



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

**ANÁLISIS DE LA NUEVA LEY Nº 20.123 Y SU INSERCIÓN EN EL  
SISTEMA DE FLEXIBILIDAD LABORAL EN CHILE, A LA LUZ DE LAS  
CONFERENCIAS 85ª Y 86ª DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL  
DEL TRABAJO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**INTEGRANTES:**

Luis Pablo Benavides Zapata

Antonio Reichel Hernández

Pablo Javier Silva Moreno

PROFESORA GUÍA: María Eugenia Montt

Santiago, Chile

2007

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradecemos a nuestras familias y seres queridos por su apoyo en la elaboración de este trabajo. En especial queremos agradecer a nuestra profesora guía, Sra. María Eugenia Montt, por habernos orientado durante este proceso.

Antonio Reichel Hernández agradece a: *“A mi padre y hermanas”*.

Luis Pablo Benavides Zapata agradece a: *“A mi familia, Isabel y amigos”*.

Pablo Javier Silva Moreno agradece a: “

## ÍNDICE

	Página
<b>INTRODUCCIÓN</b>	1-4
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>LA FLEXIBILIDAD LABORAL</b>	
1.1. Hacia un concepto de flexibilidad laboral	
1.1.1. Consideraciones previas	5-11
1.1.2. Tipos de flexibilidad	12
1.1.2.1. Flexibilidad en los procesos económicos	13
1.1.2.2. Flexibilidad en los procesos productivos	14
1.1.2.3. Flexibilidad en los procesos políticos	14-15
1.1.2.4. Flexibilidad en los procesos normativos	15-16
1.1.3. Antecedentes generales de la flexibilidad laboral	
1.1.3.1. Europa y América Latina	16-18
1.1.3.2. Diferencias entre estas experiencias	19-26
1.1.4. Argumentos a favor de la flexibilidad laboral	27-28
1.1.5. Argumentos en contra de la flexibilidad laboral	28-30
1.1.6. Reflexiones en torno a las dificultades en la elaboración de un concepto de flexibilidad laboral	31-33
1.2. La flexibilidad laboral	
1.2.1. Inicios y evolución (resumen)	34-38
1.2.2. Concepto	39-44
1.2.3. Clasificaciones	
1.2.3.1. En base a la perspectiva económica	45-51



2.1.1.2. Antecedentes	95
2.1.1.3. Evolución de las normas en materia de contratación	96-98
2.1.1.4. Las modalidades del contrato de trabajo	98-99
2.1.1.4.1. Modalidades de contratación no permanente	100
2.1.1.4.1.1. Contrato de plazo fijo	100-101
2.1.1.4.1.2. Contrato de corto plazo	101-102
2.1.1.4.1.3. Contratos de duración temporal	102
2.1.1.4.1.4. Contratos con jornada parcial	103
2.1.1.4.2. Modalidades especiales de contratación	
2.1.1.4.2.1. Contratos de reemplazo	103
2.1.1.4.2.2. Contrato de aprendizaje	104-105
2.1.1.4.2.3. Contrato de personas menores de 18 años y de mayores de 65 años	105
2.1.1.4.2.4. Contrato a honorarios	106
2.1.1.4.2.5. Subcontratación	107-109
2.1.1.5. Trabajo en régimen de subcontratación	
2.1.1.5.1. Concepto	110-114
2.1.1.5.2. Características	114-115
2.1.1.5.3. Régimen legal	116-120
2.1.1.5.4. Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo	120-122
2.1.1.6. Empresas de servicios transitorios	
2.1.1.6.1. Concepto	122-124
2.1.1.6.2. Características	124-125

2.1.1.6.3. Régimen legal	126-132
2.1.1.6.4. Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo	133
2.1.2. Primera matriz de flexibilidad laboral en Chile	134-138
2.2. El sistema de flexibilidad laboral en Chile con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123	
2.2.1. Generalidades	139-141
2.2.2. Antecedentes de la Ley N° 20.123	141-148
2.2.3. Adecuaciones formales	148-157
2.2.4. Trabajo en régimen de subcontratación	
2.2.4.1. Definición	157-161
2.2.4.2. Responsabilidad de la empresa principal por las obligaciones laborales y previsionales del contratista para con sus trabajadores; de los contratistas respecto de las mismas obligaciones para con los trabajadores de sus subcontratistas; y de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales y previsionales de los subcontratistas	161-165
2.2.4.3. Derecho de la empresa principal y del contratista a ser informado y derecho de retención	165-167
2.2.4.4. Responsabilidad de la empresa principal y del contratista en caso de ejercer el derecho a ser informado y el derecho de retención	168-170
2.2.4.5. Otras obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista	170-171
2.2.5. Empresas de servicios transitorios	
2.2.5.1. Definiciones fundamentales	172-173

2.2.5.2. Fiscalización y Jurisdicción	174
2.2.5.3. De las Empresas de Servicios Transitorios	
2.2.5.3.1. Objeto Social Exclusivo	175
2.2.5.3.2. Independencia	176-178
2.2.5.3.3. Garantía permanente	178-181
2.2.5.3.4. Inscripción obligatoria	181-183
2.2.5.3.5. Sanciones a la empresa de servicios temporales por infracción a la normativa vigente	183-185
2.2.5.4. Del contrato de puesta a disposición de trabajadores	
2.2.5.4.1. Concepto	186-187
2.2.5.4.2. Excepcionalidad del contrato	188-189
2.2.5.4.3. Plazo del contrato	189-191
2.2.5.4.4. Trabajos prohibidos	191-194
2.2.5.4.5. Cláusula prohibida	194
2.2.5.5. Del contrato de trabajo de servicios transitorios	
2.2.5.5.1. Definición	195
2.2.5.5.2. Obligación de escrituración	195-196
2.2.5.5.3. Prohibición de cobro de comisión	196-197
2.2.5.5.4. Transformación a contrato de plazo indefinido	197-198
2.2.5.5.5. Simulación o fraude a la ley	198-199
2.2.5.5.6. Indemnización compensatoria del feriado	199-200
2.2.5.5.7. Control de asistencia	200
2.2.5.5.8. Organización y dirección del trabajo	201-202
2.2.5.5.9. Protección de garantías	

constitucionales	202-203
2.2.5.5.10. Remuneración	203
2.2.5.5.11. Intermediación por empresa no inscrita	204
2.2.5.5.12. Responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria	205
2.2.5.5.13. Responsabilidad directa de la empresa usuaria	205-207
2.2.5.6. Normas generales	
2.2.5.6.1. Trabajadores con discapacidad	207-208
2.2.5.6.2. Obligación de capacitación	208-209
2.2.5.6.3. Fuero maternal	209-210
2.2.5.7. Breve comentario acerca del intento de introducir un nuevo concepto de empresa	201-211
2.2.6. Principales efectos de la inserción de la Ley Nº 20.123 en el sistema de flexibilidad laboral en Chile	212
2.2.7. Segunda matriz de flexibilidad laboral en Chile	213-217

### **CAPÍTULO III**

#### **DERECHOS Y LIBERTADES DE TRABAJADORES EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN Y DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS A LA LUZ DE LA O.I.T.**

3.1. La Organización Internacional del Trabajo	
3.1.1. Reseña histórica	218-225
3.1.2. Estructura y funcionamiento	225-226
3.1.2.1. La Conferencia Internacional del Trabajo	226-227
3.1.2.2. El Consejo de Administración	227



3.1.2.3. La Oficina Internacional del Trabajo	228
3.1.3. Normas Internacionales del Trabajo	
3.1.3.1. Las normas de fondo	228
3.1.3.2. Los convenios internacionales del trabajo	229
3.1.3.3. Las recomendaciones	229-230
3.1.3.4. Las resoluciones y conclusiones de las reuniones especiales	230-232
3.1.3.5. Control de aplicación de las normas	
3.1.3.5.1. Memorias e Informes	232
3.1.3.5.2. Reclamaciones	233
3.1.3.5.3. Quejas	233
3.1.3.6. Consideraciones finales	234-235
3.2. Análisis de las reuniones 85ª y 86ª de la Conferencia Internacional del Trabajo	
3.2.1. Antecedentes	236-242
3.2.2. 85ª Conferencia Internacional del Trabajo	
3.2.2.1. Generalidades, informes y análisis	242-250
3.2.2.2. Convenio N° 181 O.I.T., sobre agencias de empleo privadas	250-251
3.2.2.2.1. Estructura y vigencia	251-252
3.2.2.2.2. Ámbito, forma y control de su aplicación	253-255
3.2.2.2.3. Concepto de agencia de empleo privada	255-256
3.2.2.2.4. Las agencias de empleo privadas en Chile	256-262
3.2.2.2.5. Determinación del régimen jurídico y de funcionamiento de las agencias de empleo privadas	263

