

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

LA ACTUAL FLEXIBILIDAD LABORAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO.

Memoria para optar al Título Profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

MANUEL ANTONIO LABRA VICENCIO.

Profesor Guía: Luis Lizama Portal.

Santiago, Chile.2004.

INTRODUCCIÓN .	1
CAPITULO I: LA FLEXIBILIDAD EN GENERAL .	7
1.- LOS CAMBIOS EN LA ECONOMÍA ACTUAL.- . .	7
1.1.- Variaciones tecnológicas. .	8
1.2.- Internacionalización e intensificación de la competencia. .	8
1.3.- Cambios en el orden económico internacional. . .	8
1.4.- Diferenciación de la demanda de consumo. . .	8
1.5.- Desarrollo progresivo del consumerismo y de la ecología. .	9
1.6.- Surgimiento de nuevos estilos socioeconómicos. .	9
2.- DIVERSOS TIPOS DE FLEXIBILIDAD EMPRESARIAL. . .	9
2.1.- Flexibilidad Económica. .	10
2.2.- Flexibilidad Productiva. .	10
2.3.- Flexibilidad Laboral. .	11
CAPÍTULO II: LA FLEXIBILIDAD LABORAL . .	13
1.- TIPOS DE FLEXIBILIDAD LABORAL. . .	13
1.1.- Flexibilidad Funcional. .	13
1.2.- Flexibilidad Salarial. .	14
1.3.- Flexibilidad Numérica. .	15
2.- LA FLEXIBILIDAD LABORAL EN EL DERECHO COMPARADO.- .	20
2.1.- Flexibilidad Laboral y La O.I.T.- .	20
2.2.- Flexibilidad Laboral en Europa. . .	22
2.3.- Flexibilidad Laboral en Estados Unidos y en el Reino Unido.- . .	22
2.4.- Flexibilidad en América Latina. .	23
CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD LABORAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.- . .	25
1.- FLEXIBILIDAD FUNCIONAL. . .	25
1.1.- Polifuncionalidad. .	26
2.- FLEXIBILIDAD SALARIAL. .	29

2.1.- Rigideces en la materia. . .	29
2.2.- Formas de remuneración flexible. . .	30
2.3.- La Semana Corrida. . .	31
3.- FLEXIBILIDAD NUMÉRICA. . .	32
3.1.- FLEXIBILIDAD NUMÉRICA EXTERNA. . .	32
3.2.- FLEXIBILIDAD NUMÉRICA INTERNA. . .	38
CAPÍTULO IV: PROYECTO DE ADAPTABILIDAD LABORAL. . .	45
1.- PACTOS DE ADAPTABILIDAD DE LA JORNADA. . .	45
2.- TITULARES DEL PACTO. . .	46
2.1.-Si hay sindicato, . . .	46
2.2.-Comité de empresa. . .	46
2.3.-Grupo negociador. . .	46
2.4.-Sindicato interempresa. . .	46
3.-APROBACIÓN DEL PACTO. . .	46
4.-CONTENIDO DEL PACTO. . .	47
4.1.-Adaptabilidad de la jornada diaria, . . .	47
4.2.-Adaptabilidad en períodos distintos a la semana, . . .	47
5.-LIMITES. . .	47
6.-REQUISITOS DE LOS PACTOS DE ADAPTABILIDAD. . .	48
6.1- Compatibilidad con la salud de los trabajadores. . .	48
6.2- Vigencia. . .	48
6.3- Acuerdo previo. . .	49
6.4- Registro. . .	49
6.5- Obligaciones laborales al día. . .	49
BIBLIOGRAFÍA.- . .	53

INTRODUCCIÓN

El Derecho Laboral, al igual que todas las ramas del Derecho, se encuentra en permanente evolución, en constante cambio. Lo anterior es cierto, en especial si se considera que regula comportamientos sociales, los cuales, como es sabido, son esencialmente dinámicos.

La legislación del trabajo, se encarga principalmente de regular un tipo específico de relación jurídica, cual es la laboral, que tiene ciertas características que la hacen especial y distinta de otras.

En efecto, la mayor parte de las relaciones que se dan en derecho privado, se basan en la Autonomía de la Voluntad más absoluta, partiendo de la base de que las personas son libres e iguales al momento de determinar si contratar o no, así como con quién y con qué contenido. Es decir, la libertad contractual, está resguardada porque las partes se encuentran en un plano de igualdad para negociar, por lo que se supone que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente sus condiciones a otra. Por lo anterior, no hay una ventaja abusiva de una de las partes sobre las otras, lo que debería darse en la mayoría de los casos.

Ahora bien, la igualdad de las personas se ve vulnerada en algunas situaciones, lo que implica que no pueden negociar en las mismas condiciones que su contraparte, lo que se podría traducir en relaciones anormales en cuanto a las ventajas que reporta a las partes.

Todas las relaciones se regulaban, en sus orígenes, por los códigos civiles de los

distintos países. Dichos cuerpos legales decimonónicos de inspiración liberal eran aptos para afrontar una realidad de otra época, ya que, en su momento, daban a todos los contratos un tratamiento similar, ya que todo se basaba en la libertad privada. Así el contrato de trabajo, era una variante más de las relaciones que podían darse entre los sujetos, donde lo que variaba era el objeto de la misma, ya que no se trataba de dinero por bienes raíces o muebles como en la compraventa, sino que por mano de obra¹.

Lo anterior era adecuado a otros tiempos, donde la relación laboral era muy similar a un mandato o a cualquier prestación de servicios, ya que las calidades de las partes las hacían negociar en un plano de igualdad jurídica y económica, dado que el desarrollo tecnológico y los tipos de economía existentes lo permitían. En efecto, no se producían grandes volúmenes de productos, y la competencia del mercado no era tan feroz, por lo que a escala reducida, la mano de obra se podía proteger sola, en el sentido de que tenía claramente mucha importancia la calidad de la persona que prestaba el servicio, ya que de ello dependía su contratación y el valor que se le asignara a la misma. De este modo se mantenía la “equivalencia de las prestaciones”, que es un ideal inspirador de los códigos liberales.

Pero con el transcurso del tiempo, vinieron los avances tecnológicos, lo que trajo consigo la industrialización, que a su vez permitió la producción en masa. Si se agrega que los mercados se abrieron, y comenzó un incesante intercambio entre ellos, lo que hizo que la competencia fuera mucho mayor, lo que a su vez obligaba a reducir los costos de producción todo lo posible.

Con este cambio de escenario, los requerimientos de mano de obra fueron sustancialmente distintos. La legislación civil ya no era suficiente para enfrentar la nueva realidad que se presentaba en materia laboral, puesto que comenzaron a notarse los abusos producidos por la supremacía económica de uno de los sujetos de la relación en detrimento del otro. Se comenzó a pagar poco a los trabajadores, se les extendieron los turnos, no había resguardos a los accidentes que pudieran sufrir, y no existía ningún tipo de seguridad social.

Así las cosas, el Estado se ve obligado a dictar una legislación especial, que fuera capaz de hacer frente a la realidad del momento. Esta regulación contiene principios del todo diferentes a los del código civil, ya que se dejó de lado la libertad que le inspiraba, para pasar al más absoluto dirigismo contractual.

Surge así un fuerte intervencionismo estatal, que viene a tratar de equiparar la evidente desigualdad económica para negociar de las partes respecto de las condiciones de trabajo y remuneración por un lado, a la vez que instauró nuevos institutos no previstos antes, como todo lo relativo a la seguridad social y de accidentes laborales.

Esta legislación especial entró a convivir con el código civil, ya que éste sigue siendo el derecho supletorio por antonomasia, obviamente en lo que no fuere contrario a la ley laboral, la que claramente debe primar, justamente por ser especial, por constituir un “microsistema de derecho”, que trata de promover objetivos sociales específicos, fundamentalmente velar por la seguridad y bienestar de los trabajadores.

¹ El futuro del derecho civil, pág. 282. Merryman, John Henry.

Así nace el derecho laboral, por la necesidad de brindar la debida protección a los individuos, dejando el Estado su posición como garante de las relaciones privadas, y asumiendo un papel activo, de regulador. Se señalan características de esta legislación, como que es un derecho especial, nuevo, autónomo y universal, lo que resulta del todo evidente a la luz de lo expuesto, y no requiere mayor abundamiento ².

Se agrega que el derecho laboral tiene un carácter realista, en el sentido de que debe adaptarse a condiciones económicas variables; No es formalista, sino más bien sencillo y claro; Es de orden público, ya que sus leyes otorgan derechos irrenunciables.

Si los derechos otorgados por la ley laboral fueren libremente disponibles, no hay duda que se cometerían muchos abusos, ya que los trabajadores renunciarían anticipadamente a ellos, ya sea para ser contratados, o bien para obtener otro tipo de ventajas o, simplemente, para conservar sus puestos de trabajo.

Lo anterior nos lleva a pensar que todas las disposiciones de la legislación del trabajo serían letra muerta, y que se vulnerarían en la generalidad de los casos. Por esto, universalmente, se garantiza el cumplimiento de la ley mediante la irrenunciabilidad de los derechos otorgados a los trabajadores, habiendo consenso mundial de que una mínima presión del empleador bastaría en algunos casos para borrarlos de un plumazo. En muchos países se consagra este principio incluso a nivel constitucional, para remarcar aún más su importancia.

Otro aspecto que cuida el derecho laboral, es designar un ente, generalmente administrativo, que vele por el cumplimiento de sus disposiciones, entregándoles incluso, como en nuestro país, la facultad de interpretar la ley y responder consultas a través de dictámenes. En nuestro caso dicho ente es la Dirección del Trabajo, órgano administrativo, dependiente del Gobierno.

Cabe señalar que desde la separación de funciones del Estado, la aplicación de la ley se entrega a los Tribunales de Justicia, ya que son ellos los que en definitiva conocen las causas, las resuelven y hacen ejecutar lo juzgado, lo que no cambia en el derecho del trabajo. En efecto es el Estado-Juez, y no el Estado-Administración quien resuelve en definitiva los conflictos en materia laboral, lo que no es más que una aplicación de las reglas generales del derecho.

El contenido del derecho laboral es de lo más variado, primando eso sí las leyes de carácter tutelar, dada la naturaleza especial de esta disciplina jurídica, que pretende dar adecuada protección a los trabajadores, en especial en su relación individual con el empleador. Se agregan otro tipo de leyes que regulan los sindicatos y la seguridad social, que bien podrían comprenderse entre las leyes tutelares en la medida que consagren derechos esenciales ³.

Se ha afirmado que el derecho del trabajo vela por la cuestión social, que es un tema que interesa a toda la comunidad, por lo que en ese sentido cobra vital importancia, ya que la mayoría de los sujetos trabaja en forma dependiente, y si, laboran de forma

² Ver al respecto a H. Huméres y a W. Thayer en sus Manuales de Derecho del Trabajo.

³ A. Gaete, "Tratado de Derecho del Trabajo Chileno", pág. 12.

independiente, puede que incluso sean empleadores, por lo que no hay duda de que se afecta a la sociedad en su conjunto con cada disposición que se dicte, se modifique o derogue.

Existiendo normas rígidas, dado su carácter tutelar e irrenunciable, los costos de la mano de obra se encarecen notablemente para los empleadores. En condiciones normales no hubo problemas para enfrentarse a esta normativa, la que poco a poco iba aumentando, ya que las distintas realidades surgidas en el tiempo y espacio obligaban a ello, por lo que numerosos países veían como su legislación laboral se engrosaba vigorosamente.

Como sabemos, los cambios se producen inevitablemente, y lo que era adecuado en un momento, deja de serlo en otro. El mejor ejemplo de esto es lo que ocurre en el mundo a partir de diversas crisis económicas, ya que la actividad empresarial debe afrontar costos que muchas veces le son altísimos, y no pueden manejarlos eficientemente, por lo que, en casos extremos, deben dejar de producir. Entre los costos que motivan los cierres de las empresas, el que más interesa aquí es el laboral, y que tiene su origen en el carácter tutelar del derecho del trabajo, ya que es la misma ley, en el fondo, la que genera el alto costo de la mano de obra, que sumado a otros costos diversos, termina a la larga con consecuencias nefastas como lo son el cese de la actividad económica y el aumento del desempleo.

En efecto, tanta regulación se vuelve contra el trabajador en momentos críticos, ya que las fuentes laborales disminuyen, toda vez que a menor actividad, menor producción, lo que conlleva una menor necesidad de mano de obra, lo que gatilla cesantía, volviendo del todo inapropiado un sistema jurídico protector de los trabajadores.

Si asumimos el carácter realista y dinámico del derecho laboral, no queda más que esperar su adecuación al nuevo orden de cosas, en el sentido de volverse menos rígido, y dejar de ser una traba a la generación de empleos, siempre y cuando la correcta ecuación nos lleve a dicho fin, así como también al resguardo a la integridad de los trabajadores.

Así es como a partir de un tiempo a esta parte se ha comenzado a hablar, en especial por los economistas, de “flexibilidad” en general como la forma de enfrentar la nueva realidad económica, lo que claramente tiene una profunda trascendencia jurídica, toda vez que comprende un campo global.

En efecto, dicha “flexibilidad” abarca los más diversos ámbitos, entre los cuales se puede señalar: el financiero, el productivo y el laboral. Es, de hecho, este último tipo el que nos interesa analizar para ver como es capaz el derecho del trabajo, una disciplina del todo rígida per sé, de adaptarse a la nueva realidad que enfrenta.

Lo interesante es el aspecto dinámico que envuelve al derecho en general, y al del trabajo en particular, ya que se le exige un cambio acorde a los nuevos tiempos, basado básicamente en la flexibilidad, pero sin descuidar a la vez su finalidad tutelar del trabajador. Es decir, debe velar por que ambas partes se beneficien, tomando el nuevo concepto de “ganar-ganar”, que implica que tanto empleador como trabajador deben querer lo mejor para la empresa, ya que es la forma más razonable de obtener los mejores resultados para cada uno, dejando de lado las antiguas confrontaciones,

basadas en criterios reivindicacionistas, que no conducían a mayores beneficios a la larga.

Por lo anterior, la legislación del trabajo se ha ido flexibilizando con el paso de los años, básicamente a través de dos mecanismos, según señala la doctrina, y ellos son: la desregulación y la re-regulación⁴. La primera implica una derogación de normas, lo que en el fondo se traduce en hacer menos rígida la normativa existente, en tanto que la segunda busca dar un nuevo tratamiento a instituciones ya existentes, pero dando un tratamiento mucho más adaptable a las modernas condiciones.

Si bien, en nuestro ordenamiento jurídico, la flexibilidad no está ausente, habiendo claras manifestaciones de ella en nuestro código del trabajo, las tendencias mundiales apuntan a una mucho mayor, pero a la vez más reglada. Sin ir más lejos, el gobierno ha comenzado a trabajar en un proyecto de reforma, que incluye lo que se ha llamado “adaptabilidad laboral”, y que trata, en términos simples, la facultad de hacer menos rígida la jornada de trabajo, dando más libertad a las partes para convenir, según su propia conveniencia, la duración y distribución de la misma.

