero trámite o preparatorio, desde que en él la Inspección del Trabajo no sólo se limita a verificar una vulneración de normas laborales, sino que se pronuncia sobre la cuestión de fondo expresando una voluntad, ya que ordena corregir la situación laboral de 1.060 trabajadores de Codelco, División Norte Radomiro Tomic, cuyas nóminas adjunta, ajustando el régimen laboral de ellos a la norma contenida en el Código del Trabajo.

UNDECIMO: Que en lo que dice relación con la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la empresa Cimm Tla recurrida advierte que la fiscalización se llevó a efecto en las faenas de la empresa Codelco y sólo a su respecto se dictó y notificó el Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123 (Trabajo en Régimen de Subcontratación) , de modo que la referida empresa es un tercero ajeno a la misma y no apto para ser objeto de eventuales multas administrativas por los hechos constatados en dicha Acta.

DUODÉCIMO: Que como se ha acreditado en autos la empresa Cimm TSS.A. se ha relacionado jurídicamente con Codelco, utilizando procedimientos de derecho privado al haber celebrado contratos civiles y comerciales, donde se ha manifestado plenamente la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de la relación laboral existente con

sus trabajadores, a quienes ordenó incorporarlos al régimen laboral del Código del Trabajo, lo que evidencia que a su respecto le alcanzan los efectos del acto administrativo de fiscalización que se impugna por este acto.

Resulta necesario tener en cuenta que el artículo 20 de la Constitución Política de la República al conceder la protección en dicho precepto, sólo se refiere de modo genérico a todo aquél que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en algún derecho de los allí previstos, de manera entonces que cualquiera que fuere la causa y el agente que produzca el actuar arbitrario o ilegal, puede ser objeto de protección. No existe otra exigencia limitada a titularidad alguna, sino que basta que los efectos del acto que revisten tales características alcancen alguna persona determinada.

No debe soslayarse que el artículo 20 del texto constitucional no sólo exige un acto consumado de perturbación, sino que basta la simple amenaza, lo que le autoriza y legitima para ejercer las acciones que la misma Carta Fundamental le reconoce en el artículo 19 N° 3 para la debida protección de sus derechos.

DECIMOTERCERO: Que para la procedencia de la acción cautelar que se viene intentando, se requiere la concurrencia de tres elementos: a. Ilegalidad o arbitrariedad del Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123 (Trabajo en Régimen de Subcontratación) de fecha 3 de diciembre de 2007; b. Privación, perturbación o amenaza de las garantías contempladas en el artículo 19 Nos. 3 inciso 4°, 16, 21 y 24 del texto Constitucional; c. Relación causal directa e inmediata entre tal ilegalidad o arbitrariedad y el atentado constitucional.

Ilegal es el acto que no se compadece o contraviene la normativa por la que ha de regirse; en tanto, es arbitrario el que por carecer de fundamento razonable, se presenta como un mero fruto del capricho o la sin razón.

DECIMOCUARTO: Que resulta conveniente considerar que la jurisdicción es el poder que tienen los Tribunales de Justicia para resolver por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos en cuya solución les corresponde intervenir, institución procesal que se encuentra establecida por la Constitución Política de la República en el artículo 76. Al efecto, debe tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Texto Fundamental que establecen los principios de supremacía constitucional y de legalidad, en cuanto los Órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, garantizar el orden institucional de la República y actuar validamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos de los que expresamente se hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

DECIMOQUINTO: Que como puede advertirse por mandato constitucional, la facultad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado, radica única y exclusivamente en los Tribunales de Justicia. Por lo tanto, cualquiera otro .sea persona natural o persona jurídica. que intente o se arrogue facultades jurisdiccionales, podrá ser razonablemente tenido y reconocido como .Comisión Especial en los términos del artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Carta Fundamental.

En el caso sublite, del tenor del Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123, se desprende que la recurrida estableció que 1.060 trabajadores, que individualiza en formulario anexo, prestan servicios sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso 1° del artículo 183 A del Código del Trabajo, comprobándose que estos prestan servicios bajo dependencia y subordinación del dueño de la obra, empresa o faena, en este caso Codelco, que configuran infracción a la citada normativa, considerándose en consecuencia, al dueño de la obra como empleador de dichos

trabajadores, en conformidad a lo dispuesto en el inciso 2° de tal disposición legal, concediéndole un plazo para ajustarse a dicha norma.

Es así, entonces, que no estamos en presencia de una simple constatación de hechos sino que se ha arribado a una conclusión que implícitamente establece que la relación existente entre los trabajadores de la empresa contratista y de la empresa mandante es de naturaleza laboral, acorde con lo expresado en el artículo 7° del Código del Trabajo, instruyendo además y con dicho mérito la contratación de éstos por esta última, realizando un doble acto, que es típico y judicial, esto es, declaró que los hechos de que tomó noticia constituyen una realidad jurídica distinta de la aparente, y ordenó la realización de actos concretos para restablecer a su juicio el imperio del derecho. Sin embargo, si bien es cierto, corresponde a la Dirección del Trabajo el cumplimiento de la ley laboral e interpretar administrativamente dichas disposiciones, sus facultades deben ser entendidas como limitadas por las materias que son de competencia de los tribunales, entre los múltiples otros aspectos que circunscriben su actuar. Por lo demás, la fiscalización e interpretación administrativa no suponen la calificación jurídica, por ser actos directos emanados de la simple apreciación de la realidad y de su contraste con la legislación. En tanto se vulnere dicho límite y se conozca de actos complejos, se ingresará ineludiblemente en la competencia de los tribunales de justicia.

DECIMOSEXTO: Que por todo lo anterior, sólo cabe acoger las alegaciones efectuadas por las recurrentes y declarar que la Inspección del Trabajo actuó como una Comisión Especial, en tanto se inmiscuyó en materias ajenas a su competencia, trasgrediendo el principio de legalidad y comportándose en los hechos como un tribunal, toda vez que la calificación jurídica de una realidad como constitutiva de un contrato de trabajo, sólo corresponde a los juzgados laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 420 del Código del Ramo. Así sólo después de un juicio de lato conocimiento en que se respete la bilateralidad de la audiencia, como todos los derechos que nuestra Carta Fundamental asegura al litigante, se puede establecer una realidad jurídica distinta de la formal.

En estas circunstancias, su proceder aparece revestido de ilegalidad, perturbando la garantía establecida en el N°3, inciso 4° del artículo 19 del referido Texto Constitucional.

DECIMOSÉPTIMO: Que dándose en la especie la ilegalidad y la privación de la garantía constitucional ya referida precedentemente, y concebible la relación causal directa e inmediata entre tal ilegalidad y el atentado constitucional, habrán de acogerse los recursos de protección deducidos, omitiéndose, por innecesario, el análisis de los otros derechos que los recurridos estiman vulnerados.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se declara que SE ACOGEN los interpuestos a fojas 30 por el Abogado Sergio Gómez Núñez en representación de Codelco Chile, División

Norte Radomiro Tomic y a fojas 146 por el Abogado don Mario Varas Castillo, en representación de Cimm Tecnología y Servicios S.A., debiendo la Inspección del Trabajo adoptar las medidas pertinentes para dejar sin efecto el Acta de Constatación de Hechos en Fiscalización de la Ley 20.123 (Trabajo en Régimen de Subcontratación), plasmada en Formulario F8 3 de fecha 3 de diciembre de 2007.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Titular, Sra. Laura Soto Torrealba.

Rol 948 2007 y acumulada Rol 4 2008.