3.2.2.2.6. Deberes respecto a los trabajadores migrantes	263-264
3.2.2.2.7. Deber de promoción de la cooperación e información entre el sector público y privado	264-265
3.2.2.2.8. Cláusula de la disposición más favorable	265
3.2.2.2.9. Derechos y libertades	266
3.2.2.3. Recomendación N° 188 O.I.T., sobre agencias de empleo privadas	266
3.2.2.3.1. Disposiciones generales	267
3.2.2.3.2. Protección de los trabajadores	268-271
3.2.2.3.3. Relaciones entre el servicio público de empleo y las agencias de empleo privadas	271-272
3.2.3. 86ª Conferencia Internacional del Trabajo	
3.2.3.1. Generalidades, informes y análisis	272-294
3.2.3.2. Proyecto de convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación	
3.2.3.2.1. Preámbulo	294
3.2.3.2.2. Ámbito, forma y control de su aplicación	295-296
3.2.3.2.3. Conceptos de trabajo en régimen de subcontratación, subcontratista e intermediario	297-299
3.2.3.2.4. Cláusula de la disposición más favorable	299
3.2.3.2.5. Derechos y libertades	300-301
3.2.3.3. Proyecto de recomendación sobre el trabajo	

	en régimen de subcontratación	
	3.2.3.3.1. Disposiciones generales	301
	3.2.3.3.2. Criterios para determinar si una relación es o no dependiente	301-302
	3.2.3.3.3. Protección de los trabajadores	302-303
	3.2.3.3.4. Sistema de responsabilidades	303-304
	3.2.3.3.5. Obligación de inscripción o de autorización	304-305
	3.2.3.3.6. Deberes de los Estados Miembros	305
3.2.4.	La posición del Estado de Chile al tenor de estas conferencias	306-313
3.2.5.	Mención especial de la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo y de la Recomendación N° 198, sobre la relación de trabajo	314-320
3.3.	Consagración de derechos y libertades en el Derecho Internacional, relativos a trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios	320-321
3.4.	Análisis pormenorizado de derechos y libertades consagrados por el Derecho Internacional, aplicables a trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios, a la luz de la Ley N° 20.123	
	3.4.1. Consideraciones previas	322-326
	3.4.2. Derechos y Libertades	
	3.4.2.1. Sindicación	327-334
	3.4.2.2. Negociación colectiva	334-343
	3.4.2.3. Igualdad de trato y no discriminación	343-354
	3.4.2.4. Equiparación salarial	354-362
	3.4.2.5. Salario mínimo	362-365
	3.4.2.6. Duración y distribución de la jornada laboral	366-369

3.4.2.7. Prestaciones de seguridad social	369-374
3.4.2.8. Tratamiento de los datos personales	374-378
3.4.2.9. Acceso a la formación	379-380
3.4.2.10. Seguridad y salud en el trabajo	381-383
3.4.2.11. Indemnización en caso de accidente en el trabajo o enfermedad profesional	384-386
3.4.2.12. Indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales	386-392
3.4.2.13. Protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales	392-396
3.4.2.14. No cobro de las empresas por su intermediación	397-398
3.4.2.15. Prohibición del trabajo infantil	398-400
3.4.2.16. Procedimientos de reclamos	400-406
3.4.2.17. Readaptación profesional y empleo de personas discapacitadas	406-413
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	414-430
<b>ANEXO 1:</b> Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas, O.I.T., 85ª reunión, 1997	431-440
<b>ANEXO 2:</b> Recomendación N° 188, sobre las agencias de empleo privadas, O.I.T., 85ª reunión, 1997	441-444
<b>ANEXO 3:</b> Proyecto de convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, O.I.T., 86ª reunión, 1998	445-448
<b>ANEXO 4:</b> Proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, O.I.T., 86ª reunión, 1998	449-451
<b>ANEXO 5:</b> Recomendación N° 198, sobre la relación de trabajo, O.I.T., 95ª reunión, 2006	452-458

## **RESUMEN**

La dictación de la Ley N° 20.123 vino, por un lado, a modificar la normativa aplicable al trabajo en régimen de subcontratación y, por otro, a regular las empresas de servicios transitorios, las que funcionaban hasta entonces sin una normativa específica. A su vez, la Organización Internacional del Trabajo en las reuniones 85ª y 86ª de la Conferencia Internacional del Trabajo, de los años 1997 y 1998 respectivamente, trató ambos temas, adoptando instrumentos jurídicos al respecto.

De ahí que el objetivo del presente trabajo haya sido analizar la nueva Ley N° 20.123 a la luz de las directrices, principios o normas emanadas de la Organización Internacional del Trabajo, para determinar si el Estado de Chile está o no acorde con aquello. Esto se hizo tomando en consideración que la nueva ley se insertaba en un sistema de flexibilidad laboral ya existente en nuestro país, de ahí que el análisis se hiciera tanto desde el punto de vista del sistema de flexibilidad laboral, como desde el punto de vista de las libertades y derechos de los trabajadores afectos a las figuras de la subcontratación y de las empresas de servicios transitorios.

Los resultados arrojados por esta investigación presentan el estado actual de esta problemática, permitiendo hacer una serie de reflexiones acerca del sistema de flexibilidad laboral imperante en el Derecho Chileno y sobre las libertades y derechos en juego, en el contexto de la nueva ley. Finalmente se generan propuestas para el fortalecimiento de determinados derechos y libertades, tomando como referencia sistemas de derecho comparado cuando corresponda.

## INTRODUCCIÓN

En virtud de la dictación de la Ley N° 20.123, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, se ha abierto un debate público relativo a la flexibilidad laboral, dando a entender que la ley viene a consagrar las primeras normas al respecto, debido fundamentalmente al hecho de que, por un lado, modifica la normativa aplicable al régimen de subcontratación y, por el otro, a que regula las empresas de servicios transitorios, las que funcionaban hasta entonces sin una normativa específica que delimitara su campo de acción y regulara su funcionamiento, estableciendo derechos y obligaciones a su respecto.

Sin embargo, la existencia de normas de flexibilidad laboral en nuestro propio ordenamiento jurídico data desde hace varios años, siendo la nueva ley un componente más de un sistema de flexibilidad laboral preexistente, el que no es advertido a simple vista por el hecho de que sus normas se presentan a propósito de diversas instituciones, dispersas en la normativa laboral.

Lo anterior, es consecuencia de que nuestro país, inserto en el contexto internacional y en plena era de la globalización, no podía estar ajeno al fenómeno de la flexibilidad laboral, el cual se encuentra instalado en el mundo desde hace varias décadas, nutriendo a la legislación laboral extranjera de diversas normas que lo regulan y lo hacen parte integrante de sus sistemas jurídicos, lo que queda en evidencia al estudiar el derecho comparado en esta materia.

Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) desde un principio ha tomado un papel activo frente a este fenómeno, en orden a proteger los derechos y libertades de los trabajadores, ya sea regulando o intentando regular las figuras de la subcontratación y las empresas de servicios transitorios, íconos de la flexibilidad laboral. Así es como, en las reuniones 85ª y 86ª de la Conferencia Internacional del Trabajo, de los años 1997 y 1998 respectivamente, además de discutir ambos temas, en la primera de ellas se logró la adopción del Convenio N° 181, que versa sobre las Agencias de Empleo Privadas, dentro de las cuales se consideran a las empresas de servicios transitorios y, además, se dictó la Recomendación N° 188, que viene a complementar dicho convenio. En cuanto a la segunda de estas reuniones, que trató el tema de la subcontratación, los miembros de ese entonces presentes en la respectiva conferencia no lograron llegar a un acuerdo que les permitiera adoptar un convenio relativo a la materia, debido a su alta complejidad producto de la diversidad de situaciones de hecho existentes y a la pluralidad de legislaciones nacionales que regulaban dicha figura, dejando de todos modos una variada y rica documentación acerca del tema, lo que nos permite deducir hacia donde apunta la Organización Internacional del Trabajo en cuanto a la subcontratación.

En nuestra búsqueda de material que vincule esta normativa con nuestro ordenamiento jurídico laboral, sólo se han encontrado dos estudios específicos<sup>1</sup>, que datan del año 1999, relevando la pertinencia de nuestro proyecto de investigación.

---

<sup>1</sup> CARREÑO SANTELICES, Christian. Análisis dogmático del Convenio 181 de la OIT y la legislación chilena a la luz de éste. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 47 h.  
GONZÁLEZ ASTUDILLO, Nadia. Trabajo en Régimen de Subcontratación, Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª y 86ª Reunión. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 70 h.

De ahí que nuestro objetivo sea analizar la nueva Ley N° 20.123 desde una perspectiva que permita visualizar el mapa de flexibilidad laboral existente en nuestro país, antes y después de su dictación, tomando como parámetro de comparación las directrices, principios o normas emanadas de la Organización Internacional del Trabajo que tienden a proteger, consagrar y promover libertades y derechos de los trabajadores afectos a las figuras de la subcontratación y de las empresas de servicios transitorios. Dicho mapa constituirá una poderosa herramienta para el análisis pormenorizado de dichos derechos y libertades en nuestro país, precisamente porque la entrada en vigencia de la nueva ley implica la posibilidad de una reconfiguración de los mismos, haciendo imperiosa su revisión crítica a la luz, tanto del Derecho Nacional, como de las normas y directrices del Derecho Internacional.