Hay sectores totalmente contrarios a la flexibilización de la ley laboral, pero otros que son absolutamente partidarios de ella, llevándola hasta niveles extremos, lo que claramente no es nada positivo, por lo que el derecho laboral debe equilibrar ambas posturas, para cumplir con su finalidad principal, de dar la adecuada protección a los trabajadores, la que no se logra precisamente con rigideces basadas en proteccionismos de antigua data.

Lo que, en resumen, se pretende en este trabajo es analizar de que manera se ha adecuado nuestro derecho laboral a los nuevos tiempos, analizando normas que son ciertamente flexibles, aunque mucha gente las ignore, o no repare en que constituyen muestras de flexibilidad por lo cotidianas que resultan, y como aún quedan temas por mejorar, tomando como un buen ejemplo de ello la citada propuesta de “adaptabilidad” elaborada por el gobierno, durante el segundo semestre del 2003.

⁴ Entre otros, F. Tapia, “La flexibilidad en el Derecho chileno del Trabajo”, pág. 69.

CAPITULO I: LA FLEXIBILIDAD EN GENERAL

1.- LOS CAMBIOS EN LA ECONOMÍA ACTUAL.-

Para entender la flexibilidad laboral, es preciso analizar los cambios experimentados por la economía y la sociedad en general durante los últimos años, y las consecuencias que han implicado para las empresas, particularmente en lo que a procesos de producción se refiere.

Sin duda que un hecho básico para la nueva economía es la crisis generada por las alzas del petróleo, que afectó a todo el mundo, reduciendo en general las ganancias de las empresas. Se ha estimado que las rigideces institucionales, entre ellas las laborales, impiden a las empresas su adaptación eficiente a un mercado cada vez más competitivo.

Se citan varias razones económicas para explicar los cambios producidos a escala mundial en la economía. Dichas razones actúan conjuntamente, es decir, como un todo, y a la larga exigen estructuras más flexibles para poder hacerles frente. Según la doctrina⁵, ellas son sucintamente:

⁵ Ver Albizú, Eneka, "Flexibilidad laboral y los recursos humanos", cap. 1.

1.1.- Variaciones tecnológicas.

La tecnología evoluciona mucho más rápido que en épocas pasadas, y debido a la internacionalización de las relaciones, se difunde con mayor ritmo.

El avance tecnológico ha operado tanto en la producción misma como en la información. Así aparecen maquinarias más versátiles en todas las líneas de producción, las que se hacen más cortas y más adaptables a la demanda. Lo anterior conlleva cierta necesidad de racionalizar la producción con máquinas menos específicas, que facilitan los ajustes.

1.2.- Internacionalización e intensificación de la competencia.

En el ámbito mundial se ha dado una gran cantidad de tratados bilaterales y multilaterales, que en general facilitan los intercambios comerciales, internacionalizando los mercados. Cada vez hay menos barreras de ingreso para las mercancías, y menos proteccionismos por parte de los Estados, y se cuenta con distintos métodos de solución de controversias entre los países. Ejemplos de lo anterior son los tratados que Chile ha suscrito con el Mercosur, con la Unión Europea y, recientemente, con Estados Unidos, lo que ha promovido un fuerte intercambio de productos, así como de servicios e incluso de profesionales.

1.3.- Cambios en el orden económico internacional.

El actual orden económico mundial ha traído complicaciones económicas, por cuanto al producirse una crisis en algún país del mundo, se genera un efecto dominó, del que es casi imposible sustraerse. Esto provoca un ambiente de inestabilidad, lo que conlleva cierta imprevisibilidad en la gestión empresarial a todo nivel, tanto a las grandes empresas como a las pequeñas y medianas, que ven fuertemente afectadas sus decisiones.

1.4.- Diferenciación de la demanda de consumo.

Por sobre todo en los países más desarrollados, se ha producido un aumento en los ingresos per cápita de la población, en especial de los sectores medios, lo que les da mayor poder adquisitivo y les permite optar a bienes cada vez más diferenciados y específicos. En efecto, esta nueva capacidad del consumidor, unido a lo rápido que pasan las modas, hace que las empresas productoras de bienes y servicios deban adaptarse velozmente a las específicas demandas, a riesgo de que por no responder a ellas, se vean sobrepasadas por otras versátiles en su gestión productiva. Ello se ve agravado con la creciente proliferación de copias e imitaciones de muchos bienes de consumo en el mercado, lo que torna efímera la ventaja comparativa de las empresas que cuentan con productos y servicios diferenciados, al tiempo que se reduce más la vida

útil de éstos.

1.5.- Desarrollo progresivo del consumerismo y de la ecología.

Este fenómeno ha nacido en los países desarrollados y se ha extendido a los que se hallan en vías de desarrollo, como el nuestro. En virtud de este factor, se ha privilegiado a los consumidores con leyes como la 19.496 sobre protección al consumidor en Chile, en que prima la filosofía de que el cliente está primero y siempre tiene la razón. Además se ha acentuado la conciencia ecológica, que implica un beneficio a la sociedad toda, pero acarrea que las empresas deben adaptarse a los cambios de conciencia, lo que claramente incide en los costos y la gestión empresarial, que deben respetar estos nuevos conceptos.

1.6.- Surgimiento de nuevos estilos socioeconómicos.

Producto del aumento del ingreso per cápita de la población, muchos profesionales deciden comprometer parte de su ingreso a cambio de disponer de mayor tiempo para dedicarlo a su familia, a sus pasatiempos o al ocio en general. Esto trae como consecuencia que los mismos trabajadores demanden de su empleador una mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, lo que sumado a la mejora en las comunicaciones de datos, como internet, facilita a las partes la ordenación y gestión de su tiempo, lo que exige una adecuación de la normativa vigente, en especial en materia de jornada laboral.

Los factores reseñados, actuando sinérgicamente, han traído ciertas crisis económicas, que en lo tocante a la actividad empresarial, reducen la estabilidad de la demanda y las posibilidades de predecirla. La previsibilidad de la demanda es de vital importancia en la producción en serie, en las economías de escala, ya que permite determinar el flujo y la intensidad que requiere la actividad en cada momento.

En el contexto descrito la demanda se vuelve impredecible, por lo que la supervivencia de la empresa depende en gran medida de su capacidad de adecuación a los requerimientos del mercado, a fin de satisfacer las necesidades de los clientes. De lo anterior nace la necesidad de modificar las estructuras, a fin de contar con la flexibilidad empresarial que permita afrontar los cambios que se produzcan en la sociedad.

Las crisis estructurales exigen cambios socioeconómicos, que debe basarse en la supresión de las rigideces, a fin de asegurar una óptima adaptabilidad a cada situación concreta. Así la flexibilidad pasa a ser un elemento inherente a las organizaciones económicas que se mueven en escenarios que exigen gran capacidad de adecuación.

2.- DIVERSOS TIPOS DE FLEXIBILIDAD EMPRESARIAL.

La flexibilidad empresarial permite a la empresa realizar los cambios necesarios en orden a mantener y mejorar su posición competitiva. Ella se traduce en tres tipos bien definidos de flexibilidad, los que obviamente están íntimamente ligados, y son, según la doctrina general⁶: flexibilidad económica, flexibilidad productiva y, la que más interesa aquí, la flexibilidad laboral.

2.1.- Flexibilidad Económica.

Debido a lo cambiante de los mercados, la organización empresarial debe ser capaz de adaptarse a los cambios producidos en la demanda de bienes y servicios. De ninguna manera puede permanecer inmutable si desea subsistir, y ello es lo que persigue la flexibilidad económica. Ello lo consigue a través de las distintas políticas de dirección estratégica, que le permiten analizar su posición en el mercado, y comparar sus eventuales ventajas y desventajas frente a sus competidores. Luego de la metódica y necesaria reflexión, debe determinar la forma cómo cumplir su finalidad, aplicando los cambios indispensables tanto a los sistemas productivos, como a los recursos humanos.

2.2.- Flexibilidad Productiva.

En el contexto actual de cambios constantes en los mercados, la empresa debe ser capaz de responder a las nuevas demandas de productos y servicios, que pueden diferir de lo que se está ofertando, y en ello consiste este tipo de flexibilidad, en la facultad de adaptarse rápidamente a los cambios de producción sin incurrir en costos elevados, ni pérdidas de tiempo. Se orienta a la facilidad de la empresa para hacer frente a los distintos requerimientos de producción, en cuanto a calidad y cantidad.

Para complementar este tipo de flexibilidad, cabe señalar que se distinguen tres campos:

2.2.1.- de producto,

consistente en la posibilidad de aumentar o disminuir la gama de productos, según los requerimientos del mercado;

2.2.2.- de volumen,

que se caracteriza en la facultad de la empresa de adaptarse a un cambio en la cantidad demandada de producto, ya sea aumentando o disminuyendo su velocidad de producción; y,

2.2.3.- de las líneas de producción,

que busca la máxima eficiencia en la ecuación del uso de mano de obra y maquinaria, para hacer frente a las cantidades y variedades de productos requeridos.

⁶ Por ej., Eneka Albizú, Ob. Cit., cap. 1.

Para acabar con este tipo de flexibilidad, hay que señalar que se consigue, en general, con la conjunción de dos factores distintos, que son, por un lado la utilización de máquinas multifuncionales, capaces de adaptarse a un rápido cambio de herramienta, y por otro, la creación de varias líneas de producción, que permita la elaboración de mayor variedad de productos en la cantidad demandada, en vez de trabajar en un proceso único. Como puede verse, el primer factor se centra en la capacidad de la maquinaria utilizada, mientras que el segundo se ocupa de todo el sistema productivo, en especial de los trabajadores, que deben ser lo bastante polifuncionales como para adecuarse a uno y otro sistema de producción, aspecto este último que se vincula íntimamente con la flexibilidad laboral.

Vale la pena agregar, aunque es un tema propiamente económico de gestión, que los sistemas que permiten la flexibilidad productiva en general son los sistemas de fabricación flexible, que se caracterizan por permitir mayor variedad de producto, y no sólo un proceso único de difícil y costosa modificación, y el sistema "just in time", que consiste en producir la cantidad y calidad necesaria de un producto, en un momento determinado, evitando la generación de excedentes.

Como se señaló, esta fabricación flexible se vincula con el siguiente tipo de flexibilidad, que es el que propiamente nos interesa.

2.3.- Flexibilidad Laboral.

No existe una acepción única de flexibilidad laboral, pero podría señalarse que es aquella que se caracteriza por la adecuación de la estructura creada por el sistema jurídico laboral, que es adaptable a los requerimientos del mercado de trabajo, y que es capaz de promover distintas soluciones normativas, dependiendo de la contingencia de que se trate.

Hay diversas interpretaciones de este concepto. Por ejemplo, de un punto de vista sindical, es una forma de los empresarios de reducir los derechos laborales de los trabajadores, ganados tanto en el plano de la legislación interna, como en los acuerdos internacionales.

Para el empresario significa eliminar los obstáculos legales que impiden el empleo en condiciones distintas a las contempladas al momento de la dictación de las normas, así como la recuperación de la facultad de dirección de la empresa.

Para la autoridad estatal, implica una forma de solucionar el problema del desempleo, en el entendido de que puede lograrse haciendo más competitiva a la empresa nacional, y permitiéndole de ese modo una mejor inserción en el mercado internacional, velando siempre por el respeto a los derechos de los trabajadores.

Hay otras visiones de la flexibilidad, pero todas apuntan a una capacidad de adaptación, de permitir a la empresa responder a los cambios en los ciclos económicos. En realidad son distintos enfoques de un mismo fenómeno.

Ahora bien, la flexibilidad laboral engloba tres aspectos disímiles, pero que mantienen como denominador común al recurso humano, y suele dividirse en ⁷ :

- flexibilidad funcional,
- flexibilidad salarial, y
- flexibilidad numérica, que a su vez puede ser interna o externa.

Cada uno de ellos será analizado en el siguiente capítulo.

⁷ Entre otros, Luis Lizama, "Qué y Cuánta flexibilidad en el derecho del trabajo chileno".

CAPÍTULO II: LA FLEXIBILIDAD LABORAL

Recapitulando, la flexibilidad laboral ha sido una creación reciente, motivada por cambios en el entorno global, tanto en materias tecnológicas, económicas y sociales. Se remarca así el carácter realista y dinámico del derecho laboral, que cumple con adaptarse a las nuevas condiciones que se van generando a través del tiempo.

1.- TIPOS DE FLEXIBILIDAD LABORAL.

Según ya se señaló, la flexibilidad del mercado del trabajo, como se le conoce en términos económicos, se divide comúnmente para su estudio en tres ⁸, a saber: funcional, salarial y numérica.

1.1.- Flexibilidad Funcional.

Consiste básicamente en la posibilidad de que el trabajador realice distintas labores en la misma empresa, en la medida que las necesidades de la misma así lo exijan. Se

⁸ Luis Lizama, Ob. Cit.

relaciona con las constantes variaciones en la demanda de consumo, así como por los avances tecnológicos, que permiten unas líneas de producción flexibles.

Así varía la concepción clásica de que un trabajador se contrata para una función determinada, y, en general, no debe realizar ninguna otra ya que sobrepasa la órbita de su vínculo laboral. Esta es una visión extrema, que se deriva de la especialización que existía cuando la tecnología hacía demasiado costoso un cambio en la línea de producción, y las máquinas empleadas no eran tan polivalentes como lo son hoy en día.

En efecto, en Europa se ha aceptado y difundido ampliamente este tipo de flexibilidad, ya que no es necesario desligar a los trabajadores de las empresas, sino que se les puede reubicar dentro de la misma, y además se les saca provecho a todas sus potencialidades, las que aparecen luego de la preceptiva capacitación.

Por lo demás, la flexibilidad funcional permite cotas más amplias de participación, ya que el trabajador se ve cada vez más comprometido con los resultados de la empresa, lo que es beneficioso en el sentido de que logra una mayor motivación, que es indispensable para un mayor rendimiento.

Así las cosas, este tipo de flexibilidad es de lo más aceptado por los trabajadores, ya que protege su fuente de trabajo, y les permite una mayor realización personal en cuanto al desarrollo de sus capacidades.

1.2.- Flexibilidad Salarial.

También se le conoce como “flexibilidad financiera”, y se caracteriza por vincular las remuneraciones a la situación de la economía en general, y a la de la empresa en particular, en el sentido que en tiempos de bonanza económica, los salarios de los trabajadores se hacen mayores, y, como contrapartida, en tiempos de crisis ellos disminuyen.

Es una facultad de adaptación muy discutida, ya que a los empleadores les beneficia mucho en términos económicos, pero no así a los trabajadores, en especial a los grupos sindicales, ya que ven en ello un serio detrimento a sus derechos.

A los economistas les parece muy atractiva esta flexibilidad, ya que consideran que una causa de los problemas para las empresas en tiempos de turbulencias económicas es la rigidez salarial. En su punto de vista produce desempleo y no estimula el reemplazo de maquinaria por mano de obra, lo que, ciertamente, es del todo perjudicial para los trabajadores.