Así es como en una primera parte nos referiremos al tema de la flexibilidad laboral en forma general, tratando de definir su concepto, evolución, características, distinciones y alcances.

En un segundo apartado nos ocuparemos del panorama nacional, analizando el tema de la flexibilidad laboral en Chile. En primer lugar, veremos el sistema de flexibilidad laboral en Chile con anterioridad a la dictación de la ley en cuestión, con especial énfasis en subcontratación y suministro de trabajadores. En segundo lugar, analizaremos este sistema con posterioridad a la dictación de la Ley N° 20.123, a través del articulado de esta ley, aportando los datos y comentarios necesarios desde la historia de la ley, desde un punto de vista teórico o doctrinal, o desde la práctica.

A continuación, en el tercer capítulo de nuestro trabajo, identificaremos los derechos y libertades de los trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios, derivados de las normas y directrices del



Derecho Internacional, lo que hace necesario estudiar previamente la estructura y funcionamiento de la O.I.T. y, en especial, el contenido de las reuniones 85° y 86°, sus informes, convenio y recomendación. Luego, nos abocaremos a analizar cada uno de estos derechos y libertades en cuanto a su consagración, enunciación y configuración, con el objeto de determinar cuáles de ellos se han consagrado de un modo satisfactorio y cuáles experimentan grietas o vacíos que dificultan su pleno ejercicio en el contexto de la nueva ley. Cuando sea necesario analizaremos soluciones que el Derecho Comparado nos ofrece respecto a los problemas detectados, aportando ideas y puntos de vista diferentes para el debate y la generación de propuestas alternativas a las soluciones que el Derecho Nacional otorga.

Finalmente, en las conclusiones, procederemos a elaborar respuestas a las interrogantes que motivaron el presente trabajo, satisfaciendo los objetivos que nos hemos planteado, además de generar propuestas a la luz del análisis realizado a lo largo de todo el estudio.

Además, se incluirá documentación relevante para esta investigación a modo de anexos.

# **CAPÍTULO I**

## **LA FLEXIBILIDAD LABORAL**

### **1.1. Hacia un concepto de flexibilidad laboral**

#### **1.1.1. Consideraciones previas**

Tratar de abordar la materia de flexibilidad laboral es una tarea más bien amplia y compleja. La sola noción de flexibilidad como algo plástico, adaptable, nos indica, desde ya, que estamos en presencia de un tema vasto.

Crear que acotarla a la flexibilidad laboral, y desde allí, a la flexibilidad laboral en el Derecho Nacional, implica una simplificación y es un error, por cuanto para llegar a ella, necesitamos repasar, desde lo más general del fenómeno, pasando revista a la más variada gama de conceptos, leyes y demás antecedentes, para poder arribar al objeto de nuestro estudio, los derechos laborales en Chile desde el cariz de la flexibilidad laboral, y luego al objetivo de nuestra investigación, a saber, analizar críticamente el sistema de flexibilidad laboral en Chile a la luz de los principios, normas y directrices de la Organización Internacional del Trabajo, en lo referente a los trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios.

Parece casi un lugar común señalar que, a pesar de lo reciente de los estudios respecto al fenómeno de la flexibilidad laboral, ésta se encuentra presente, tanto en el Derecho Comparado como en el nuestro, desde hace ya algún tiempo.

Lo cierto es que la flexibilidad laboral admite diversos acercamientos científicos, ya sea desde el punto de vista de quién la aplica o ejerce, quién o cómo la regula, sus fundamentos, su finalidad, etc. Sin embargo, dar con una definición del término es más bien difícil.

Aventuramos, a modo introductorio, señalar que las herramientas de que disponen las partes de una relación laboral para modificar los distintos elementos de ella (jornada laboral, configuración de salario, contratos especiales) o incluso para modificar la relación misma entre ellas (suministro de personal, subcontratación) conforman, en su conjunto, un sistema de flexibilidad laboral.

Flexibilidad laboral, por tanto, será toda posibilidad de que disponen las partes de una relación laboral, para relativizar su contenido.

Esta conceptualización, aunque amplia, intenta despojar al concepto de asociaciones benéficas en cuanto a su finalidad que no quedan a priori justificadas. Así, cuando Acevedo Cognian y Valera Millas<sup>2</sup> señalan que “la flexibilidad se manifiesta como un conjunto de posibilidades que tiene el empleador de manejar sus recursos humanos, de modo tal, que pueda hacer frente a las cíclicas crisis que puedan afectarlo”, queda meridianamente claro que la flexibilidad laboral, desde un punto de vista empresarial, engloba un conjunto de facultades para manejar la fuerza de trabajo entendida como un recurso más (el recurso humano), pero no se logra establecer el por qué estas posibilidades serían usadas sólo para manejar crisis, dado que, por definición,

---

<sup>2</sup> ACEVEDO COGNIAN, Maximiliano, VALERA MILLAS, Constanza. La flexibilidad numérica externa en la legislación laboral chilena. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. 160 h. p. 6

la empresa siempre debe regirse por una política de reducción de costos y maximización de beneficios.

Estas herramientas pueden tener su origen tanto en el Estado (en la ley), como en los particulares, fuera de la regulación pública<sup>3</sup>.

Desde esta perspectiva, queda claro que el fenómeno flexibilizador es más bien antiguo, puesto que desde el primer contrato laboral, en que, por ejemplo se pactó remunerar a un vendedor en proporción a sus ventas, o se acordaron determinadas reglas de descansos o jornadas distintas a las del uso común o, con posterioridad, a las que enmarcaba la ley, existió flexibilidad laboral.

Este punto de partida exige desmenuzar el concepto, estudiar sus distintas manifestaciones y clasificaciones, establecer las distintas fórmulas que se han propuesto para entenderlo, y analizar los fundamentos y las tensiones que se producen en estos temas, no carentes de polémicas.

Cabe aquí, desde ya, advertir al lector que, habida cuenta de la importancia del análisis económico para explicar, justificar y hasta proponer respecto al tema, esta investigación es una investigación de Derecho, lo que implica que cada uno de estos puntos debe, a nuestro juicio, incluir un componente de análisis que se echa en falta en algunos trabajos de investigación, a saber, el moral.

---

<sup>3</sup> Al tomar el ejemplo del suministro de personal, antes de la dictación de la Ley N° 20.123, este punto resulta evidente, puesto que, sin existir ley en nuestro Derecho que lo amparase, e incluso contra la interpretación sistemática de la Dirección del Trabajo, esta figura existió de facto, existiendo, por ende, esta práctica flexibilizadora sin entrar a discutir su legitimidad, lo cual será analizado más adelante.

Entendiendo la relevancia que lo económico reviste para el desarrollo de nuestro trabajo, no podemos olvidar que las normas, específicamente las jurídicas, y particularmente las que conforman el Derecho del Trabajo, poseen una sustancia, un objetivo y un contenido que exceden la disciplina de lo económico. Sin ánimo de caer en una especie de neo-iusnaturalismo, resulta fundamental para el desarrollo de nuestra investigación determinar qué entendemos por Derecho del Trabajo. Si despojamos al Derecho del Trabajo de su componente moral, y nos limitamos a entenderlo como el conjunto de normas que regula la relación laboral, efectivamente el principal (por no decir el único) filtro por el que debemos pasar los temas que se abordarán, sería el económico. Al contrario, si entendemos que el Derecho del Trabajo surgió como un límite público para resguardar estándares mínimos de igualdad en relaciones jurídicas que por naturaleza no la tienen, y que esa aspiración se renueva constantemente en el tiempo, en la medida que las mismas relaciones varían, es necesario estudiar, analizar y entender cómo los fenómenos flexibilizadores modifican este componente aspiracional o, si se prefiere, teleológico de la norma, e incluirlo en el estudio de la validez de estas prácticas.

Estas consideraciones son, si se quiere, idealistas.

Las normas jurídicas, como las prácticas, no sólo deben responder a una concepción y justificación utilitarista de ellas, también deben responder a una noción de justicia, se mejore o no el bienestar promedio de la sociedad<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Nos apoyamos en este punto en: DWORKIN, Ronald. Los Derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel, 4º Reimpresión, 1999. 508 h. En particular en su capítulo 9º, en el que, a propósito de las políticas de admisión de las universidades norteamericanas, y el análisis de dos casos particulares; señala lo siguiente: "En primer lugar, hay dos sentidos distintos en los que puede decirse que una comunidad como tal está mejor, pese al hecho de que algunos de sus miembros están peor, y cualquier justificación debe especificar a cuál de los dos sentidos se refiere. Puede estar mejor en un sentido utilitarista, es decir, porque el nivel promedio –o nivel colectivo- de bienestar en la comunidad mejore, aunque decaiga el bienestar de algunos individuos. O puede estar mejor en un sentido ideal, es decir, porque es más justo o de alguna otra manera se aproxima más a una sociedad ideal, se mejore o no el bienestar promedio".