Lo que más se critica de la rigidez de los salarios, es la fijación de un mínimo establecido, ya que sobrevalora el desempeño de algunos trabajadores poco calificados, y, como contrapartida, sub-valora la labor de los más capacitados. Además se señala que dificulta el acceso al trabajo de los jóvenes, ya que las empresas no están dispuestas a contratar a ciertos salarios, sino que lo harían por menos, lo que repercute a su vez en el resto de los desempleados, que probablemente estarían dispuestos a trabajar por menos que el mínimo. Respecto a este tema, el debate no está zanjado y persisten voces a favor y en contra de la fijación de salarios mínimos, aunque la tendencia europea parece

indicar que debe llegarse a su paulatina eliminación.

Otra tendencia comparada, es la eliminación de la indexación de las remuneraciones, lo que también implica cierta rigidez, que por lo demás va muy ligada a la existencia de los salarios mínimos. Es más, hay sondeos europeos que indican que los trabajadores, en su mayoría, estarían dispuestos a trabajar por una retribución menor durante períodos de crisis económica, a fin de mantener cierta seguridad en el empleo, con la condición de ver aumentada su remuneración una vez que las condiciones del mercado lo permitan. Esto es un claro pedido de flexibilidad salarial, que al menos en esta materia ha generado cierto consenso.

A decir verdad, hoy se tiende a formas más participativas de remuneración, más vinculadas a los resultados de la empresa, e incluso en estrecha relación con la producción de una sección de la misma, o bien al logro de metas de los trabajadores individualmente considerados. Estas formas de remunerar, fomentan un mayor compromiso de los trabajadores con la empresa, lo que los lleva a buscar un mayor desarrollo de la misma, ya que ello redundará en su beneficio personal.

1.3.- Flexibilidad Numérica.

En general consiste en un ajuste continuado del número de empleados que ejercen sus labores en la empresa, principalmente en función de variaciones producidas en la demanda de bienes y servicios ofrecidos.

La adecuación se produce de dos modos, lo que da origen a dos variantes dentro del mismo tipo de flexibilidad: numérica externa, en que se adecua el número de trabajadores que se relacionan con la empresa; y, numérica interna, en que, grosso modo, lo que varía es la ordenación del tiempo trabajado por los empleados, es decir, se adapta la jornada de trabajo. Cabe analizar cada una de ellas por separado.

1.3.1- Flexibilidad Numérica Externa.

Es aquella que se ocupa de la entrada y salida de funcionarios a una empresa (entiéndase contratar y despedir), como forma de responder a las fluctuaciones del mercado, en especial a los cambios en la demanda. De lo dicho se desprende que tiene dos vertientes bien diferenciadas, ellas son flexibilidad de entrada y de salida. Veamos en que consiste cada una y algunos ejemplos prácticos.

1.3.1.1. Flexibilidad de Entrada:

Son vías de que dispone la empresa, para hacer menos rígida la incorporación de trabajadores, ya sea formas estables o más bien precarias.

Algunas manifestaciones que encontramos en la práctica, distinguiendo la mayor o menor precariedad del vínculo con la empresa:

1.3.1.1.1.- Personal no estable, con relación con la empresa.-

1.3.1.1.1- Trabajadores temporales y contratación flexible:

Se puede citar el caso de Italia, donde existen los “contratti di formazione e lavoro”, creados para facilitar la entrada al mercado laboral de los jóvenes, y, a la vez, complementar su formación profesional. Este contrato de formación y empleo cumplió vastamente su objetivo, ya que las estadísticas italianas así lo señalan (representando a 1987 cerca del 70% de los contratos atípicos).

Cabe señalar que el límite de edad para el contrato de formación y empleo italiano es de 29 años, lo que no existe por ejemplo en España, por lo que, sin la limitación y sin un ánimo formativo, el contrato temporal se vuelve muy usado (30% en España, frente al 7% italiano), lo que empeora el empleo en cuanto a la estabilidad, pero tiene un efecto reductor del desempleo, lo que siempre es positivo.

1.3.1.1.1.2- Trabajadores a tiempo parcial:

Son aquellos que prestan sus servicios a la empresa por un tiempo inferior al de la jornada ordinaria de trabajo. Es utilizado en derecho comparado, y se encuentran empresas en que el trabajo a tiempo parcial es una modalidad específica de la gestión de la mano de obra, como en multitiendas, ya que permite afrontar la irregularidad de la actividad con menores costos. En otros casos se utiliza como política social de la empresa, y permite satisfacción al empresario como al trabajador, que por lo demás cuenta con similares ventajas que los empleados a tiempo completo.

Hay casos en que el trabajo a tiempo parcial se utiliza para cambiar el modo de organizar el trabajo en la empresa, así como en trabajadores que prefieren voluntariamente este sistema para evitar despidos, o bien para completar sus estudios contando con algún ingreso extra, que no involucre un trabajo a jornada completa.

1.3.1.1.1.3- Trabajadores en formación:

Son aquellos contratados para desarrollar un programa de capacitación en un oficio determinado. En general resultan menos costosos a la empresa, y se puede comprobar el grado de adaptación del trabajador.

1.3.1.1.1.4- Trabajo a puesto compartido:

Consiste en dividir un puesto de trabajo dado entre diferentes empleados, en que pasan a ser solidariamente responsables de las obligaciones que se les impongan. Le permite al trabajador una jornada menor, así como una mayor motivación a fin de colaborar con el compañero.

1.3.1.1.2.- Personal sin relación laboral con la empresa.

1.3.1.1.2.1- Empresas de trabajo temporal:

Son aquellas cuya finalidad consiste en ceder trabajadores contratados por ellas, a otras

empresas usuarias de sus servicios. Los trabajadores cedidos permiten hacer frente a necesidades transitorias de la empresa usuaria.

1.3.1.1.2.2- Desconcentración y subcontratación:

Consiste en descentralizar labores, siempre que no constituyan el negocio central de la empresa, hacia otras independientes, con las que se formalizan acuerdos de cooperación que permiten la coordinación en los ciclos de producción. La explicación es que no es necesario que la empresa abarque todas las fases del proceso económico, por lo que para protegerse de cambios bruscos del entorno puede descentralizar, o bien subcontratar dichas tareas ajenas al giro principal.

Estos mecanismos operan, en la práctica, a través de contratos entre las empresas involucradas, de carácter civil o mercantil según corresponda, sin implicar contratos laborales directos con trabajadores determinados, lo que obviamente hace más flexible la respuesta a la necesidad de mano de obra.

1.3.1.2.- Flexibilidad de Salida:

En general es la facultad del empleador de poner término al vínculo contractual fácilmente, lo que implica simplificar los trámites administrativos para el despido, así como una disminución de los costos asociados. Hay varios ejemplos prácticos.

1.3.1.2.1- Simplificación de trámites administrativos para realizar el ajuste de plantillas.

Implica supresión de requisitos para el despido, como, por ejemplo, la autorización judicial en el caso de un trabajador sujeto a fuero, aunque hubiere concluido el plazo o el trabajo para el cual fue contratado.

1.3.1.2.2- Reducción de las indemnizaciones al trabajador despedido.

Estas cantidades, a veces muy altas, obstaculizan el ajuste de las planillas con que cuenta la empresa para afrontar reducciones en la demanda, lo que también va contra la recontractación de trabajadores en caso de necesidad de aumentar el personal, debido a la incertidumbre de tener que reducirlo en el futuro, pagando un alto monto indemnizatorio.

1.3.1.2.3- Despidos pactados.

También buscan disminuir los gastos que se generan con el despido, a través de pactos directos entre las partes, o bien colectivamente, que consisten en pagar una suma inferior a la que se debe por ley. Esto facilita a la empresa la reducción de la planilla de trabajadores.

1.3.2. – Flexibilidad Numérica Interna.

Se puede decir que consiste en las facultades con que cuenta la empresa para adecuar,

con la dotación de funcionarios disponibles, los tiempos trabajados a las distintas necesidades de producción. Es una buena alternativa a la flexibilidad salarial, ya que permite a las partes ajustarse a las necesidades variables de la demanda sin afectar mayormente la remuneración de los trabajadores, toda vez que facilita las compensaciones recíprocas de tiempo laborado. De hecho se estima que concilia bien los intereses de empleador y trabajador, por lo que es aceptado mayoritariamente por ambos sectores. Generalmente se analiza del punto de vista del espacio físico donde se desempeñan las labores, así como en el ordenamiento del tiempo trabajado y en la duración del mismo, lo que se revisará a continuación.

1.3.2.1. Movilidad Geográfica.-

Es la posibilidad de trasladar a un trabajador de un puesto de trabajo a otro, perteneciente a la misma empresa pero ubicado en otro espacio físico, ya sea motivado por imperativos técnicos, económicos, organizativos o de producción. Se distingue, en teoría, el desplazamiento que es por un tiempo determinado, y el traslado que implica un cambio permanente.

Sin perjuicio de que se analizará más adelante, cabe señalar que en Chile, por ejemplo, se puede lograr a través del *ius variandi*, como facultad del empleador, del art. 12 del Código del Trabajo, como por el pacto de las partes, en el contrato de trabajo mismo, según se desprende del art. 10 N°4 del mismo cuerpo legal.

1.3.2.2. Ordenación del Tiempo Trabajado.

Sin duda esta es una de las formas más representativas de este tipo de flexibilidad, ya que permite adecuar la jornada de los empleados de la empresa, siempre a beneficio recíproco de las partes, sea por políticas de gestión productiva, como por necesidad personal del trabajador. Esta ordenación puede revestir distintas formas, por lo que se analizarán las más usadas.

1.3.2.2.1- Horario variable.

Se caracteriza por la facultad del trabajador de organizar, según su conveniencia, el tiempo de trabajo. Este sistema se centra en los resultados de la producción más que en la permanencia en el lugar de trabajo. Si bien el trabajador elige el horario de entrada y de salida, generalmente se fijan periodos en que debe permanecer en su puesto de trabajo, para facilitar la comunicación e intercambio con los distintos procesos productivos de la empresa. Cabe señalar que una vez que se eligen los horarios, ellos deben ser respetados como si le hubieran sido impuestos al trabajador.

1.3.2.2.2- Ordenamiento de la semana.

También se conoce como semana reducida, ya que comprende los sistemas en que se trabaja menos días semanalmente, pero por un número mayor de horas diarias. Con esto el trabajador cuenta con la opción de disponer de más días libres, y la empresa se beneficia de menores pérdidas de tiempo. Se señala como desventaja, que la

productividad decae luego de cierta cantidad de horas, lo que se conoce como rendimientos decrecientes.

1.3.2.2.3- Trabajo por equipo o por turnos.

Este sistema es muy conocido y consiste en que un puesto de trabajo es ocupado por más de un trabajador, con jornada completa de trabajo. Los más utilizados son los tres turnos continuos de ocho horas cada uno, en que siempre se está produciendo; tres turnos de ocho horas, pero con detenciones los fines de semana; dos turnos de ocho horas al día, uno en la mañana y otro en la tarde, sin funcionar los fines de semana. Este tipo de trabajo permite una máxima utilización de las maquinarias y de la infraestructura en general, pero tiene asociado un gran desgaste físico y mental para los trabajadores, debido a las características propias del trabajo nocturno, por lo que se acostumbra limitar su uso en caso de menores de dieciocho años y en mujeres embarazadas.

1.3.2.2.4- Horario modular.

Es un método que consiste en dividir el horario de trabajo en distintos módulos de dos a cuatro horas durante la jornada, por lo que requiere funcionarios calificados, aptos para desarrollar varias actividades dentro de la empresa. Cada módulo puede ser ocupado indistintamente por más de un trabajador mientras cuente con la capacitación necesaria.

1.3.2.2.5- Teletrabajo.

Es un nuevo concepto, derivado de la aplicación de modernos medios de comunicación, que permiten la descentralización de los puestos de trabajo, con independencia de la infraestructura misma de la empresa, en el sentido de no precisar la presencia física del trabajador en sus dependencias, toda vez que se utilizan tecnologías que facilitan la transferencia de información. En general el trabajador presta sus servicios desde su propia casa, siempre que cuente con los medios informáticos necesarios, primando el cumplimiento de metas por sobre un horario determinado, por lo que aumenta la productividad y la creatividad por la autonomía laboral.

1.3.2.3. Duración del Trabajo.-

Esta es una de las modalidades más utilizadas de flexibilidad laboral, y es muy aceptada por lo demás. Consiste en modificar las horas trabajadas, pudiendo revestir distintas formas, entre otras:

1.3.2.3.1- Cómputo anual de horas trabajadas.

La principal finalidad de este sistema es acomodar la cantidad de horas en que los trabajadores prestan sus servicios a la empresa a las necesidades efectivas de mano de obra de ésta, por lo que el cálculo de la jornada pasa a ser anual, de modo que cobran importancia el total de horas trabajadas al año, y pasan a segundo plano la forma en que dichas horas se repartan a lo largo del período señalado.

Las horas pactadas anualmente deben repartirse en períodos de días, semanas,

meses, etc., de acuerdo a los requerimientos de mano de obra de la empresa, la que obviamente viene motivada por la demanda de sus productos y servicios. De esto se colige que este sistema funciona bien en rubros donde la demanda tiene momentos altos y otros bajos, estando perfectamente acotados dichos peaks. Así, tanto el trabajador como el empleador saben con anticipación cuándo será el mayor requerimiento de servicios, a fin de acumular en dicho período una gran cantidad de horas de trabajo, dejando menos para otros momentos menos álgidos.

1.3.2.3.2- Horas extraordinarias.

Este mecanismo es ampliamente utilizado, aunque no siempre se tiene conciencia de que lo que hace es flexibilizar la duración de la jornada de trabajo. Generalmente están bien reguladas, a fin de proteger adecuadamente a los trabajadores, y así suele fijarse máximos por jornada, límites según las características del trabajo, un costo adicional, etc.

Sin perjuicio de aportar una buena cota de flexibilidad numérica interna, en general aumenta los costos de la empresa, ya que debe pagar más por dichas horas, y porque se transforman en un vicio para los trabajadores, que trabajan a media máquina durante la jornada ordinaria, para terminar sus tareas en las horas extras que a su vez les reportan mayores ingresos.

1.3.2.3.3- Licencias, permisos y feriados.

Se flexibiliza la duración de la jornada a través del manejo de los descansos anuales, ya sea en períodos fijos, en que toda la empresa cierra sus instalaciones un determinado lapso, o bien con feriados por turnos, en que los trabajadores se organizan para gozar de su descanso de modo que la producción no se paralice.

Se utiliza además, en algunos lugares, la compensación de los días festivos como acuerdo directo entre las partes, ya que el trabajador presta sus servicios durante el feriado, pero lo recupera descansándolo en otro momento.

Se dan casos en que se permite acumular feriados anuales, a fin de tomarlos todos de una vez, y así contar con un buen período de descanso.

Esperando haber aclarado en parte los conceptos básicos de la flexibilidad laboral, es el momento de analizar cuál ha sido su aplicación en el mundo, por lo que corresponde analizar el derecho comparado de una manera muy sucinta.

2.- LA FLEXIBILIDAD LABORAL EN EL DERECHO COMPARADO.-

2.1.- Flexibilidad Laboral y La O.I.T.-

Lo principal en este acápite es analizar el trato que ha dado a la materia la OIT (Organización Internacional del Trabajo), ya que es el mejor indicador al respecto de lo que ocurre en el mundo.

Hay que tener presente que la OIT ha sido siempre un férreo defensor de los derechos laborales, por lo que, obviamente, en un principio era partidaria de un sistema rígido, sumamente tutelar, para pasar a una postura más receptiva de la flexibilidad ⁹.

En efecto, el Convenio N°1, de 1919, establece la jornada de 48 horas semanales para las industrias, dejando nulo margen a la negociación de las partes para un manejo distinto del tiempo trabajado, ya que la única posibilidad que se establece dice relación con accidentes y grave peligro, es decir casos fortuitos. Esto confirma el carácter rígido de la normativa internacional, que obviamente se recogió por los países en su momento. Aumentando la protección en cuanto a la ordenación del tiempo del trabajo, está la prohibición al trabajo nocturno a la mujer, contenida en el Convenio N°4, así como a los menores en el N°6.

En el Convenio N°14, de 1921, hay un leve indicio de flexibilidad, al establecer el descanso semanal a todos los trabajadores de la empresa “siempre que sea posible”, frase que deja un claro margen de gestión al empleador. El Convenio N°30, en lo relativo a las horas de trabajo del comercio señala excepciones a la jornada en caso de fiestas locales, lo que da otro indicio de flexibilidad. Más adelante, en 1931, se permite que los trabajadores laboren en domingos y festivos, siempre que se trate de funciones necesariamente continuas. Otro paso se da en el Convenio N°57, en lo tocante al trabajo de la gente de mar, donde se compatibiliza la protección con la flexibilidad. Lo mismo ocurre respecto de los trabajadores de transporte terrestre en el Convenio N°153 de 1979.

Ya en 1994, con el Convenio N°175, se establece una jornada de trabajo a tiempo parcial, lo que definitivamente constituye la promoción misma de la flexibilidad en cuanto a la duración y ordenación del tiempo trabajado. En 1996, el Convenio N°177 regula el trabajo desde el domicilio, el que se aparta de la regla de que el trabajo debe realizarse en dependencias de la empresa, permitiendo la prestación de servicios desde el domicilio del empleado, lo que se transforma en otro paso en pos de la flexibilidad laboral.

Como se ve, la OIT a través de sus Convenios ha pasado de una actitud proteccionista y rígida sobre la materia a otra mucho más abierta y proclive a la flexibilidad, en especial en la del tipo numérica interna en lo relativo a la ordenación y duración de la jornada de trabajo. Claramente, para llegar a este nuevo enfoque, ha debido primar la idea de que las empresas modernas deben desenvolverse en entornos altamente inestables y competitivos, por lo que es indispensable que cuenten con normas que les permitan una adecuación rápida a los cambios que se enfrentan, pues de lo contrario no podrían subsistir en los modernos mercados globalizados. Lo importante es destacar que se ha tratado de flexibilizar la normativa en este último período, pero con el debido resguardo a los derechos de los trabajadores y a los principios que inspiran a la Organización.

⁹ Fuente OIT, “Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo”.

Vale la pena hacer una breve reseña de lo que ocurre en los distintos países, al menos en lo que sea más destacable, para comprender mejor la recepción que ha tenido el tema en el mundo.

2.2.- Flexibilidad Laboral en Europa.

En el viejo continente, como es sabido, tienen gran importancia los movimientos sindicales, por lo que cualquier modificación a la normativa debe contar con un amplio consenso social, por lo que las medidas flexibilizadoras, en general, se han introducido a las empresas previo acuerdos colectivos con los trabajadores.

Se han utilizado distintas estrategias, como crear nuevas modalidades contractuales a fin de flexibilizar la entrada al trabajo, sin garantizar la estabilidad en el empleo, y así aparecen contratos de duración limitada, ya sea de por un tiempo determinado o por obra o faena específica. Además están los contratos de suplencia, que facultan el emplear trabajadores de reemplazo, y los puestos de media jornada que permiten paliar en parte la cesantía existente.

Otra estrategia ha sido fomentar los contratos de formación y los de práctica profesional, que promueven la contratación de jóvenes. Esto se acompaña de las respectivas subvenciones a las empresas, como apoyo a la capacitación y fomento a la incorporación de mano de obra.

Cabe destacar el impulso que ha mostrado la externalización de servicios, a través de la regulación de empresas de trabajo temporal, que proveen de empleados a otras empresas mediante la subcontratación. No hay duda de que esta es una gran forma de flexibilizar el mercado laboral, ya que le permite a la empresa la utilización de trabajadores dependiendo de la demanda por sus bienes y servicios, sin alterar el personal contratado indefinidamente que forma parte de la planilla estable.

La flexibilidad numérica interna también ha tenido buena acogida, reduciendo las jornadas laborales, y facilitando la adecuación de los horarios en menos días a la semana, y fijando límites de duración en períodos mensuales y anuales. Lo destacable es que estos ajustes deben ser pactados colectivamente, lo que asegura cierta protección a los trabajadores frente a potenciales abusos de las empresas. Es decir se ha operado con contrapesos, ya que si se reduce la jornada o se procede a cierta moderación salarial, como contrapartida se garantiza la estabilidad laboral; si se permite la adecuación de horarios, ello debe ser fruto de la respectiva negociación colectiva. Lo que se ha evidenciado es el avance de los planteamientos de los interlocutores sociales, que cada vez están más de acuerdo en que para lograr los mejores resultados es indispensable trabajar mancomunadamente, ya que de los resultados de la empresa depende en gran medida el futuro de los trabajadores que en ella laboran.

2.3.- Flexibilidad Laboral en Estados Unidos y en el Reino Unido.-

La práctica anglosajona, en general ha seguido una corriente liberal, en el sentido de que la flexibilidad se ha logrado a través de la desregulación, ya que se confía en que el

mercado de trabajo ha de lograr su equilibrio sin controles ni regulaciones.

Con lo anterior se logran altos índices de flexibilidad laboral, lo que redundaría en menores costos para las empresas, lo que a su vez se traduce en altos niveles de empleo. Cabe señalar que, por lo demás, esta es la recomendación que hace el Fondo Monetario Internacional a los países que pretenden conseguir gran desarrollo económico y bajo desempleo.

Por todos es conocida la enorme expansión económica que ha logrado Norteamérica durante las últimas décadas, así como el alto empleo que existe, lo que se ha atribuido justamente a la desregulación, por lo que ha sido el principal aliciente para la adopción de este sistema por otros países, en especial los que se encuentran en vías de desarrollo. No obstante hay detractores que advierten que la desregulación produjo en Estados Unidos y en Inglaterra una desigual distribución de la riqueza, por lo que, en el fondo, sólo se cambió el problema del desempleo por uno de bajos ingresos. Al decir de otros, la realidad es que el desempleo es bajo y los niveles de ingreso per cápita no son nada bajos.

2.4.- Flexibilidad en América Latina.

A decir verdad no se logra encontrar una sola corriente flexibilizadora en la región, ya que algunos países como Brasil y Argentina han seguido el modelo europeo, potenciando la negociación colectiva, y por otro lado Perú y Chile han seguido la tendencia de la desregulación. Lo que sí es común, es que se ha legislado sobre la materia, en especial respecto de nuevos tipos contractuales que persiguen un mayor empleo, más que la estabilidad en el mismo. Lo negativo es que se ha precarizado el empleo, pero no ha habido una contrapartida al respecto, como una mejora en los salarios, como se señaló respecto de Europa donde cada reforma flexibilizadora iba aparejada de cierto resguardo a los trabajadores, que por lo demás ya no tienen motivaciones reivindicacionistas, sino totalmente conciliadoras con las de las empresas.

Hay autores latinoamericanos, como Oscar Ermida Uriarte, entre otros, que señalan que la flexibilización laboral en América Latina se ha logrado, en la mayoría de los casos, a través de una “desregulación salvaje”¹⁰, lo que implica un severo deterioro de los derechos de los trabajadores, lo que ciertamente no es beneficioso, y abogan por una re-regulación, que conlleve una mayor intervención de los actores sociales, con acuerdos entre las partes, como ocurre en Europa.

En resumen, flexibilizar en América Latina conlleva reducir los estándares laborales existentes, porque el desempleo de la región, que se intenta paliar con la flexibilidad, se debe a crisis económicas y no tanto a rigideces normativas. Por lo demás, la regulación excesiva lo único que consigue es que se potencie la informalidad en el empleo, así como un verdadero mercado negro de trabajo, como ocurre en México por ejemplo. Cabe destacar que Chile es uno de los países de la región con menor nivel de desempleo, por lo que la desregulación que ostenta, le ha dado buenos dividendos en la práctica.

¹⁰ Ermida, Oscar. “Experiencias de Flexibilidad Normativa”.

CAPÍTULO III: FLEXIBILIDAD LABORAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.-

Una vez revisado el panorama general de la flexibilidad laboral, toca analizar lo que ocurre en Chile al respecto, donde, al contrario de lo que mucha gente piensa, no es un tema nuevo, puesto que no ha nacido recientemente, sino que deriva de instituciones que llevan muchos años en nuestra legislación, y que permiten altos índices flexibilizadores.

Como se dijo, en el país ha primado, en general, la desregulación ¹¹, toda vez que durante el pasado la legislación laboral se adscribía a la corriente proteccionista, movida por la realidad de la época. En tiempos diversos, con entornos altamente cambiantes y globalizados, dicha normativa tutelar resta eficiencia a las empresas, por lo que se van perdiendo las fuentes de trabajo, y se genera desempleo, lo que deriva en la práctica en que el derecho del trabajo se vuelva contra los trabajadores, lo que es un evidente contrasentido.

Conviene separar, en la medida de lo posible, los tipos de flexibilidad laboral, para ver como hay figuras en que aparecen claramente.

1.- FLEXIBILIDAD FUNCIONAL.

¹¹ Francisco Tapia, Ob. Cit.

1.1.- Polifuncionalidad.

Se trata de que un trabajador pueda desempeñar diversas labores dentro de la misma empresa, y no sólo una función específica. Es una flexibilidad pactada, ya que debe contar con acuerdo entre empleador y trabajador, el que ha de plasmarse en el contrato de trabajo.

Esta figura ya se daba en la práctica pese a no estar reconocida en la legislación, como ocurría en el caso de algunas multitiendas y la figura del “vendedor integral”, en que dicho funcionario realiza la venta, recibe el pago y empaqueta, es decir ejecuta el trabajo que antes ocupaba a tres empleados. Esta modalidad se lograba mediante la negociación directa de las partes.

Hay que señalar también que la Dirección del Trabajo ya había aceptado esta polivalencia de los empleados, a través de distintos dictámenes, por ejemplo en el N°2789/132 de octubre de 1995, para la Federación Ferroviaria del Sur, y en el N°4583/223 de julio de 1995, para la División El Teniente de Codelco Chile. Esto indica que existía consenso respecto a la materia entre los distintos sectores sociales.

Hoy está reconocida en el art. 10 n°3 del Código del Trabajo, a contar de una modificación introducida por la Ley 19.759, de 5 de octubre de 2001, que establece, en lo pertinente, entre las menciones del contrato de trabajo, la “determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias”.

Lo anterior implica como requisito que se establezca de manera clara y precisa la naturaleza de las labores, y que se indique en el contrato en forma específica las funciones que desempeñará el trabajador, pudiendo ser actividades sin relación entre sí o bien complementarias. Lo que es indispensable es que haya acuerdo entre empleador y trabajador para que pueda aplicarse, así como que se especifique clara e inequívocamente las labores a desempeñar.

1.2.- Ius Variandi. Es una herramienta que la legislación le otorga al empleador, para realizar ajustes respecto de ciertas materias, que de alguna forma implican una modificación del contrato de trabajo. Se dice que es una manifestación del poder de dirección del empresario, respecto de su negocio.

Se regula en el art. 12 del Código del Trabajo, que señala que “el empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador”. Dicha norma agrega que “por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos”. Un tercer inciso establece la posibilidad de reclamo del trabajador afectado, primero ante un inspector del trabajo, con la posibilidad de recurrir contra su resolución ante el juez del

trabajo respectivo.

Es el primer inciso el que contiene la flexibilidad funcional, ya que el segundo contempla una hipótesis de flexibilidad numérica interna. En efecto, la norma en comento, incluye tres aspectos bien definidos que son polifuncionalidad, movilidad geográfica y, en el inciso segundo, distribución de la jornada de trabajo.

El empleador puede modificar la naturaleza de los servicios, lo que implica polifuncionalidad del trabajador, pero debe cumplir copulativamente con los dos requisitos que establece el inciso 1º del art.12, esto es que se trate de labores similares y que no causen menoscabo al empleado. Esto es sumamente importante, ya que no se requiere de acuerdo de las partes, ni autorización judicial ni administrativa previa, bastando en principio la sola voluntad del empleador, y el cumplimiento de los requisitos señalados, asistiéndole al trabajador que se considere afectado un derecho a reclamo ante el inspector del trabajo, de cuya resolución puede recurrir a los tribunales.

La movilidad geográfica contempla la facultad de alterar el sitio o recinto donde los servicios deban prestarse, a condición de que quede dentro del mismo lugar o ciudad y que no exista menoscabo para el trabajador. Cabe señalar que también es una facultad propia del poder de dirección de empleador, y que tampoco requiere acuerdo ni autorización previas, sino sólo cumplir con los dos requisitos señalados, quedando, así mismo, a salvo el derecho a reclamo del trabajador.

La distribución de la jornada se puede modificar, según dispone el inciso 2º del art. 12, lo que implica una gran flexibilidad numérica interna, alterando la hora de inicio de la misma, ya sea adelantándola o atrasándola, pero cumpliendo con los requisitos de no exceder de 60 minutos, de obedecer a circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, y que se haya dado aviso de la modificación al trabajador a lo menos con 30 días de anticipación. Aquí también subsiste el derecho a reclamo ante el inspector del trabajo como en los otros 2 casos.

Dado que se trata de una facultad exclusiva del empleador, que por lo demás le otorga cierto margen de flexibilidad, de los tipos que se señaló, es usual que los trabajadores se consideren afectados, en especial cuando se modifica la naturaleza de los servicios así como el lugar donde deben prestarse, por lo que hacen uso del derecho a reclamo que les confiere la norma, aduciendo en la mayoría de los casos que se les está produciendo un menoscabo con la modificación realizada. De más esta decir que hay una abundante jurisprudencia tanto administrativa como judicial sobre el tema, en especial referido al concepto de menoscabo, ya que, de la extensión que se le dé a su aplicación dependerá, a la larga, quién tendrá la razón en la práctica.