Así como no es posible eludir la cuestión moral en la materia que nos convoca, tampoco lo es su vinculación con los Derechos Fundamentales.

La relación evidente entre el Derecho del Trabajo y nuestra Carta Fundamental, dada la consagración específica de garantías constitucionales que dicen relación con aquel (libertad de trabajo y su protección, justa retribución, no discriminación, negociación colectiva, derecho de sindicación, etc.), hace necesario el relevar la aplicabilidad del resto de las garantías fundamentales a los trabajadores. En efecto, las garantías contenidas en el artículo 19 de nuestra Constitución Política, tienen una ambición de aplicabilidad universal, para todas las personas: el que una persona adquiera el estatus de trabajador, no lo inhibe de ser destinatario de esas garantías. Si bien esta consideración pudiera parecer obvia a primera vista, no lo es cuando observamos que detrás de ella existe un largo camino conceptual y doctrinario, exigido precisamente por el hecho que la relación laboral no se ajusta a la clásica relación de derecho privado que asume una simetría entre las partes, sino que constituye, en el fondo, un vínculo de subordinación, una relación de poder entre un sujeto privado sobre otro. Y es este derrotero doctrinal el que permite en la actualidad afirmar que “La Constitución contempla un importante catálogo de otros derechos fundamentales en su artículo 19, que no son propiamente laborales sino que se vinculan a la calidad de persona del trabajador, como la integridad física y psíquica de la persona, el respeto y la protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de los cultos y la

---

Prosigue señalando que “Los argumentos utilitaristas tropiezan con una dificultad especial que no encuentran los argumentos idealistas. ¿A qué se alude al hablar de bienestar general o colectivo? ¿Cómo se puede medir el bienestar de un individuo, ni siquiera en principio, y cómo se pueden sumar los logros en bienestar de diferentes individuos para luego compararlos con pérdidas, que permitan justificar la afirmación de que, globalmente, los logros exceden en importancia a las pérdidas?”. p. 339

libertad de emitir opinión e informar sin censura previa”<sup>5</sup>, sin que ello provoque mayores polémicas.

Esta vinculación entre garantías constitucionales inespecíficas<sup>6</sup> y trabajadores es lo que se ha denominado ciudadanía en la empresa<sup>7</sup>.

La construcción del concepto de Ciudadanía en la Empresa también pierde su obviedad e inocencia inicial cuando advertimos que sus consecuencias no son inocuas. En efecto, si consideramos que la legislación laboral debe pasar, además del filtro de garantías constitucionales específicamente laborales, por el que suponen el resto de las contenidas en el artículo 19 de la Carta Fundamental, ello exige una disciplina legislativa mayor, por decirlo de algún modo.

Concretamente, si la legislación ha consagrado las empresas de servicios transitorios y regulado específicamente el régimen de subcontratación, originando de este modo dos nuevas categorías de trabajadores, será interesante el análisis de éstas, a la luz de nuestras garantías constitucionales como, por ejemplo, la de igualdad ante la ley consagrada, entre otras fórmulas, con la máxima que indica: “En Chile no hay persona ni grupo privilegiados”<sup>8</sup>. Evidentemente, las nuevas categorías de trabajadores no podrían ser privilegiadas respecto del trabajador tradicionalmente considerado, pero ¿qué sucede si la interpretación que hacemos del texto es “a contrariu sensu”, vale decir, que los trabajadores tradicionalmente considerados no pueden representar una categoría privilegiada respecto de las nuevas categorías de

---

<sup>5</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Ciudadanía en la empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004. 77 h. p. 15

<sup>6</sup> Inespecíficas porque no han sido consagradas teniendo en mente a los trabajadores como destinatarios específicos o exclusivos de ellas.

<sup>7</sup> Al respecto véase GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Op. Cit.

<sup>8</sup> Artículo 19 N° 2, inciso primero. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Santiago, Editorial Jurídica Manuel Montt S.A., 2006. 160 h. p. 16

trabajadores (subcontratados y de empresas de servicios temporales)? Sin adelantar mayores conclusiones, parecería lógico que la igualdad debería manifestarse en cuestiones básicas, como la de salario ante labores equivalentes, o en el ejercicio de garantías específicas, como la libertad de sindicación, en maneras concretas que aseguren la posibilidad del ejercicio de este derecho. El análisis riguroso de estas cuestiones se desarrollará en el tercer capítulo de este trabajo.

Lo que sí queremos dejar desde ya asentado, es que las relaciones entre los derechos consagrados por la legislación específica y los contenidos en nuestra Constitución sí existen, y que éstas son dinámicas y que, por cierto, no son unívocas o unidireccionales. Decimos esto porque es necesario precisar que, al tiempo que la garantía de igualdad contenida en la Carta Fundamental informa las consideraciones que hagamos de los derechos específicos y hasta cierto punto los condiciona, como vimos en nuestro ejemplo anterior, también lo hacen el resto de ellas, configurando un entramado rico y complejo de relaciones normativas, que es necesario tener en mente a la hora de desarrollar nuestro análisis, y que se individualizan para el sólo efecto de facilitar su comprensión.

Ha sido necesario y pertinente el plantear estas consideraciones, pues ellas, entre otros elementos de juicio, iluminarán el tratamiento de los tópicos más específicos que serán abordados en el resto de este trabajo.

### **1.1.2. Tipos de flexibilidad**



No es del todo sencillo tratar sobre flexibilidad sin la asociación del adjetivo laboral. Sin embargo, cabe preguntarse si ésta última (la flexibilidad laboral) constituye un concepto acuñado autónomamente por la disciplina que lo trata, vale decir, que es un fenómeno aislado o si, más bien, es una consecuencia, o se encuentra de algún modo hermanado con procesos flexibilizadores en otras áreas que se relacionan con la laboral.

Nos inclinamos por esta segunda tesis, dado que la sola concepción de un sistema de flexibilidad laboral exige la existencia de ciertos presupuestos que en épocas anteriores o en otras latitudes no se manifiestan.

En una economía autárquica, por ejemplo, sería impensable concebir un proceso de ésta índole. Así también sucedería en un Estado que controlara monopólicamente los procesos productivos, en la medida que las políticas del mismo no dieran pie a la presencia del fenómeno.

Por lo tanto, cabe preguntarse, ¿qué presupuestos se dan hoy por hoy, que han permitido el surgimiento de este proceso?

La idea de flexibilidad laboral requiere de ciertos presupuestos, que dicen relación básicamente con flexibilidad en áreas claves:

#### **1.1.2.1. Flexibilidad en los procesos económicos**

El imperio de las ideas derivadas del liberalismo económico, que a su vez deriva del liberalismo político, constituyen el terreno fértil para el surgimiento de la flexibilidad laboral, y casi un elemento básico para su concepción. La presentación de la libertad individual como antagónica del poder público, permite concebir esferas en que aquella debe campar, sin la odiosa intervención del Estado. Los hombres son libres para determinar sus relaciones, sean personales, sean jurídicas, laborales o de cualquier otra índole y, por lo tanto, la relatividad en el contenido de esas relaciones, requiere necesariamente el reconocimiento previo de esta libertad.

A su vez, el liberalismo económico provee justificaciones al establecimiento de la flexibilidad, al mover el centro de las prioridades normativas desde el establecimiento de garantías irrenunciables hacia la necesidad de fomentar la competitividad económica, proveyendo, en lo posible, las herramientas necesarias para garantizarla. En este sentido, se entenderá la flexibilidad laboral como un conjunto de mecanismos vigorizantes de la economía y como una estrategia de desarrollo antes que un menoscabo de garantías de los trabajadores. Esto, por cierto, requiere de la penetración de las ciencias económicas en el Derecho, particularmente en el Derecho Laboral, erosionando principios básicos de su concepción tradicional, así como el modo de entenderse o situarse a sí mismo en el contexto de las ciencias del conocimiento<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> “La teoría es la versión tradicional de un derecho laboral protector del trabajador, que se expresa en dos principios básicos: el principio protector y el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Esta concepción ha sido generalmente entendida muy autónomamente de otras variables que pueden incidir en la relación de trabajo. **Especialmente, se le concibe con independencia respecto de la variable económica. Cualquiera fuera la ideología predominante en materia económica, se ha entendido al derecho del trabajo con independencia de la economía, y podría aún pensarse en una suerte de valoración de lo social por sobre lo económico.**” ERMIDA URIARTE, Óscar. La flexibilidad en algunas experiencias comparadas. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. La Transformación del

### **1.1.2.2. Flexibilidad en los procesos productivos**

La necesidad de competir se releva en la medida que exista competencia. Una economía completamente centralizada y autárquica no genera esta necesidad, ergo, no provoca el cambio de eje de la producción, desde la necesidad de generación de bienes y servicios necesarios, hacia la de generación eficiente de bienes y servicios. Se hace necesaria, entonces, la preexistencia de mercados competitivos y de producción más o menos atomizada para entender al trabajador como una variable de costo más, que debe regirse, como todas las demás, pro el principio de maximización de beneficios. Interesante será relacionar lo dicho aquí con lo que se señalará más adelante al analizar la flexibilidad laboral en base a la perspectiva económica.