Así pues, la Dirección del Trabajo, a través del dictamen ordinario N°6251 de 11 de Noviembre de 1993, señala que “constituye menoscabo todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socioeconómico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, discriminación del ingreso, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversa frecuencia de los turnos, etc.”, a lo que se agrega que también lo constituye “un detrimento moral que se produce con motivo de la relación laboral”. De

esta interpretación se colige que, para el trabajador el menoscabo puede ser de orden moral y económico.

Ahora bien, la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto en reiteradas ocasiones, pudiendo extraerse una idea del concepto de menoscabo que tiene el máximo Tribunal, expresado por ejemplo en una sentencia de 22 de octubre de 1992, en que señala que el menoscabo a que alude la disposición contenida en el art.12 del Código del Trabajo, se refiere en forma integral a la persona del trabajador, no sólo desde el punto de vista económico, sino también social y moral. En la especie, que trataba del cambio de sitio o recinto en que debían prestarse los servicios, se produjo menoscabo económico, ya que la falta de infraestructura necesaria para la atención de la clientela hace fácil deducir que dará lugar a una merma en los ingresos de los vendedores; hay menoscabo moral y social en la medida que los trabajadores tenían, antes del cambio de recinto, mejores condiciones que con posterioridad, considerándose, además, que otros vendedores continuaron en el anterior lugar de trabajo, haciéndose diferencias entre el personal. Así, esta sentencia amplía el concepto de menoscabo, puesto que incluye tanto al menoscabo económico, como al moral y al social, es decir, es una cuestión integral la que debe considerarse al analizar el caso de que se trate, ya que es tan dañina una disminución de ingresos o aumento de gastos, como una baja del estatus en la empresa.

Así pues, es nítido que existe un perjuicio económico para un trabajador que debe cambiar el lugar donde desempeña sus funciones si reviste un aumento en sus costos de movilización. Puede que el mismo empleado se vea reparado por un bono adicional de movilización, pero a la vez hay que analizar que ocurre con la vida familiar de ese trabajador, ya que se configuraría fácilmente un menoscabo moral por el cambio producido que implica, por ejemplo alejarse mucho tiempo de sus hijos. O bien, el mismo trabajador, asumiendo y compensando los daños económicos y morales, al trasladarse pudiera encontrar un entorno hostil entre sus nuevos compañeros, o deficiencias de infraestructura que no le permitieran desarrollar dignamente sus labores, lo que sería un menoscabo social y moral a la vez. En consecuencia y concordando con la visión citada de la Corte, es preciso que se resguarde la persona del trabajador en todas sus esferas, que se le respete en sus derechos económicos, sociales y morales, para asegurar que las ventajas sean recibidas por ambas partes y no sólo por el empleador, por lo que es muy prudente que existan instancias objetivas de reclamación y análisis coherentes de los casos en discusión.

Cabe señalar que existe una limitación a la aplicación del *ius variandi*, y se trata de la contenida en el art. 243 inc.2º del Código del Trabajo, referida a los dirigentes sindicales, a quienes no se les podrá hacer efectiva la facultad conferida al empleador por el art. 12 del citado cuerpo legal, mientras dure su fuero, es decir desde que son elegidos hasta 6 meses después de haber cesado en su cargo. Esta norma establece una contraexcepción, en la cual se puede aplicar el *ius variandi* a un dirigente sindical aforado y consiste en la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor.

La limitación citada es un importante contrapeso a la facultad del empleador, toda vez que evita que se produzcan prácticas antisindicales, y todo tipo de persecuciones eventuales contra los dirigentes sindicales. De más esta decir que se ha generado conflictos respecto de la aplicación de la norma, puesto que se trata de un tema que se

ve complicado por la participación de trabajadores con fuero, que muchas veces se sienten perjudicados por decisiones del empleador, y con razón o no, se ven amenazados. Por lo anterior es que los dictámenes, en especial administrativos, se han pronunciado en varias oportunidades al respecto, primando como siempre el análisis objetivo y concreto de la situación.

Ahora bien, más allá de lo útil que es el *ius variandi* para el empleador, ya que le permite afrontar ciertos cambios coyunturales, muchas veces imprevistos y movidos por la premura productiva, es conveniente destacar lo difuso de los conceptos aquí involucrados, no sólo el de menoscabo, ya analizado, sino también los de “labores similares” o “mismo lugar”, ya que a la larga se puede dar mayor o menor alcance a sus interpretaciones, tanto por la autoridad administrativa, como por los tribunales, lo que hace sumamente importante analizar el caso concreto para determinar si se cumple o no con la norma, y dictaminar a la larga si el empleador ha actuado o no dentro de sus facultades, y si el empleado se ha visto efectivamente menoscabado con la modificación experimentada, en atención a los antecedentes concretos que configuren el caso.

Para redondear el tema, se puede decir que el *ius variandi* otorga flexibilidad al empleador, a la vez que consagra los resguardos necesarios para los trabajadores, de modo de lograr una ecuación que beneficie a ambas partes de la relación laboral.

2.- FLEXIBILIDAD SALARIAL.

A decir verdad, este es el tema que más le interesa flexibilizar a los economistas, puesto que permitiría reducir costos a la empresa, sin necesidad de eliminar puestos de trabajo en tiempos de crisis. Así el desempleo se mantendría bajo, y existiría la posibilidad de aumentar las remuneraciones en tiempos de bonanza.

2.1.- Rigideces en la materia.

Por cierto en Chile hay bastante flexibilidad en el tema, y, según lo hacen notar los estudiosos del tema, sólo existen 2 rigideces sobre la materia: el ingreso mínimo mensual y las gratificaciones. El resto de la normativa otorga amplios estándares de flexibilidad, los cuales no son aprovechados en toda su magnitud.

Se sabe que toda fijación de precios por la autoridad, como ocurre con el ingreso mínimo mensual, genera distorsiones en el mercado, y más allá de la conveniencia de tenerlo o no, lo que ha sido ampliamente debatido, hay que respetarlo y constituye por eso una de las pocas normas tutelares que son imposibles de adaptar por el empleador. Sobre el ingreso mínimo pueden pactarse distintas formas de remuneración, unas fijas, otras variables o una combinación de ambas, lo que constituye una manifestación evidente de flexibilidad.

Respecto de las gratificaciones, el código nos señala que pueden ser convencionales, lo que implica flexibilidad, pero que no pueden ser inferiores a las

normas que el mismo señala, por lo que asegura un monto mínimo para dicho tipo de retribución, a través de la regulación de 2 sistemas entre los cuales se puede optar. El primer método consiste en beneficiar a los trabajadores con un 30% de las utilidades líquidas de la empresa, en proporción a la remuneración percibida por cada uno, en el respectivo período anual, lo que se regula en el art.47 del Código del Trabajo. El otro modo se establece en el art.50 del mismo cuerpo legal, y consiste en que se gratifique a los empleados con el 25% de lo recibido como remuneración por cada uno de ellos, en el año comercial correspondiente, con un tope máximo de 4,75 ingresos mínimos mensuales por cada trabajador.

Cabe señalar que, entre ambas modalidades, existe la posibilidad de opción para el empleador, siempre que no haya optado por una u otra en forma contractual con los trabajadores. Lo anterior es otra manifestación de lo flexible de esta normativa en Chile.

Volviendo al tema del ingreso mínimo mensual, es conveniente agregar que, si bien la empresa debe asegurarlo obligatoriamente a sus trabajadores, puede así mismo adaptar el nivel de remuneraciones de su planilla, lo que le permite adecuarse a las contingencias económicas, sin necesidad de modificar los contratos. Lo anterior se logra, básicamente, mediante el establecimiento de formas variables de remuneraciones, que pueden asociarse a resultados individuales o colectivos de los trabajadores, pero siempre garantizando un mínimo fijo razonable, lo que se traduce en que, a la larga, los ingresos de éstos aumenten o disminuyan según la realidad experimentada por la empresa en un momento dado.

2.2.- Formas de remuneración flexible.

A continuación se reseñan algunas formas de remuneración más o menos flexibles de nuestra legislación.

2.2.1- Remuneración a trato.-

Así se denomina a la remuneración que se fija por pieza, medida u obra que el trabajador realice en un período determinado, lo que se establece en el inciso 1° del art. 44 del Código del Trabajo. Es decir, lo que el dependiente debe percibir como retribución, se asocia directamente a la productividad que logre, por lo que a mayor eficiencia mayor ingreso. Obviamente aquí debe aplicarse la limitación legal que asegura un ingreso mínimo mensual.

2.2.2- Remuneración por comisiones.-

Según el art. 42 letra b) del Código del Trabajo, es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador. Este tipo de remuneración también se asocia a la productividad del trabajador, y existe a su respecto la garantía del ingreso mínimo, para el evento de que no alcance dicho monto mediante las operaciones realizadas. Cabe agregar que, en estos casos, la remuneración se devenga en la medida que tenga lugar la prestación de servicios por el trabajador, ya que desde la operación nace a la vida

jurídica el derecho a retribución.

2.2.3- Participación.-

Según la letra d) del art. 42 del Código del Trabajo, es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma. La sola referencia a las utilidades ya da la idea de que se trata de una retribución absolutamente vinculada al rendimiento, no sólo del trabajador, sino más bien de toda la empresa o parte de ella, lo que es una clara referencia a la flexibilidad salarial. Otra vez el tema del ingreso mínimo aparece como una garantía para el trabajador ante cualquier eventualidad.

2.2.4- Remuneración por día, hora o semana.-

Esta forma de remunerar, se desprende del art. 44 inc.1º del Código del Trabajo, y su característica es que la fijación de la retribución es por períodos distintos de tiempo, lo que indica que es una alternativa más a la tradicional remuneración mensual. Como es una opción de fijar la remuneración, se entiende que también aporta flexibilidad a la normativa, siempre y cuando se respete que la unidad de tiempo por la cual se remunera al trabajador, no puede exceder de un mes.

Las anteriores eran formas que permiten al empleador una gestión flexible en lo que a salarios se refiere, y como se ve, son pocas las rigideces existentes, por lo que, con un poco de sentido común en la adopción de políticas remuneracionales, puede fácilmente la empresa adecuarse a las fluctuaciones económicas. Se puede, en definitiva, con el uso de porcentajes variables en las remuneraciones, mantenerse a cubierto de la volatilidad del entorno, lo que ha pasado hasta el momento es que no son prácticas muy difundidas.

2.3.- La Semana Corrida.

Cabe hacer mención somera a una figura que puede considerarse como otra rigidez en la materia, y consiste en la "semana corrida", que se consagra en el art. 45 del Código del Trabajo. Consiste en que el trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana.

Este derecho le es aplicable sólo a los trabajadores remunerados únicamente por día, según la misma ley dispone, pero que se ha entendido que se extiende a los que se les paga por hora, a trato, por comisión, y, en general a cualquiera forma que no comprenda los días domingo y festivos. De hecho se le conoce como "semana corrida" o "séptimo día" y es el derecho, que asiste a los trabajadores señalados, a recibir remuneración por los días en que no trabajan por ser inhábiles, y ellos son justamente el domingo y los festivos.

Cabe señalar que este beneficio antes se perdía por la inasistencia injustificada del

trabajador, lo que ya no se aplica por haber sido modificado, lo que ocurre es que la base de cálculo disminuye debido a que recibió remuneración por los días efectivamente laborados, pero ellos deben dividirse por los días en que legalmente estuvo obligado a trabajar, que pueden ser 5 ó 6, según se trate de lunes a viernes o a sábado.

El mismo artículo 45 del Código del Trabajo señala la forma de calcular el monto que recibirá el trabajador por semana corrida, y es “el promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana”. Es decir, el monto total recibido en el período se divide por 5 ó 6, lo que da un promedio el que se debe pagar al trabajador por el domingo, y por algún festivo si fuere el caso.

Por cierto, hay que señalar que en la base para el cálculo se incluyen los días en que el trabajador debió legalmente trabajar, por lo que se excluyen los otros días en que su inasistencia fue justificada, como ocurre con una licencia médica o con una huelga.

Este derecho rige, según la Dirección del Trabajo, para los trabajadores con jornada ordinaria completa, distribuida en 5 ó 6 días, por lo que no se les aplica a los que laboran por 4 días, como a los que tienen una jornada parcial.

3.- FLEXIBILIDAD NUMÉRICA.

Como se indicó en los capítulos anteriores, esta flexibilidad puede ser de dos tipos, externa o interna, permitiendo modificar la cantidad de trabajadores en la empresa en el primer caso, o bien adecuando la duración y distribución del tiempo de trabajo con el mismo número de empleados en el segundo.

3.1.- FLEXIBILIDAD NUMÉRICA EXTERNA.

Vale la pena recordar que, aquí, se distingue habitualmente entre flexibilidad numérica externa de entrada y de salida, según se trate de facilitar a la empresa la contratación de mano de obra o de hacer menos rígido el despido de trabajadores, lo que se traduce en modificar al alza o a la baja, según el caso, la cantidad de trabajadores.

3.1.1.- Flexibilidad Numérica Externa de Entrada.

Se pueden encontrar en nuestra legislación diversas modalidades de contratación de personal, pero conviene distinguir, como ya se hizo en los capítulos precedentes, qué tipo de relación mantienen los trabajadores con la empresa.

3.1.1.1.- Personal no estable con relación laboral con la empresa.

Aquí se encuentran varios sistemas que implican, en mayor o menor medida, cierta flexibilidad a la empresa a la hora de aumentar su personal por un período relativamente

breve de tiempo, es decir, sin la necesidad de incorporar trabajadores a su personal estable, o mejor dicho, sin contratarlos indefinidamente. Se pueden mencionar algunos ejemplos que permite nuestra legislación laboral, y que, muchas veces no se utilizan en la realidad práctica nacional.

3.1.1.1.1- Contrato de aprendizaje.

Es la convención en virtud de la cual el empleador se obliga a impartir a un aprendiz, por sí o a través de un tercero, en un tiempo y en condiciones determinadas, los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa establecido, y el aprendiz a cumplirlo y a trabajar mediante una remuneración convenida. Esa es la definición que entrega el art. 78 del Código del Trabajo, que se conoce como base, para diferenciarlo del que se introdujo por la Ley N°19.518, que es una figura denominada contrato de aprendizaje promovido, ya que interviene el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE), a fin de incentivar el uso de mano de obra joven, y lograr al mismo tiempo su formación profesional.

Lo que es común a ambos, es que se deben cumplir los requisitos que señala el art.10 del Código del Trabajo para todo contrato laboral, que sólo lo pueden celebrar los menores de 21 años, por un plazo máximo de 2 años, e indicando el plan de formación que desarrollará el aprendiz.

Respecto del contrato base, la ventaja es que tiene una finalidad y un plazo determinado, al cabo del cual no hay obligación de indemnización al trabajador por los años de servicios. Además, la remuneración convenida puede ser inferior al ingreso mínimo mensual, lo que lo hace más interesante para la empresa en términos económicos.

Si bien la figura básica es de por sí una muestra de flexibilidad, el contrato de aprendizaje promovido lo es aún más, ya que se trata de una política pro empleo, en que el gobierno interviene a través del SENCE, el cual vela por el cumplimiento de las finalidades propuestas, así como de los requisitos de número máximo de aprendices en la empresa. Pero lo que lo hace ser más atractivo, es el hecho de que el fisco otorga una subvención a la contratación, consistente en el 40% de un ingreso mínimo mensual durante los 12 primeros meses de vigencia del contrato, y un adicional de 10 UTM por aprendiz para cubrir los costos de enseñanza. Tiene además ventajas tributarias para la empresa, ya que permite ciertos descuentos en el impuesto a la renta.

Todo lo anterior facilita, sin duda, la contratación de personas jóvenes por un tiempo determinado, lo que debiera fomentar el empleo si fuera una modalidad más utilizada.

3.1.1.1.2- Contrato de capacitación.

Con esta modalidad se potencia el que las empresas capaciten a ciertas personas, quienes no pasan a ser, jurídicamente, trabajadores. Se introduce en la Ley N°19.518, que en su art.33 señala que la ejecución de acciones de capacitación se podrá desarrollar antes de la vigencia de una relación laboral, cuando un empleador y un eventual trabajador celebren un contrato de capacitación, por el cual se obliguen

recíproca y exclusivamente, el primero, a entregar a través de un organismo capacitador las competencias y destrezas laborales requeridas para desempeñar una actividad laboral determinada en la empresa, según un programa de capacitación autorizado, y el segundo, a cumplir dicho programa en las condiciones establecidas. La duración del contrato no puede exceder 2 meses, y se prohíbe que se celebre entre las mismas partes más de una vez en el mismo año calendario. Como se desprende de la misma norma, no se trata de un contrato laboral, sino más bien uno previo y útil que fomenta el perfeccionamiento de los trabajadores, siendo una buena vitrina para ellos.

Lo beneficioso para la empresa es que cuenta con personal, sin tener que contratarlo laboralmente, indirectamente puede ver como se integra el potencial trabajador a la organización, y, además, es sin costo, ya que obtiene una franquicia tributaria como compensación. Por su parte, el capacitado adquiere destrezas técnicas que mejoran sus posibilidades de encontrar empleo, incluso dentro de la misma empresa.

3.1.1.1.3- Contrato de empleo-formación.

Se consagra en el art.183 bis del Código del Trabajo, y su objeto es que el empleador, directamente o a través de terceros, capacite a un trabajador menor de 24 años, por un tiempo determinado, de acuerdo a un programa aprobado por el SENCE. La ventaja para la empresa es que puede descontar de las eventuales indemnizaciones a que tenga derecho el trabajador, el costo directo de la capacitación, con un límite máximo de 30 días. El empleador debe liquidar anualmente el costo de la formación entregada e informarla al trabajador, quien es beneficiado por el hecho de adquirir destrezas laborales.

3.1.1.1.4- Contrato de plazo fijo.

Se caracteriza por que su duración se encuentra limitada a un período determinado de tiempo, por lo que existe certeza respecto de la vigencia de la relación, la que ha sido acordada previamente entre las partes. Se desprende del art.159 N°4 del Código del Trabajo, que señala que el contrato de trabajo termina por el vencimiento del plazo convenido, el que no puede exceder de un año, salvo que se trate de gerentes o de personas que cuenten con un título profesional o técnico. El mismo cuerpo legal establece presunciones en que el contrato pasa a ser indefinido, como es lo normal en nuestra legislación.

La flexibilidad aparece en la terminación de la relación, ya que no da derecho a indemnización por años de servicio al trabajador, pero exige que se le dé aviso del término del contrato en el plazo de 3 días hábiles siguientes a la fecha establecida, con copia a la Inspección del Trabajo.

3.1.1.1.5- Contrato por obra o faena.

Es aquél que se celebra para la ejecución de una obra o faena determinada, y que tampoco es indefinido en cuanto a su duración, puesto que termina por la conclusión del trabajo o servicio específico que constituía el objeto mismo del contrato.

No se regula expresamente, pero se desprende del art. 159 N°5 del Código del Trabajo, y del art. 305 N°1 del mismo texto, señalándose, en el primero, que el contrato termina por la conclusión del trabajo o servicio que le dio origen, y en el segundo se le restringe a estos trabajadores el derecho a negociar colectivamente.

La flexibilidad en este caso exige de la obligación de pagar indemnización por años de servicios. Es un contrato de plazo indeterminado, ya que no es indefinido, pues se sabe que terminará aunque no se sabe cuando.

3.1.1.1.6- Contrato a prueba

Consiste en la facultad del empleador de poner término a la relación laboral en el evento que el trabajador no cumpla con los requerimientos del caso. Así visto, queda muy entregado a la voluntad del empleador el fin del contrato, lo que pone en la indefensión al empleado, por lo que debe regularse bien el sistema. En efecto, lo más prudente y equitativo es que cualquiera de las partes pueda terminar la relación, siempre cumpliendo con alguna eventual exigencia legislativa.

En nuestra legislación encontramos una variante en un contrato específico, y es en el de los trabajadores de casa particular, regulado en el art.147 del Código del Trabajo, que estima como período de prueba las 2 primeras semanas de trabajo, plazo en el que puede resolverse el contrato a voluntad de cualquiera de las partes, dando aviso previo de 3 días, y pagando el tiempo servido.

3.1.1.2.- Personal sin relación laboral con la empresa.

Consiste en aumentar la dotación de la empresa, sin modificar la planilla permanente de trabajadores, lo que facilita hacer frente a eventuales aumentos de la demanda, a la vez que permite reducir la mano de obra en caso necesario, puesto que no hay una relación laboral directa entre la empresa usuaria o mandante y el trabajador que sirve a la empresa contratista o subcontratista.

En Chile no está tan difundido como en Europa, pero hay diversos intentos por regular la materia, puesto que la normativa existente es muy escueta, y se presta para ser vulnerada, debiendo recurrirse a menudo, tanto a la autoridad administrativa como a la judicial, para que se vele por el cumplimiento de los derechos de los trabajadores.

En efecto lo que existe al respecto en nuestra legislación es la subcontratación, que implica que una empresa mandante contrata un servicio determinado, por ejemplo el aseo de las instalaciones o la seguridad del recinto, con una contratista, y que se regula en los arts.64 y 64 bis del Código del Trabajo. Dichas normas regulan la responsabilidad subsidiaria del dueño de la empresa, obra o faena, respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas a favor de sus trabajadores, así como de los subcontratistas para con sus funcionarios.

Se establece una cadena de responsables subsidiarios, que busca velar por el absoluto respeto de los derechos de los trabajadores de las empresas prestadoras de servicios. De este modo, el empleado puede demandar, en primer término, a su empleador directo, y, en subsidio, a todos los que pudieran responder en tal calidad de

sus derechos. Es una forma de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos, tanto laborales como previsionales, sin distinción, de los trabajadores de las contratistas y subcontratistas, ya que tienen la garantía de la solvencia de la empresa mandante, que por lo general tendrá una mejor situación patrimonial.

A través de la subcontratación, la empresa mandante contrata un servicio determinado con una contratista, lo que configura una relación de carácter civil o mercantil entre ellas, según el caso. Los trabajadores están vinculados laboralmente con la contratista, la que asume las responsabilidades laborales y previsionales respectivas, y no con la mandante, aunque indirectamente le presten servicios, ya que no existe relación contractual entre ellos. Así las cosas, la responsabilidad subsidiaria que afecta a la mandante, es en el fondo una solución de equidad.

Agrega la normativa en cuestión, que la empresa mandante cuenta con ciertos derechos ante esta responsabilidad, ya que puede solicitar a la contratista o subcontratista, los certificados que acrediten el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, así como la posibilidad de retener del monto de las obligaciones a favor de dichas empresas, las cantidades que subsidiariamente deba asumir. Además se le permite al dueño de la empresa, obra o faena el pago por subrogación al trabajador o a la institución previsional acreedora. Por último, hay una obligación que pesa en la Dirección del Trabajo, y es la de informar a la mandante las infracciones a la legislación laboral y previsional, que detecte en las fiscalizaciones a las contratistas o subcontratistas. Esta es, igualmente una solución de equidad a favor del dueño de la empresa, obra o faena.

Mención especial merece el hecho de que la ley regula la subcontratación, por lo que la relación válida surge entre la empresa mandante y la contratista, la que debe prestar un servicio determinado a la primera. No se trata de que le provea mano de obra a la mandante, no es una empresa de trabajo temporal, ni de intermediación de trabajadores, sino que debe cumplir con sus recursos, humanos y tecnológicos, las obligaciones asumidas, ya sea civil o comercialmente. La cesión de trabajadores es ilegal en nuestra legislación, y aunque hay intentos de regular la materia, por ahora sólo se puede contar con la fiscalización de la autoridad administrativa, la que encuentra su respaldo en los arts. 8 y 478 del Código del Trabajo, que buscan evitar la simulación de contratación de empleados, con multa a beneficio fiscal y responsabilidad solidaria ante el incumplimiento de obligaciones laborales y previsionales. Es la combinación de ambas disposiciones la que, por el momento, ha limitado el uso del traspaso de trabajadores de una empresa a otra, aunque no la ha evitado por completo en la práctica.

3.1.2.- Flexibilidad Numérica Externa de Salida.-

Como se explicó anteriormente, consiste en facilitar a la empresa la reducción del número de trabajadores relacionados establemente con ella, lo que se logra de diversos modos, como por ejemplo eliminando indemnizaciones, aumentando causales de término de contrato, disminuyendo trámites administrativos, etc.

En nuestro país, la opinión mayoritaria es que hay bastante flexibilidad para despedir trabajadores, y, en efecto, se consagran algunas figuras que son muy utilizadas en la

práctica.

3.1.2.1- Despido por necesidades de la empresa.

Es una de las causales de despido más difundida, ya que a la empresa le basta pagar una cantidad determinada al trabajador, por concepto de indemnización por años de servicios, lo que, por lo general, deja satisfechas a las partes.

Se consagra en el art.161 del Código del Trabajo, que no define lo que debe entenderse por necesidad de la empresa, y sólo da algunos ejemplos, por lo que es la autoridad judicial la encargada de determinarlo en el caso concreto. Cabe señalar que el trabajador puede impugnar la causal de despido, de acuerdo al art.168 del mismo cuerpo legal, pero en la práctica ello casi no ocurre puesto que no tiene un real incentivo económico para hacerlo, pudiendo aspirar a un aumento del 30% de la indemnización, la que a su vez se vería diferida hasta el fin del juicio.

Como se ve, es muy sencillo para la empresa desvincular a uno o más trabajadores por esta causal, por lo que se ha transformado en un verdadero desahucio del empleador, una decisión unilateral que pone término en cualquier momento a la relación laboral, y que otorga un amplio margen de flexibilidad a la empresa, a la hora de reducir su personal estable.

La única limitación que se consagra en el inciso final de la norma citada, es que no puede invocarse esta causal mientras el trabajador goce de licencia médica, otorgada conforme a las normas legales.

3.1.2.2- Despido por desahucio escrito del empleador.

El art.161 inc.2º del Código del Trabajo, permite al empleador terminar una relación laboral, sin necesidad de invocar una causal específica, tratándose eso sí de determinados empleados.

En efecto, para cargos de exclusiva confianza del empleador, como de gerentes, apoderados, etc., dotados de facultades generales de administración, así como para los trabajadores de casa particular, basta con un aviso escrito del empleador, dado con 30 días de anticipación a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo. No se requiere el aviso previo si el empleador paga una indemnización en efectivo al trabajador, equivalente a la última remuneración mensual devengada, lo que agiliza aún más el despido. Rige, en todo caso, la misma limitación que en la causal de necesidades de la empresa, en el sentido de que no se puede utilizar mientras el trabajador permanezca con licencia médica.

3.1.2.3- Disminución de exigencias para el despido.

Hay un caso específico señalado en el inc.7 del art.177 del Código del Trabajo, que elimina formalidades para el finiquito, la renuncia o el mutuo acuerdo, establecidas en el inc.1º de la citada disposición, que al efecto exige la firma del trabajador y del presidente del sindicato o del delegado del personal, o que sea ratificado ante el inspector del trabajo. La situación es bien puntual, y se refiere a que no se exigen los mencionados

requisitos en los contratos a plazo fijo no superior a 30 días, salvo que se prorrogaren por más de 30 días o que, vencido este plazo máximo, el trabajador continuare prestando servicios al empleador con conocimiento de éste.

Es una forma de flexibilidad que recoge nuestra legislación, y que se explica por la corta duración del contrato de que se trata. No es muy utilizada, pues no se conoce mucho, pero nuestro código la consagra.

Otro modo de disminuir exigencias, fue la derogación de las normas sobre despido colectivo, que operó en su oportunidad en Chile, que hoy sólo es “historia del derecho”, pero que constituye un buen ejemplo respecto de cómo se introduce flexibilidad por la vía de la “desregulación”.

3.2.- FLEXIBILIDAD NUMÉRICA INTERNA.

Vale reiterar, que este tipo de flexibilidad implica tanto a la duración del tiempo trabajado, como a la ordenación del mismo, y de ambos tipos tenemos ejemplos en nuestro país.

3.2.1.- Flexibilidad en la Duración del Tiempo de Trabajo.

Por regla general nuestra legislación consagra una jornada máxima de 48 horas semanales (hasta la entrada en vigencia de la ley 19.759), las que deben distribuirse en no menos de 5 ni más de 6 días. Sin embargo hay normas que permiten alterar esta duración rígida de la jornada de trabajo.

3.2.1.1- Trabajadores sin limitación de jornada.

Esta situación se regula en el inc.2º del art.22 del Código del Trabajo, que señala que ciertos trabajadores quedan excluidos de la limitación de jornada de trabajo, ya que, se trata de cargos donde no es sencillo delimitar en que momento comienzan las labores y cuando terminan. Es más, no cabe hablar de atrasos dado lo difuso de los horarios.

Los trabajadores sin límite de jornada indicados en la norma son: los que presten servicios a distintos empleadores, los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata, los contratados para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos, los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento. Como puede apreciarse es complicado fiscalizar el momento en que los funcionarios citados se encuentran prestando sus servicios, por lo que se opta por exceptuarlos de la limitación de jornada.

La flexibilidad reside en que el trabajador tiene cierta libertad para determinar cuánto y cuando trabajar, sin perjuicio que las empresas utilicen mecanismos para hacerlos presentarse en las dependencias, como por ejemplo programando reuniones a ciertas horas. Ya que no hay límite de jornada, tampoco puede hablarse de horas extras, lo que significa una eventual pérdida para el trabajador, que viene a ser la contrapartida de la libertad ganada.

Esta materia no ha estado exenta de conflictos, y la autoridad administrativa se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto, como cuando señala que se entiende por fiscalización superior inmediata y exige para que se configure la presencia de una supervisión de la labor realizada, por una persona de mayor jerarquía en la empresa en forma contigua. A su vez ha señalado que no cabe hablar de atrasos, y que no puede haber un registro de asistencia o reloj control, ya que ello transforma el contrato, pasando a tener la limitación de la jornada legal.

3.2.1.2- Extensión de jornada de los dependientes del comercio.