### **1.1.2.3. Flexibilidad en los procesos políticos**

La flexibilidad laboral, si pretende ser un proceso, debe necesariamente validarse en estados democráticos. Esto pareciera ser una falacia, considerando, sin ir más lejos, el caso chileno, en que el proceso flexibilizador comienza con fuerza en medio de un régimen dictatorial. Sin embargo, lo que queremos significar es que si bien el proceso flexibilizador puede tener un origen espurio, su validez derivará sólo de su renovación constante y periódica en el tiempo, manifestada en la elección de autoridades que crean en él y en su mantenimiento o desarrollo.

De más está decir que muchas instituciones y prácticas propias de regímenes autoritarios, o nacidas en ellos, no los sobreviven, precisamente por el hecho que el pueblo soberano no les asigna la validez en el tiempo que estos requieren para derivar en procesos.

#### **1.1.2.4. Flexibilidad en los procesos normativos**

Es interesante observar que la conceptualización de la flexibilidad laboral se ve exigida también por la presencia de un ordenamiento jurídico que establece límites a la parte fuerte de una relación laboral, es decir, por la existencia del Derecho Laboral; no sería necesario elaborar una teoría de flexibilidad si es que estos límites no existieran, bastaría solamente la ejecución de políticas flexibilizadoras sin necesidad de verse apoyadas mayormente por razones que las justifiquen. En este sentido, la introducción de medidas flexibilizadoras responderá a una “contrateoría” que contradice a la visión tradicional del Derecho del Trabajo<sup>10</sup>.

Así, pues, observamos que la flexibilidad laboral no constituye un proceso autónomo, ni en el tiempo, ni en relación con las demás áreas de la vida social. Al contrario, se nutre y depende de la presencia de elementos flexibilizadores en ellas.

---

<sup>10</sup> A propósito de procesos flexibilizadores en América Latina, Ermida Uriarte nos señala: “Sin embargo, a partir de 1988 aparece en América Latina una tendencia a introducir medidas de flexibilización en la legislación. ¿A qué responde esto?”

Responde a la contrateoría, a la otra versión que contradice la visión unilateralmente protectora del Derecho del Trabajo. Una contrateoría que parte de una crítica económica o economicista al proteccionismo laboral y que sostiene, por expresarlo resumidamente, que la protección o el exceso de protección produce un efecto inverso al querido, generando desinversión o desempleo, desarticulando la creación de nuevos puestos de trabajo”. Op. Cit. pp. 32-33

Si bien señalamos que desde el primer acuerdo en que se pactaron condiciones laborales diferentes al estándar, existió flexibilidad laboral, toca aquí plantear sus orígenes desde un punto de vista normativo.

### **1.1.3. Antecedentes generales de la flexibilidad laboral**

En esta parte nos concentraremos en las experiencias europeas y latinoamericana, por su utilidad al momento de comparar una y otra experiencia, en pos de ir comprendiendo lo que es la flexibilidad laboral.

#### **1.1.3.1. Europa y América Latina**

El movimiento flexibilizador europeo se concentra en la década de los ochenta, predominando el recurso a la flexibilización de la contratación y de la jornada de trabajo<sup>11</sup>.

A la primera clase corresponde la normativa española, concentrada en los años 1984 y 1985, que establece diversas modalidades de contratación precaria, las que pueden clasificarse en tres grupos tipológicos<sup>12</sup>: contratos temporales, contratos a tiempo parcial y contratos estables o de tiempo indefinido, distintos del contrato-tipo, por el auxilio económico que reciben del Estado en forma de subvenciones o bonificaciones destinadas a los empresarios contratantes.

---

<sup>11</sup> Op. Cit. p. 38

<sup>12</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia, citada en GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La flexibilidad laboral. Santiago, Cuadernos Jurídicos N° 5, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 1996. 51 h. p. 19-20

Respecto a la segunda clase, Ermida Uriarte la caracteriza como un “empate decoroso” de la tensión producida por las aspiraciones sindicales de reducción de la jornada de trabajo y las pretensiones empresariales de mayor libertad de disposición a la hora de determinar sus necesidades de utilización de mano de obra. En este sentido, la flexibilización se adoptó por virtud de pactos colectivos antes que por normas estatales que la impusieran.

Y este último punto es fundamental, dado que la fuente formal de la operación de la flexibilidad laboral en el continente europeo ha sido a través del pacto social y/o del contrato colectivo por rama de actividad, los que no se reducen a materias de contratación y jornada de trabajo, sino que también, aunque en menor medida, a materias de despido, salarios y movilidad de los trabajadores<sup>13</sup>.

En América Latina, en cambio, la fuente normativa de flexibilización, por excelencia, ha sido la ley, en un sentido amplio del término. El antecedente, aquí, sería la Ley 1/1986 de Panamá, llamada de reforma laboral, “que amplió el período de prueba de contratos precarios de 2 a 3 meses y estableció franquicias laborales para determinadas empresas, enfocadas en flexibilización salarial a la baja y precarización de los trabajadores a domicilio, al excluirlos del ámbito de aplicación de la norma laboral<sup>14</sup>.

Las normas contenidas en esta ley habrían inspirado la adopción de medidas semejantes en otros países. Así, la Ley de Reforma Laboral de Colombia (Ley 50, de 28 de diciembre de 1990), la Ley 133, de 1991, en

---

<sup>13</sup> De acuerdo con Ermida Uriarte, “La flexibilidad es una normativa colectiva, y cuando excepcionalmente viene impuesta por ley, resulta ser sindicalmente controlada”. ERMIDA URIARTE, Óscar. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit. p. 41

<sup>14</sup> Op. Cit. p.46

Ecuador, y los decretos legislativos del Perú, concentrados hacia fines de 1991<sup>15</sup>.

Mención aparte merece el caso chileno, en el que la flexibilización encarna en el denominado “Plan Laboral”, iniciado en los años setenta. Siguiendo a Ermida, lo que para algunos sería el caso típico de desregulación salvaje, para otros queda excluido de consideración jurídica, tanto como modelo de flexibilización como de desregulación, en atención al contexto y extremismo de la experiencia<sup>16</sup>. Con todo, no podemos eludir el análisis de las normas que configuraron al ya citado plan laboral, el que se verificará al momento de analizar nuestro propio sistema de flexibilidad laboral.

Así caracterizadas, ambas experiencias de flexibilización parecen profundamente asimétricas. Del otro lado, sus justificaciones parecerían ser las mismas. Estas diferencias obedecen, por una parte, al ámbito normativo de implementación de la flexibilidad y, por otra, a las condiciones en las que esta implementación se opera.

---

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> *Op. Cit.* p. 45

### **1.1.3.2. Diferencias entre estas experiencias**

En Europa, el proceso flexibilizador se articula e introduce en virtud de la negociación colectiva y/o el pacto social. En América Latina, en donde los Estados surgen antes que las naciones, el proceso se vivencia como una imposición estatal unilateral.

Esta diferencia fundamental explicaría, a su vez, las diferencias en cuanto a los contenidos de una y otra flexibilización, así como el rol que juega el Estado en cada uno de ellos.

Mientras en Europa la flexibilización se enfoca en materias de contratación y de jornada de trabajo, en América Latina, en cambio, “los mayores embates flexibilizadores o desreguladores se han abatido sobre la denominada flexibilidad externa y -dentro de ella- sobre la de entrada, fomentando la contratación precaria. Hay unos pocos casos de flexibilidad de la jornada, muy pocas previsiones jurídicas de verdadera flexibilidad salarial y casi ninguna de movilidad interna. Lo que sí ha cundido, es la desmejora impuesta, de hecho o de derecho, especialmente -aunque no exclusivamente- en materia salarial”<sup>17</sup>.

A primera vista, las materias no parecen muy divergentes. Sin embargo, y siguiendo a Ermida, se pueden apreciar a este respecto al menos dos diferencias sustantivas: la primera dice relación con el hecho que mucho de lo que se flexibilizó en Europa, a la hora de ser introducido en América Latina, no existía; la segunda tiene que ver con los contenidos dentro de los distintos tipos de flexibilidad.

---

<sup>17</sup> Op. Cit. p. 53



Así, mientras en Europa la flexibilidad en la contratación refiere a un sistema integrado de limitación del trabajo temporal y suministrado, existencia de servicios públicos de colocación, seguros de desocupación, injerencia de los sindicatos en la gestión de los servicios de empleo, etc., en América Latina dicho sistema simplemente no existía en su momento, lo que implica que los contenidos dentro de los distintos tópicos flexibilizadores sean distintos, toda vez que lo que para unos sería parte de un sistema integrado y más o menos equilibrado, para otros sería simplemente una precarización de las condiciones de trabajo<sup>18</sup>.

En cuanto al rol del Estado, en Europa fue el de promotor del diálogo y de la posibilidad de negociar soluciones consensuadas a los desafíos que proponía el proceso flexibilizador: de esta manera, se obtiene una adaptación de la norma laboral negociada colectivamente antes que la mera derogación de las normas preexistentes, a las que en cambio se le superponen los acuerdos adoptados vía negociación o pacto social.