Se consagra en el art.24 del Código del Trabajo, que los empleadores pueden extender la jornada ordinaria de trabajo de los dependientes del comercio hasta en 2 horas diarias, en los períodos anteriores a Navidad, fiestas patrias u otras festividades. Agrega que lo que exceda de la jornada máxima legal o de la pactada si fuere menor, se pagará como hora extraordinaria. No procede pactar horas extraordinarias en este caso, ya que es una excepción a la regla general.

La flexibilidad permite extender la jornada de los dependientes del comercio, por la voluntad del empleador, durante ciertas fechas en que aumenta la actividad de dicho sector, y por el período de los 7 días anteriores, según ha señalado la Dirección del Trabajo.

3.2.1.3- Jornadas mayores.

Con este nombre se conoce la jornada establecida en el art. 27 del Código del Trabajo, que señala que el límite de la jornada ordinaria no se aplica al personal de hoteles, restaurantes o clubes, con ciertas excepciones, cuando el movimiento diario sea escaso y los trabajadores deban mantenerse a disposición del público. La jornada no puede excederse más allá de 12 horas diarias, con un descanso de 1 hora imputable a la jornada, y por lo demás no puede distribuirse en más de 5 días a la semana. Con todo, la jornada es mayor de la establecida en el art.22 del citado código, lo que se traduce en una excepción a la regla y otorga, por ende mayor grado de flexibilidad a la duración de la jornada.

Como el tema se presta para discusiones, y ciertamente para abusos, el trabajador afectado puede recurrir al Director del Trabajo para que resuelva, quedando siempre a salvo la instancia judicial respectiva.

3.2.1.4- Extensión de la jornada por caso fortuito o fuerza mayor.

El art.29 del Código del Trabajo consagra una facultad para el empleador, que consiste en la posibilidad de exceder la jornada ordinaria, en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevengan caso fortuito o fuerza mayor, o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones impostergables en las maquinarias o instalaciones. Se señala eso sí, que las horas laboradas en exceso se pagan como extraordinarias. Por lo demás, y para que el trabajador resulte obligado legalmente, debe tratarse sólo de los casos señalados en la

norma, que por ser excepcional debe interpretarse restrictivamente, y, por ejemplo, no habilita a citar al trabajador a laborar en su día de descanso, como ha determinado la Dirección del Trabajo.

3.2.1.5- Horas extraordinarias.

Según el art.30 del Código del Trabajo, se entiende por jornada extraordinaria la que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuese menor.

Es sin duda un mecanismo flexibilizador muy utilizado, ya que permite extender la jornada de los trabajadores más allá del máximo ordinario, lo que sirve al empleador para hacer frente a necesidades eventuales de la empresa, que implican más mano de obra en un momento determinado, pero con su mismo personal. Como ventaja para el trabajador, las horas extras se pagan con un recargo del 50% del sueldo convenido para la jornada ordinaria.

No hay duda que es una práctica muy extendida en nuestro país, pero no es vista como la herramienta flexible que es, por el mismo hecho de estar tan arraigada en la práctica. En efecto, hay trabajadores que las utilizan como un medio para aumentar sustancialmente sus remuneraciones, ya que el recargo con que se pagan las hace muy atractivas. Lo anterior produce el riesgo de que se pierda eficacia en el trabajo, ya que el empleado se ve tentado a trabajar a media capacidad durante la jornada ordinaria, para luego esforzarse totalmente en la extraordinaria, lo que pasa a considerarse normal en algunos casos, siendo absolutamente ineficiente.

Cabe señalar que la materia ha sufrido ciertas modificaciones, introducidas por la Ley N°19.759, que buscan racionalizar su uso, por ejemplo exigiendo pacto expreso entre las partes, con una vigencia transitoria máxima de 3 meses prorrogables, sólo para atender necesidades temporales de la empresa. Es decir, se busca que no se trabaje horas extraordinarias en forma permanente, a fin de que lo excepcional no se transforme en ordinario. Además se establece un límite diario máximo de 2 horas. Sin perjuicio de lo anterior, se consideran extraordinarias las horas laboradas en exceso de la jornada ordinaria, con conocimiento del empleador, lo que va en resguardo del trabajador, a fin de que no sean vulnerados sus derechos.

Para estar frente a las horas extraordinarias, es preciso que se halla excedido la jornada ordinaria, pues de lo contrario no se configuran, ya que el cálculo es semanal y no diario. Tampoco se originan si se trabaja en exceso para compensar un permiso, al tenor de lo preceptuado en el inc.4 del art. 32 del Código del Trabajo.

En resumen, se trata de una práctica, absolutamente extendida, que permite superar rigideces en materia de duración de la jornada, aunque no se le enfoque como una medida flexibilizadora, sin perjuicio de serlo, y de gran impacto.

3.2.1.6- Descanso dentro de la jornada.

El art.34 del Código del Trabajo señala que la jornada se divide en 2 partes, con media hora para colación a lo menos. Ello es lo ordinario, y la flexibilidad aparece en la misma norma al consagrarse que no rige dicho descanso en los “trabajos de proceso continuo”.

Ya que determinar si, en los hechos, se está frente a una labor de este tipo es un tema discutible, se puede reclamar ante la autoridad administrativa para que resuelva al respecto, pudiendo recurrirse a los tribunales en su caso.

3.2.1.7- Jornada parcial.

Según nuestra legislación, es aquella que no superior a dos tercios de la jornada ordinaria, a que se refiere el art.22 del Código del Trabajo, es decir la que no excede de 32 horas semanales. Este tipo de jornada ya se daba en la práctica, en especial en trabajadores jóvenes que compatibilizan trabajo y estudios, lo que funcionaba bien en la mayoría de los casos. Sin embargo, la Ley N°19.759 introdujo un Párrafo 5° nuevo al Capítulo IV, del Título I, del Libro I del Código del Trabajo, con lo que se viene a regular una situación preexistente, lo que busca resguardar los derechos de los trabajadores.

Obviamente se obtienen altas cotas de flexibilidad con este tipo de jornada, para ambas partes de la relación laboral. Así el empleador puede contar con la mano de obra adecuada a sus necesidades, puesto que no requiere contratar a un empleado a tiempo completo si necesita a alguien por menos tiempo, lo que también se traduce en un menor costo laboral, por tratarse de una jornada menor.

El trabajador también es beneficiado, ya que, una jornada de menor duración, le permite repartir su tiempo entre trabajo y estudios o bien vida familiar u ocio. Se regula expresamente su jornada diaria máxima, la que no puede exceder de 10 horas, con un descanso mínimo de media hora y de no más de una hora para colación. Se le reconocen los mismos derechos de los trabajadores a tiempo completo, incluso la posibilidad de pactar horas extraordinarias, con reglas especiales que disminuyen proporcionalmente las gratificaciones legales, así como las indemnizaciones por años de servicio a que tendría derecho el trabajador al término de la relación.

Se establece la posibilidad de convenir alternativas de distribución de la jornada de trabajo, por lo que las partes cuentan con varias alternativas, entre las cuales puede elegir el empleador, debiendo informar al trabajador con una semana de antelación, para la semana o el período superior siguiente. Esta es una novedad que redundará en la distribución de la jornada.

3.2.1.8- Permisos por enfermedad del hijo menor de 18 años.

Se establece en el art.199 bis del Código del Trabajo, ante la enfermedad grave o terminal de un hijo menor de 18 años, la madre puede contar con el equivalente en horas a 10 jornadas ordinarias de trabajo al año, las que se distribuyen a elección suya entre jornadas completas o parciales o una combinación de ambas. Esta opción ya implica flexibilidad, pero hay más, ya que la madre puede decidir si ella toma el permiso, o lo hace el padre, en caso de ser ambos trabajadores dependientes.

La norma entrega más flexibilidad aún, ya que permite que las horas de permiso se compensen trabajando horas extraordinarias, o bien con cargo al feriado anual, o con días administrativos en su caso.

Cabe recalcar que se trata de situaciones en que la salud del hijo corre serio riesgo

vital, por lo que son casos extremos, por lo que es del todo razonable contar con estas herramientas flexibles.

3.2.2.- Flexibilidad en la Ordenación del Tiempo de Trabajo.-

Lo normal en nuestra legislación es que se labore una jornada ordinaria semanal de 48 horas, distribuidas en 5 ó 6 días, por lo que los casos que permiten realizar el trabajo en una forma diferente, con otra distribución que se adecue a las necesidades tanto del empleador como del trabajador, nos pone en presencia de flexibilidad numérica interna en la ordenación del tiempo de trabajo, y claramente encontramos algunos ejemplos en el código del ramo.

3.2.2.1- Trabajo en día domingo.

El art.38 del Código del Trabajo establece excepciones a la regla general del descanso en días domingo y festivos, para los trabajadores que se desempeñen: en las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable; en las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria; en las obras o labores que por su naturaleza no puedan ejecutarse sino en estaciones o períodos determinados; en los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa; a bordo de naves; en las faenas portuarias; y en los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo.

Así, las empresas que se encuentren en los casos previstos en la norma pueden distribuir la jornada incluyendo los días domingos y festivos, lo que es una clara manifestación de flexibilidad, en especial para el empleador. Para el trabajador la ventaja se encuentra en que las horas laboradas en dichos días se pagan como extraordinarias, siempre que excedan de la jornada ordinaria semanal.

Se trata de casos enumerados taxativamente, por lo que son de derecho estricto, puesto que la regla general es el descanso en domingo y festivos, y cabe señalar que la Ley Nº19.759 modificó la materia, estableciendo que en el mes calendario deben otorgarse 2 días de descanso en domingo, a los trabajadores que se encuentren en las circunstancias señaladas en las situaciones del segundo y séptimo grupo. Para ellos ya no es un domingo de descanso al mes, ahora son dos, salvo en 3 casos señalados en la misma norma: a trabajadores contratados por un plazo de 30 días o menos, y de aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a 20 horas semanales, o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos.

3.2.2.2- Sistemas excepcionales de distribución de jornada.

El mismo art.38 del Código del Trabajo, en sus dos incisos finales establece la posibilidad de que el Director del Trabajo por resolución fundada, previo acuerdo de los trabajadores

involucrados, establezca sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos, cuando, por las características de la prestación de servicios, lo dispuesto en los otros incisos de este artículo no pudiere aplicarse, siempre que se constate que las condiciones de higiene y seguridad son compatibles con el referido sistema. El plazo máximo de vigencia de la resolución es de 4 años, pudiendo renovarse si las condiciones se mantienen.

La misma Ley N°19.759 modificó la materia, y para establecer estas jornadas, se exige consentimiento previo de los trabajadores involucrados, por lo que se trata de una especie de flexibilidad pactada, aunque en definitiva sea la autoridad administrativa la que la autoriza, siempre que las condiciones de higiene y seguridad del recinto respectivo sean compatibles con el sistema excepcional, limitado al plazo de 4 años o al tiempo necesario para la ejecución de las obras o faenas si se tratara de un período menor.

La particularidad de este tipo de jornada excepcional, es que permite desarrollar las funciones en períodos distintos a los 5 ó 6 días a la semana, pudiendo ordenarse en menos días, por ejemplo 4 de trabajo por 3 de descanso, o bien en un ciclo mayor, como uno de 20 de trabajo por 10 de descanso. Lo anterior implica, por lo general, una duración distinta de la jornada diaria de los trabajadores.

Esta modalidad se aplicaba en la práctica, por la Dirección del Trabajo, ya que data de 1985, y desde la vigencia de la ley señalada, opera de una forma muy similar, salvo que el plazo del pacto de estas jornadas, por lo general, era indefinido. Por lo demás funcionaba bastante bien, ya que siempre había consenso de la conveniencia del sistema entre las partes.

3.2.2.3- Jornada bisemanal.

Generalmente se utiliza este tipo de ordenación de la jornada en empresas que trabajan en lugares alejados geográficamente de los centros urbanos. Lo anterior mira claramente el beneficio de ambas partes de la relación, pero más aún el de los trabajadores, ya que una ordenación normal de su tiempo de trabajo, no les permitiría compatibilizar su vida laboral con la familia, ya que no se encuentran en situación de volver a descansar diariamente junto a su grupo familiar, básicamente por una razón de distancia física, sin contar con los eventuales desembolsos económicos en transporte.

El art.39 del Código del Trabajo da esta posibilidad en los casos en que la prestación de servicios deba efectuarse en lugares apartados de los centros urbanos, señalando que las partes pueden convenir jornadas ordinarias de trabajo de hasta 2 semanas ininterrumpidas, al término de las cuales deben otorgarse los días de descanso compensatorios de los días domingo o festivos que hayan tenido lugar en dicho período bisemanal, aumentados en uno. Es decir, la jornada máxima debe ser de 12 días de trabajo por 3 de descanso, pudiendo ser menos días de trabajo y más de descanso, según lo pactado, por ejemplo 10 por 5.

La Dirección del Trabajo ha entendido como lugar apartado de los centros urbanos, aquellos distantes, alejados o remotos de ciudades, consideradas en su sentido natural y obvio, como básicamente un conjunto de edificios y calles dotadas de una población densa y numerosa (dictamen ordinario N°2022/123, de 1 de julio de 2002).

Cabe agregar que si el lugar en que la empresa desarrolla sus funciones no cabe en los términos del art.39, igualmente puede ver flexibilizada su jornada por la vía de la autorización de un sistema excepcional del art.38 del código laboral, es decir por la Dirección del Trabajo, siempre que cumpla con los requisitos exigidos. En otras palabras, la flexibilidad está muy presente en estos casos, siempre que se le utilice justificadamente, ya que debe buscarse la conveniencia de ambas partes, en especial en lo relativo a la seguridad y a la salud de los trabajadores, así como de la eficiencia que se pueda obtener.

CAPÍTULO IV: PROYECTO DE ADAPTABILIDAD LABORAL.

Corresponde abordar, en este punto, la propuesta formulada en la segunda mitad del año 2003 por el gobierno, en materia de jornada laboral, en la que busca flexibilizar más la materia, permitiendo, a través de un pacto colectivo entre empleadores y trabajadores, es decir, un acuerdo entre los interlocutores sociales, que haya semanas en el año en que se trabaje más y otras en que se trabaje menos.

La idea central del proyecto es permitir la distribución irregular de los períodos de trabajo y descansos, siempre con acuerdo de las partes, y dentro de los límites correspondientes. Con esto se busca crear nuevas fuentes de trabajo, beneficiando a todos los actores interesados. En efecto, el empleador se beneficia en cuanto no requiere contratar más personal en períodos de gran demanda, y tampoco debe despedir empleados en tiempos de baja. Los trabajadores disfrutan de una jornada menor, permitiendo una mejor distribución de su tiempo, a fin de dedicarse más a la familia o al ocio. El gobierno gana con la eventual creación de empleos, así como con un mejor funcionamiento de los procesos colectivos de negociación de los trabajadores, que redundaría en una potenciación sindical.

1.- PACTOS DE ADAPTABILIDAD DE LA JORNADA.