Pero además, adopta una posición activa, en la implementación de políticas de fomento y promoción del empleo, sea por vía de incentivos, sea por vías de franquicias y demás beneficios tributarios.

---

<sup>18</sup>Así, al referirse específicamente al modo de concebir la flexibilidad de la jornada de trabajo, Ermida señala: "La flexibilización de la jornada supone, en Europa, la reducción de la duración del trabajo, mientras en Latinoamérica se propone el aumento del tiempo de trabajo, o en todo caso nadie propone trabajar menos. La flexibilización salarial en Europa, supone una modificación de mecanismos de ajuste automático que no existen entre nosotros, y la incorporación de formas variables de remuneración, las que, en muchas industrias latinoamericanas, como la textil, eran ya mucho más extendidas aquí, que en el mundo desarrollado". Op. Cit. p. 44

Por último, el Estado mantiene su estructura de seguridad social fuerte, intentando cubrir aquellos espacios a los que no llegan los beneficios de la flexibilización.

En América Latina, el Estado juega un rol determinante en el proceso flexibilizador, puesto que constituye prácticamente la única fuente de introducción de medidas de este tipo en los distintos sistemas. Sin embargo, su papel antes que articulador es impositivo, puesto que aplica el modelo flexibilizador desde arriba, modificando la legislación en la materia, por vía de reforma o de mera desregulación. Por otro lado, no asume en un principio políticas de fomento del empleo y, por último, en nuestro continente no existe un sistema de protección social que pueda equipararse al europeo.

Tal como señaláramos en párrafos anteriores, la flexibilidad laboral no constituye un fenómeno aislado ni autónomo, sino que requiere, para devenir en proceso, la concurrencia de ciertas condiciones que lo hagan sustentable en el tiempo.

En este punto, también se presentan diferencias entre Europa y América Latina puesto que, a la hora de implementar medidas de flexibilización, las condiciones presentes en uno y otro caso son bien distintas. Ermida identifica tres diferencias fundamentales entre ambos continentes, a tal punto importantes, que “descalifican como verdadera “flexibilización” a muchas iniciativas adoptadas en países de nuestra región”<sup>19</sup>.

En primer lugar, existen diferencias en cuanto a los estándares de vida de los trabajadores en ambos continentes<sup>20</sup>. La implementación de medidas de flexibilidad laboral suponen un menoscabo a prerrogativas y derechos de los

---

<sup>19</sup> Op. Cit. p. 42

<sup>20</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La flexibilidad laboral. Op. Cit. p. 22

trabajadores (ya sea por vía de una reducción salarial, un acomodo en lo que concierne a la jornada de trabajo, una reconfiguración en el ejercicio de determinados derechos, etc.). La diferencia a este respecto radica básicamente en que las condiciones de vida del trabajador europeo son tales, que posee un margen de disposición de estas prerrogativas y derechos, sin que ello altere de un modo profundo su estatus o modo de vida. Sin embargo, el trabajador latinoamericano no dispone de dicho margen<sup>21</sup>, por lo que es mucho más sensible, por decirlo de algún modo, al menoscabo de derechos o garantías que supone su asimilación a medidas de flexibilización.

Ante la evidencia de esta desigualdad, cabe el cuestionarse respecto del poder negociador del que dispondrá un trabajador que no posee un estándar de vida más o menos asegurado, de lo que deriva en una segunda diferencia de fondo, relativa al grado de protección de los asalariados<sup>22</sup>.

En efecto, intentando seguir la lógica economicista detrás de las proposiciones de flexibilidad, podemos señalar que su procedencia se justifica fundamentalmente por dos tipos de razones: ya sea por la necesidad de ajustar los modos de producción para hacerlos más eficientes y así enfrentar crisis económicas o de competitividad, ya sea por la conveniencia social que implica el aumento de la empleabilidad de los sistemas que adoptan normas de flexibilidad. Cualquiera fuese la razón económica sobre la que descansa la flexibilidad, en su núcleo encontramos un fundamento de tipo excluyente: la flexibilidad laboral se justifica porque en virtud de su implementación todos ganan. En efecto, ganan los empresarios, al disminuir sus costos de producción, ganan los trabajadores al aumentar sus niveles de libertad a la hora

---

<sup>21</sup> Ermida llega a cuestionarse si es éticamente aceptable pretender un sacrificio de ésta índole a un trabajador que no posee este margen de disposición. ERMIDA URIARTE, Óscar. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit. p. 42

<sup>22</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La flexibilidad laboral. Op. Cit. p. 22

de contratar, gana la fuerza de trabajo de baja empleabilidad en un sistema rígido de legislación laboral, al encontrar nuevas fuentes de contratos que se adaptan a ellos, permitiéndoles incorporarse a la fuerza de trabajo activa, ganan los aparatos gubernamentales, al permitirles descargarse de los costos que implican las políticas de contratación, ampliamente utilizadas y difundidas en esta parte del continente. La lógica normativa que subyace en estas justificaciones y explicaciones es la del análisis económico del derecho y ésta, a su vez, se apoya fuertemente en dos concepciones de largo alcance: la teoría de juegos y la teoría de negociación.

De conformidad con estas concepciones, los equilibrios entre las partes o los participantes se alcanzan cuando se arriba a un acuerdo satisfactorio para todas ellas. Todo participante cuenta con un piso y un techo de negociación, y el punto de equilibrio indefectiblemente se encontrará en un punto intermedio entre ambos, en concordancia con los tramos piso-techo de todos los participantes. Por lo tanto, la flexibilidad implicará para todos el ceder algo a cambio de algún beneficio. Hasta aquí, queda claro que el sistema debe beneficiar a todos: ningún miembro participante estará dispuesto a ceder algo que lo ubique por debajo de su situación “piso”, y por lo tanto, generalmente considerados, estarán en una situación superior a la que no habrían podido arribar de no mediar negociación. Sin embargo, en este punto nos encontramos con dos dificultades de grueso calibre: la primera es que los procesos de flexibilización en América Latina distan mucho de ser negociados, como ya hemos señalado precedentemente, por lo que no ahondaremos en este asunto. La segunda, dice relación con el punto de equilibrio y es la siguiente: cómo podrá arribar a un acuerdo satisfactorio y conveniente un participante que no goza ni de margen de negociación ni de poder de negociación. En efecto, el equilibrio de los acuerdos supone también cierta equiparación en las partes negociadoras, o bien la presencia de un elemento que ayude a la equiparación

de las partes, pero además supone que hay materias sobre las que se puede negociar. Dicho esto, queda establecida la duda de que la parte débil de este juego, el trabajador, logre un acuerdo satisfactorio si no posee: 1) poder de negociación y 2) no tiene realmente con qué negociar.

Una segunda diferencia identificada por Ermida, dice relación con la eficacia real que tendrá en el mejoramiento de la eficiencia productiva la implantación de sistemas de flexibilización laboral<sup>23</sup>.

Esta diferencia tiene que ver con una de las justificaciones esgrimidas a favor de la flexibilidad, a saber, el mejoramiento de la competitividad de las empresas, al disminuir significativamente sus costos de producción. Ermida pone de manifiesto la dramática diferencia entre la incidencia de los salarios en el PIB de uno y otro continente, y nos ilustra con una cifra concreta: la de Perú, en la que el peso del salario en el costo total de producción de la industria manufacturera es del 7%. Así las cosas, queda claro que por más “grasa”<sup>24</sup> que tenga una empresa, particularmente una del rubro manufacturero en Perú, existen costos de mucho mayor incidencia a los que se puede y debe echar mano antes que al de mano de obra a la hora de disminuir los costos de producción.

La importancia de esta diferencia radica no sólo en la constatación evidente de las desiguales condiciones de relevancia económica de la clases trabajadoras en sus respectivos índices macroeconómicos, sino porque ataca directamente uno de los argumentos más difundidos de justificación de la introducción o mantenimiento de medidas de flexibilidad laboral, a saber, el mejoramiento sustantivo de la eficiencia a la hora de producir.

---

<sup>23</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit. pp. 42-43

<sup>24</sup> Este término es comúnmente utilizado en los círculos empresariales para significar el conjunto de ineficiencias económicas presentes en determinada empresa, industria o sector, y en particular se utiliza para significar el exceso de personal, o su ineficiencia.

La tercera diferencia identificada por Ermida ya ha sido tratada en párrafos anteriores, y si bien tiene que ver con aspectos normativos, también lo tiene con las condiciones de implementación de medidas de flexibilidad. Esta diferencia radica, en primer lugar, en la inexistencia de determinados institutos flexibilizados en Europa; en segundo lugar, con el entendimiento de instituciones que sí existen en ambos continentes, de un modo muy diferente en uno y otro. En este sentido, los sistemas latinoamericanos se encontrarían en la paradoja de querer flexibilizar pero no tener sobre qué hacerlo.

Podemos agregar una cuarta diferencia, también abordada anteriormente, dice relación con la fuente normativa de la flexibilidad. Al igual que la anterior, sus implicancias no son sólo normativas, puesto que sus efectos dicen relación con el sustento mismo del proceso flexibilizador.

Si en Europa la fuente de la flexibilidad laboral ha sido básicamente la negociación y el acuerdo, en América Latina este proceso se ha introducido casi exclusivamente por medio de la potestad normativa del Estado. Las implicancias de esta diferencia no son meramente retóricas, de técnica normativa, o de forma, sino que son fundamentalmente de fondo, puesto que las consecuencias de uno y otro camino son también distintas. Mientras en una, estos efectos serán, al menos en teoría, medianamente deseables por las partes, en la otra estos efectos por lo general implican un menoscabo de una sola de las partes, o bien, al menos, es no es posible constatar a ciencia cierta si ellos han sido deseados por la parte trabajadora. Quedaría en duda, por tanto, la sustentabilidad de un proceso flexibilizador que no emana del pacto social, sino que de la decisión unilateral de la autoridad legislativa, pero más aún, queda en duda su legitimidad, al ser un tercero el que dispone respecto de derechos que se suponía irrenunciables.

En su texto “La Flexibilidad Laboral”, Gamonal<sup>25</sup> identifica otra diferencia, corolario de lo hasta aquí señalado, y es la que se manifiesta en los grados de protección social que gozan los asalariados de uno y otro continente. Mientras en Europa podemos constatar la presencia de un “colchón protector”<sup>26</sup>, en América Latina no tenemos igual suerte. Tal es así que en nuestro propio país el debate político recién se centra hoy en la necesidad de mejorar las condiciones y garantías de la seguridad social, no para alcanzar estándares del mundo desarrollado, sino siquiera para alcanzar un mínimo “digno”. Es lo que se pretende con las reformas al sistema de pensiones, que están en el parlamento, nacidas de la comisión Marcel.

Así las cosas, queda de manifiesto la existencia de profundas diferencias entre las realidades de ambos continentes, cabe sí el cuestionarse si las que dicen relación con aspectos más bien normativos que de calidad de vida se mantienen hasta hoy, o si han sido salvadas de alguna manera con el correr de los años. En el capítulo tercero, al analizar los derechos y libertades de los trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios, podremos dilucidar un poco esta cuestión.

Lo que sí queda claro, es que las realidades entre ambas latitudes son tan disímiles que un trasplante normativo parecería inviable.

---

<sup>25</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La flexibilidad laboral. Op. Cit. p. 22

<sup>26</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit. p. 45

#### **1.1.4. Argumentos a favor de la flexibilidad laboral**

Sin perjuicio de la disimilitud de realidades revisada en párrafos anteriores, las justificaciones para la introducción o profundización de medidas flexibilizadoras han sido similares, fundamentalmente de naturaleza económica que, a grandes rasgos, podemos agrupar en los siguientes argumentos:

- La flexibilidad es útil, sino necesaria para afrontar crisis económicas: Las crisis económicas, sean nacionales, regionales o globales, derivan para el sistema que las sufre en disminución de la demanda interna de bienes y servicios, lo que redundaría en una consecuente baja en la inversión y, por ende, en la producción, provocando, a la larga, desempleo. Es en este escenario, de necesidad imperiosa para el empresario, que se ve enfrentado al dilema de reducir costos o quebrar, en el que se afirma que un sistema de flexibilidad laboral permitiría hacer frente a estos embates, contribuyendo tanto a la reducción de los costos de producción como a morigerar el impacto de la crisis en la tasa de desempleo del país que la sufre. Volveremos sobre este punto al analizar la flexibilidad laboral en base a la perspectiva económica.

- La flexibilidad laboral aumenta la eficiencia en la producción de bienes y servicios: En un mercado que ha devenido en global, el empresario o productor enfrenta no sólo la competencia interna, sino que además la externa, tanto en su mercado local como en el intento de introducir su producción en mercados extranjeros. En este escenario, un marco regulatorio laboral rígido encarece los



ajustes de producción que la competencia en el mercado global exige, constituyendo la flexibilidad laboral un elemento de competitividad productiva.

- La flexibilidad laboral contribuye a la disminución de las tasas de desempleo: De base económica, este argumento proyecta un beneficio social, al asegurar que las medidas de flexibilidad contribuyen al aumento de la empleabilidad, particular o especialmente respecto de aquellos sectores de menor inserción en la fuerza de trabajo: jóvenes, mujeres. Un sistema de flexibilidad laboral genera las bases de su empleabilidad al crear una tipología de contratos que hacen menos onerosa su incorporación al mundo del trabajo (contratos part time), a la vez que permiten su especialización para una futura inserción plena (contratos de aprendizaje).

#### **1.1.5. Argumentos en contra de la flexibilidad laboral**

Aparejadas a estas justificaciones, se encuentran sendas críticas al sistema de flexibilidad laboral, concentradas básicamente en el cuestionamiento de la efectividad de los supuestos beneficios que acarrea la introducción de medidas de esta índole en el mundo del derecho del trabajo, así:

- No es cierto que los sistemas de flexibilidad laboral se acoten al afrontamiento de crisis económicas: En este sentido, asumiendo la obviedad que los sistemas de flexibilidad laboral implican una reducción en los costos de producción, por la vía del abaratamiento de la mano de obra, lo que se cuestiona es la perdurabilidad de los sistemas flexibles en sí, dado que éstos tienden a permanecer en el tiempo antes que volver a un estado de normalidad cuando la crisis concluye.

- Se ha cuestionado la real injerencia de la flexibilidad laboral en el aumento de eficiencia productiva: Así, Ermida Uriarte<sup>27</sup>, quien, al efectuar la comparación de los procesos flexibilizadores en Europa y América Latina, destaca la poca incidencia que tiene el salario, la mano de obra, en el costo final de un producto. Así, no se cuestiona el hecho que la eficiencia productiva aumente en virtud de la introducción de medidas de flexibilidad laboral, sino que se intenta poner de manifiesto la existencia de muchos otros factores de ineficiencia productiva de mayor injerencia que la mano de obra y que, si es la eficiencia productiva el norte de la cuestión, se debe atacar a estos antes que al factor mano de obra.

- El que la flexibilidad laboral constituya un factor relevante de disminución de las tasas de desempleo es improbable: Ermida destaca el hecho que las tasas de desempleo en los diferentes países dependen de factores tan complejos que es prácticamente imposible adjudicar un efecto “empleabilizante” a los sistemas de flexibilidad laboral.

De otro lado, analizando la propiedad que se le adjudica a la flexibilidad laboral de permitir el ingreso al mundo del trabajo a quienes tienen un más difícil acceso, siguiendo a Casas Bahamonde<sup>28</sup>, ésta ha operado en virtud del surgimiento de nuevas modalidades de contratación, clasificables en 3 grupos tipológicos: contratos temporales, contratos a tiempo parcial y contratos subvencionados por el Estado; como ya lo habíamos mencionado anteriormente. La pluralidad tipológica del trabajo, antes que el aumento de la empleabilidad, genera precariedad y disminuye la protección de los

---

<sup>27</sup> Op. Cit. p. 43

<sup>28</sup> CASAS BAAMONDE, María Emilia, citada en GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La flexibilidad laboral. Santiago, Cuadernos Jurídicos N° 5, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 1996. 51 h. pp. 19 y ss.

trabajadores, aumentando el poder empresarial y alterando el equilibrio que debe primar en las relaciones laborales.

Como se habrá podido advertir, las justificaciones a la introducción de medidas de flexibilización oscilan entre lo social y lo económico. En su componente social, normalmente se asocia la flexibilización con el aumento de la empleabilidad del país que se trate. En el juego económico, en el que la eficiencia constituye el norte y fin de todos los participantes, la flexibilidad laboral calza como una pieza clave y necesaria.

Sin embargo, el mundo laboral no es aséptico, lo constituyen personas de carne y hueso, y menos aún el mundo del Derecho del Trabajo, constituido por normas y principios aplicables a estos trabajadores, por lo que la flexibilidad laboral no puede conformarse con aprobar el examen económico, sino que también debe satisfacer uno social, además de uno jurídico. Esta materia constituirá el contenido de los capítulos siguientes.

### **1.1.6. Reflexiones en torno a las dificultades en la elaboración de un concepto de flexibilidad laboral**

De lo hasta aquí expuesto, el lector habrá podido advertir que la tarea de dar con un concepto de flexibilidad laboral resulta compleja. Su incidencia sociopolítica, la diversidad de acercamientos científicos que acepta, la divergencia de los intereses en juego, entre muchos otros factores, dificulta la adopción de un término unívoco que defina el fenómeno.