Es el nombre que reciben los acuerdos que permiten adoptar jornadas irregulares, es decir flexibles, ya sea en cuanto a la duración o a la distribución de las mismas. Se trata de flexibilidad pactada, que en este caso es colectiva, lo que de por sí otorga mayor protección a los trabajadores, en especial en cuanto al consenso necesario para introducirlas en una empresa determinada. El acuerdo puede darse en el marco de una negociación colectiva, o bien en un proceso independiente, especialmente dedicado al efecto.

2.- TITULARES DEL PACTO.

Para determinar quién puede negociar en representación de los trabajadores, es necesario distinguir si existe o no sindicato en la empresa, por lo que se pueden dar las siguientes situaciones:

2.1.-Si hay sindicato,

este debe representar, al menos, al 50% de los trabajadores involucrados para ser un interlocutor válido.

2.2.-Comité de empresa.

Se recoge esta figura del derecho europeo, que se aplica en los casos en que el sindicalismo está organizado por rama de actividad. Aquí contempla integrar a sindicatos que no cumplan con la representatividad mínima y a grupos negociadores.

2.3.-Grupo negociador.

Se aplican las reglas vigentes contenidas en el código laboral, exigiéndose además la autorización previa de la Dirección del Trabajo, por lo que aparece el garantismo estatal.

2.4.-Sindicato interempresa.

Se reserva para las empresas de menos de 25 trabajadores.

3.-APROBACIÓN DEL PACTO.

Como ocurre por lo general cuando se intenta ganar legitimidad, el sindicato realiza la negociación, y luego debe someter el acuerdo a la voluntad de los trabajadores, quienes lo deben aprobar por mayoría absoluta, en votación convocada por el ente negociador, el

que, además, debe comunicar el resultado al empleador.

4.-CONTENIDO DEL PACTO.

Una idea que ronda en el proyecto, es anticipar la entrada en vigencia del límite de la jornada ordinaria de 45 horas semanales, respecto de los trabajadores que suscriban este tipo de pactos en el tiempo intermedio, pues la misma entrará en vigencia a contar del 2005, y, en ese momento, reduciéndose en dichos casos a 44 horas semanales.

Se contemplan, en principio, 2 modalidades para flexibilizar la jornada, a saber:

4.1.-Adaptabilidad de la jornada diaria,

con lo que se pretende trabajar un promedio semanal de 45 horas, pero adaptando el tiempo a laborar diariamente, según la conveniencia de las partes.

4.2.-Adaptabilidad en períodos distintos a la semana,

lo que permite adoptar una semana reducida, es decir, distribuida en menos de 5 días, o bien, utilizar períodos de cálculo plurisemanales.

La idea, en el primer sistema, es trabajar de lunes a viernes o a sábado, una jornada ordinaria semanal de 45 horas, pero con la posibilidad de que se extienda la jornada diaria a un máximo de 12 horas diarias, por lo que habrá días en que se trabajará más y menos en otros. Esto hace necesario contar con un banco de horas anuales, para computar adecuadamente los tiempos laborados, que en promedio no deben superar las 45 horas semanales. Se consagra, además, que se pueda pactar un sistema fijo o permanente, así como varios subsistemas o alternativas de distribución, teniendo siempre presente que habrá épocas del año que serán más exigentes que otras en términos de horas de trabajo.

La otra modalidad propuesta, es utilizar períodos distintos a la semana para ordenar el tiempo trabajado, utilizando jornadas distribuidas en menos de 5 días, o bien en más de 6 días, hasta un máximo de 12. Aquí claramente se juega con los días de descanso, a fin de adecuarlos ventajosamente a las necesidades de las partes. Cabe señalar que sigue aplicándose, en este caso, el límite de 45 horas en promedio semanal, lo que ocurre es que los ciclos de trabajo- descanso son distintos, lo que otorga una mayor flexibilidad.

5.-LIMITES.

Como ya se señaló, la jornada ordinaria máxima no puede exceder de 45 horas en cómputo semanal.

La jornada diaria debe fraccionarse en dos partes, con 30 minutos entre ellas para colación, no imputables a la jornada. En caso de ser jornadas de más de 10 horas diarias, se debe otorgar 1 hora de descanso, la que puede ser fraccionada, la que sí es imputable a la jornada, recordando que el máximo no puede exceder de 12 horas al día.

El número de días continuos de trabajo, en jornadas plurisemanales, no podrá exceder de 9, en principio, con una relación de días de trabajo- descanso de 3x1, por lo que serían ciclos máximos 9x3. Como es una propuesta, se cree que el límite podría ser de 12 días continuos de trabajo.

Con la semana reducida, pero en especial en el período plurisemanal, se echa por tierra el descanso semanal del séptimo día, que es ley vigente en nuestro país desde 1905, lo que en la actualidad se logra con los sistemas de jornadas excepcionales, que requieren autorización del estado, a través de la autoridad administrativa. Con el modelo que se propone, se lograría el mismo resultado, pero por acuerdo directo de las partes.

Otro límite que se establece en la propuesta, dice relación con las horas extraordinarias que se pueden laborar al año, y se ha establecido un tope de 150 horas. Ellas comienzan a contabilizarse una vez que se ha completado el banco de horas anuales, que son 2205 horas anuales aproximadamente, como máximo. Cabe recordar, a fin de ver si procede laborar horas extras, que el límite diario absoluto es de 12 horas.

Otro punto importante, es el que se establece a propósito del término del contrato de trabajo con respecto a las horas o días en que el trabajador no descansó, y la solución propuesta es que dichas horas o días sean compensados con un sistema similar al utilizado en la actualidad para el feriado proporcional.

6.-REQUISITOS DE LOS PACTOS DE ADAPTABILIDAD.

Se establecen ciertas condiciones para poder acordar estos sistemas irregulares de duración y distribución de jornadas.

6.1- Compatibilidad con la salud de los trabajadores.

El sistema acordado debe ser compatible con la salud de los trabajadores, y la empresa debe reunir las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en sus faenas, lo que obviamente requiere de la fiscalización administrativa correspondiente.

6.2- Vigencia.

La duración de los pactos, es decir su vigencia, no puede ir más allá de 4 años, lo que va

en consonancia con las reglas establecidas para los contratos y convenios colectivos en la actualidad.

6.3- Acuerdo previo.

Por cierto es indispensable el acuerdo, o más bien la aprobación, del pacto por los trabajadores, de lo contrario sería impuesto por una sola parte.

6.4- Registro.

El pacto debe registrarse en la Dirección del Trabajo, lo que no es una visación previa, sino un control a posteriori de la legalidad de los pactos, lo que permite una fiscalización respecto de las condiciones de higiene y seguridad en las faenas.

6.5- Obligaciones laborales al día.

El empleador debe acreditar, con los certificados respectivos, que se encuentra al día en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales.

Para finalizar, cabe agregar que se mantienen plenamente vigentes los sistemas excepcionales que autoriza, en la actualidad, la Dirección del Trabajo, con los mismos requisitos, cuando no se puedan aplicar estos pactos de adaptabilidad. Por lo demás, los pactos propuestos debieran generar mayor consenso entre las partes, por lo que debieran ser más beneficiosos que los sistemas actuales.

CONCLUSIONES.-

Como se puede advertir de todo lo planteado hasta el momento, la “flexibilidad laboral” es un tema que se ha gestado por diversos medios en todo el orbe, y que no es una creación reciente, aunque, eso sí, relativamente nueva.

En la medida que se la utilice adecuadamente, puede transformarse en un potente mecanismo de desarrollo económico, lo que debiera derivar, a la larga, en la creación de mayor cantidad de puestos de trabajo, lo que es un fin perseguido por todos los sectores, esto es por trabajadores, por empleadores y por el gobierno.

Ante todo, la correcta utilización de esta herramienta, implica formular una ecuación que equipare a la perfección los derechos de las partes involucradas, porque lo más importante para que las cosas resulten, es que todos se sientan subjetivamente satisfechos con sus derechos. De lo contrario, los actores partícipes no se esforzarían en lo absoluto para lograr un bienestar que no sería compartido equitativamente.

A mi entender, la legislación del trabajo existente en nuestro país otorga bastante flexibilidad, pero esta se ha ido reduciendo en ciertos casos, por la vía de la re-regulación, como ocurrió por ejemplo con las horas extraordinarias y la modificación introducida por la Ley nº19.759, que se tradujo en restringir su uso, lo que implica rigidizar la norma.

Ahora bien, si los cambios son estudiados, con fundamentos justificados, ellos

debieran ser beneficiosos para todos. Así es como vale la pena analizar si la “adaptabilidad laboral”, propuesta por el gobierno, redundaría en una mayor flexibilidad que sirviera efectivamente a los involucrados, y no se transformara en una institución sub-utilizada por las características que pudiera tomar al final de la discusión.

Recogiendo el planteamiento de autores como Muneto Ozaki ¹², que promueve la flexibilidad pactada, podemos colegir que es indispensable la posibilidad de que las partes convengan la ordenación de su tiempo del trabajo, siempre que exista un consenso absoluto de que lo hacen con el debido resguardo de sus derechos. Tal es el planteamiento que se da, en estos momentos, a nivel de doctrina comparada, ya que se estima como lo más válido, toda vez que lo que se pacte se le aplicará a las dos partes de la relación, con el Estado actuando como garante.

Cabe señalar que, la misma Directora del Trabajo, doña María Ester Feres, ha señalado en múltiples ocasiones, que la flexibilidad en Chile ha sido impuesta por los poderes públicos, sin participación de los actores sociales, lo que conlleva un costo enorme para los interesados, por lo que, a contrario sensu, puede decirse que es partidaria de la flexibilidad pactada, que en mi opinión es lo más acertado, toda vez que produce un consenso en los involucrados, que en la práctica los lleva a un mayor compromiso con una idea determinada. Es decir, los lleva a remar hacia un mismo lado, aumentando la actividad económica y protegiendo, por lo mismo, los puestos de empleo.

Complementando la idea anterior, la misma Dirección del Trabajo ha intervenido en materia de flexibilidad de jornadas, a través del uso de las facultades otorgadas por los artículos 38 y 39 del Código del Trabajo, por lo que más de una vez se ha referido al tema, y lo que vale la pena destacar es que, para aprobar los sistemas excepcionales respectivos, se requiere el acuerdo previo de las partes interesadas, esto es, de trabajadores y empleadores, y no basta con la sola voluntad de uno de los interesados. En efecto, se ha rechazado algunas solicitudes ya que han sido formuladas por unanimidad de los trabajadores, pero sin acuerdo con el empleador, lo que indica que no hay un consenso válido. Es decir, se da una clara importancia al acuerdo previo de los actores sociales, con el debido respeto a derechos mínimos laborales, lo que se encuentra en la misma línea de flexibilidad que se da en la actualidad en Europa, y que ha demostrado ser bastante eficiente.

Sólo cabe esperar que, las futuras modificaciones a nuestra legislación laboral, sigan la tendencia de negociar la flexibilidad, y en definitiva consensuar acuerdos, que representen beneficios para los interlocutores involucrados, sin restringir las herramientas flexibilizadoras con que contamos en estos momentos.

Así por ejemplo han surgido diversas ideas en nuestro país, que miran una mayor flexibilidad, que sin duda beneficiarían a trabajadores y empleadores, porque les permitirían adecuarse a las necesidades e intereses de cada uno, como es el caso de los permisos relativos a la maternidad, en lo relativo a la posibilidad de distribuir, de modo distinto al establecido en la ley vigente, los períodos de descanso pre y post natal, que apareció durante el 2003, y que se debatió por un tiempo, ante la posibilidad que una

¹² Ozaki, Muneto. “Negociar la Flexibilidad”.

trabajadora tomara un descanso pre-natal menor, pues se sentía en condiciones de seguir en su puesto, a cambio de obtener un descanso post-natal mayor.

La propuesta anterior fue discutida sólo a nivel de opinión pública, es decir, no llegó a transformarse en proyecto de ley, pese a los beneficios que podría reportar una norma de ese tipo. En efecto, cumple con el requisito de la intervención consensuada de los interlocutores sociales, para poder adaptarse a los intereses y realidades de cada uno, y constituiría una potencial herramienta flexibilizadora. Este tipo de modificaciones es lo que vale la pena analizar, y esperamos que a futuro se puedan discutir sobre la base de antecedentes serios que las respalden.

El Derecho Laboral debe adaptarse a las nuevas realidades, no seguir divagando sobre cuestiones obsoletas. Esa es nuestra misión.

BIBLIOGRAFÍA.-

- 1.- Albizú, Eneka. "Flexibilidad Laboral y Gestión de los Recursos Humanos". Editorial Ariel, Barcelona, 1997.
- 2.- Boletín CINTERFOR N°125, Octubre-Diciembre de 1993. OIT, Montevideo, 1993.
- 3.- Conferencia Internacional del Trabajo. "Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo". OIT, Ginebra, 1985.
- 4.- Ermida Uriarte, Oscar. "La Flexibilidad en Algunas Experiencias Comparadas", en "Experiencias de Flexibilidad Normativa". Editorial Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1992.
- 5.- Gaete Berrios, Alfredo. "Tratado de Derecho del Trabajo Chileno". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.
- 6.- Humeres Noguera, Héctor. "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- 7.- Lagos, Ricardo. "¿Qué se Entiende por Flexibilidad del Mercado de Trabajo?", en Revista de la CEPAL N°54, CEPAL, Santiago, 1994.
- 8.- Lizama Portal, Luis. "Qué y cuanta flexibilidad en el Derecho del Trabajo Chileno". Programa de Derecho y Economía, Universidad de Chile, Cuaderno N°2, Santiago, 2000.
- 9.- Merryman, John Henry. "La Tradición Jurídica Romano Canónica". Fondo de Cultura Económica, México, (19..)
- 10.- Ozaki, Muneto. "Negociar la Flexibilidad. Función de los Interlocutores Sociales y

del Estado”. OIT, Ginebra, 2001.

11.- Posner, Richard. “El Análisis Económico del Derecho”. Fondo de Cultura Económica, 1998.

12.- Romagnoli, Umberto. “Las Transformaciones del Derecho del Trabajo”, en “Experiencias de Flexibilidad Normativa”. Editorial Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1992.

13.- Tapia, Francisco. “La Flexibilidad en el Derecho Chileno del Trabajo”, en “Experiencias de Flexibilidad Normativa”. Editorial Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1992.

14.- Thayer, William y Novoa Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

15.- Tokman, Víctor y Martínez, Daniel. “Flexibilización en el Margen: La Reforma del Contrato de Trabajo”. OIT, Perú, 1999.

16.- Valdés, Alfredo. “Flexibilidad Laboral”, en “Las Relaciones de Trabajo en el Chile de Hoy”. Programa de Relaciones Laborales, Universidad de Chile, Santiago, 1993.

Referencias Electrónicas.-

1.- Página web de la OIT: www.ilo.org.

2.- Página web de la Dirección del Trabajo: www.dt.gob.cl.

3.- Página web del Ministerio del Trabajo y Previsión Social: www.mintrab.gob.cl.

4.- Foros de debates y artículos publicados en las páginas web de los Diarios El Mercurio (www.emol.cl), Las Últimas Noticias (www.lun.cl), y La Nación (www.lanacion.cl).