Robert Boyer<sup>29</sup>, ampliamente citado en la doctrina nacional, nos ofrece un acercamiento al concepto a partir de los objetivos que con él se persiguen, proponiendo cinco enunciados:

- La flexibilidad laboral entendida como nivel de adaptabilidad de la organización productiva.
- La flexibilidad laboral entendida como la posibilidad de movilidad de la fuerza de trabajo, desde el punto de vista del trabajador.
- La flexibilidad laboral entendida como el nivel de regulación jurídica del contrato de trabajo.
- La flexibilidad laboral entendida como la sensibilidad de los salarios a la situación económica, ya sea dentro de cada empresa, ya sea general.
- La flexibilidad laboral entendida como la posibilidad de las empresas de liberarse de las regulaciones públicas que limitan y determinan el marco de su libertad de gestión.

---

<sup>29</sup> BOYER, Robert, Y OTROS. La Flexibilidad del Trabajo en Europa. Traducción de Jesús Fernández Zulaica. Madrid, Colección Economía del Trabajo, Centro de Publicaciones, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1986. 372 h. pp. 278 a 282

Todas estas proposiciones no logran escapar de la lógica de mercado, manifestada, en general, en maneras de concebir elementos clave a la hora de entregar una definición, a saber:

- Entender el trabajo como un mercado
- Entender la mano de obra como un costo, de lo que deriva que;
- Una relación laboral, antes que un vínculo jurídico, es el mecanismo de determinación de la magnitud del costo de la mano de obra
- En definitiva, entender la flexibilidad laboral como herramienta de política económica.

Y este último aspecto es importante, puesto que el insertar un para qué en la propia definición de la flexibilidad acarrea dos dificultades.

Entender la flexibilidad como una herramienta de política económica, (como la fijación de la tasa de interés, o del tipo de cambio, por ejemplo), determina ligar su suerte, su éxito o fracaso a la consecución de los objetivos que se le adjuntan. En este sentido, la eficacia de la flexibilización se determinará por parámetros económicos (disminución de la tasa de desempleo, de los costos de producción, o ambos) antes que por variables de derechos (cumplimientos de instrumentos internacionales, equiparación de derechos de trabajadores tradicionales y de trabajadores en régimen de flexibilidad). En esto consiste la primera dificultad, puesto que no es posible desarrollar el concepto de flexibilidad sin antes verificar el efectivo cumplimiento o satisfacción de los objetivos que se le adjudican al término.

La segunda dificultad estriba en el acotamiento radical en la extensión del término que supone su asociación a “beneficios” económico-sociales. En otras palabras, entender la flexibilidad como herramienta de política económica,

implica que toda medida, para ser considerada como de genuina flexibilidad, deberá aprobar el filtro de consecución de objetivos propuestos. Ergo, si la implementación de un estatuto que regule contratos temporales, por ejemplo, comprobadamente no influye decisivamente en la disminución de las tasas de desempleo, o en el aumento de la eficiencia empresarial o, en general, a enfrentar una crisis económica, antes que una medida fracasada de flexibilidad, lisa y llanamente no puede ser considerada siquiera una medida flexibilizadora.

Admitamos que aventurar en esta línea de razonamiento es en extremo simplista. Sin embargo, deja en claro la necesidad de despojar del término flexibilidad la asociación de beneficios económicos o sociales incomprobables a priori, y que en última instancia, de ser efectivos, no pueden en caso alguno incluirse como elementos definitorios del concepto.

## 1.2. La flexibilidad laboral

### 1.2.1. Inicios y evolución (resumen)

Ya tenemos la percepción de que la flexibilidad laboral o flexibilización de los mercados del trabajo es una parte del proceso de flexibilización de las economías, y la idea misma de flexibilidad laboral se empieza a gestar como respuesta a la crisis del petróleo producida a mediados de la década del 70, ya que en las economías de los países industrializados, los mercados de trabajo tuvieron dificultades para adaptarse a los cambios que sufría la economía internacional, sobre todo con el alto precio del petróleo. Es desde este momento que la flexibilidad laboral empieza a ser concebida como una forma de enfrentar las épocas de crisis o de recesión de la economía en general. También hay que tener en cuenta que en este periodo empiezan a operar grandes cambios tecnológicos, aumenta la participación de la mujer en el mercado de trabajo, el sector terciario de la economía también sufre un aumento relativo, existe la necesidad de absorber la oferta de mano de obra y la competencia externa pasa a ser un factor decisivo<sup>30</sup>. En Europa este proceso influye y coincide con el fin del Estado de Bienestar<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Mirado desde una perspectiva más amplia, podríamos hablar aquí de los inicios de la globalización, tal como se entiende hoy en día. Para profundizar en cuanto a la relación entre globalización y flexibilización de los mercados de trabajo, se pueden consultar: USECHE, María Cristina, QUEIPO PARRA, Beatriz. La organización del trabajo en el marco de la globalización. Revista Gaceta Laboral, 8 (1): 67-77, 2002; y CAPÓN FILAS, Rodolfo. Trabajo y Globalización. Propuesta para una praxis popular alternativa. Revista Gaceta Laboral, 7 (1): 45-66, 2001.

<sup>31</sup> Al respecto ver: MARZAL, Antonio (Editor). *Crisis del Estado de Bienestar y Derecho Social*. Barcelona, Editorial Bosch, 1997. 206 h. En la presentación del libro se señala crudamente: "Ante la actual descomposición del Derecho clásico del Trabajo, correspondientemente a una previa descomposición y desintegración de las solidaridades sociales, sobre las que aquel se reestructuró, en su expresión universal o generalizada, desde el XIX, puede que la función de protección del Derecho del Trabajo clásico quede relegada sólo a la marginación social, y puede que, con ello, el Derecho del Trabajo que nació del Derecho Penal y junto al derecho Penal (libertades colectivas del XIX) vuelva de nuevo al Derecho Penal y se integre con él (marginación social del XX). Un camino oscuro que se cierra sobre sí mismo. Un oscuro presagio". p. 3. Este libro contiene informes de Francia, Inglaterra, España, Italia, Dinamarca, Alemania y Austria.

Es así que a partir de la década de los ochenta tanto en economías desarrolladas como en vías de desarrollo, se instala la idea de flexibilizar los mercados de trabajo. “Esta flexibilidad permitiría la adecuación eficiente de los recursos humanos disponibles en una empresa y se lograría mediante la reforma de las principales instituciones del derecho laboral, esto es, los contratos de trabajo, los sistemas de remuneración y la propia organización laboral”<sup>32</sup>. Como ejemplos paradigmáticos de esto último tenemos a los sistemas de fabricación flexibles (SFF) y al sistema just in time (JIT). El primero consiste en “un conjunto de trabajadores, de maquinas y de infraestructura polivalente, todos los que se enlazan en un sistema estratégico de producción respondiendo así a la demanda de forma rápida y eficiente, y lo más importante para la empresa, con los menores costos posibles. Las principales características son: la flexibilidad en la fabricación de distintos bienes; la automatización de los procesos; la productividad, puesto que debido a la automatización pueden funcionar sin operarios, al menos un turno; la calidad de los productos”<sup>33</sup>. En definitiva se traduce en mantener, por un lado, a menos trabajadores que dependan directamente de la empresa y, por otro, aumentar el número de trabajadores indirectos, sobre todo en áreas como control, mantención, logística, distribución, etc. El segundo sistema de organización laboral, just in time, iniciado en la década de los sesenta por la empresa Toyota en Japón, “se fundamenta principalmente en la reducción del desperdicio y , por supuesto, en la calidad de los productos y servicios, a través de un profundo compromiso (lealtad) de todos y cada uno de los integrantes de la organización, así como una fuerte orientación a sus tareas (involucramiento en el trabajo), que de una manera u otra deriva en una mayor productividad, menores costos,

---

<sup>32</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. ¿Qué y cuánta flexibilidad en el derecho del trabajo chileno? Programa de derecho y economía, cuaderno N° 2. Santiago, Universidad de Chile, 2000.13 h. p. 2

<sup>33</sup> PARADA TELL, Alexander. La flexibilización de la duración y la ordenación del tiempo de trabajo. Análisis de los convenios de la organización internacional del trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002. 290 h. p. 19



calidad, mayor satisfacción al cliente, mayores ventas y, por consiguiente, mayores utilidades”<sup>34</sup>. Entre sus aplicaciones podemos encontrar: “inventarios reducidos (que evita costos de bodega y el riesgo de la caducidad del producto), mejoramiento en el control de calidad, fiabilidad del producto, aprovechamiento del personal, entre otras”<sup>35</sup>. Se puede conceptualizar como “una filosofía industrial, que considera la reducción o eliminación de todo lo que implique desperdicio en las actividades de compras, fabricación, distribución y apoyo a la fabricación (actividades de oficina) en un negocio”<sup>36</sup>. Finalmente podemos señalar que “justo a tiempo implica producir sólo exactamente lo necesario para cumplir las metas pedidas por el cliente, es decir, producir el mínimo número de unidades en las menores cantidades posibles y en el último momento posible, eliminando la necesidad de almacenaje, ya que las existencias mínimas y suficientes llegan “justo a tiempo” para reponer las que acaban de utilizarse y la eliminación del inventario de producto terminado”<sup>37</sup>.

El autor estadounidense, Jeremy Rifkin<sup>38</sup>, además de plantear la tesis de que las nuevas tecnologías llevarán a la desaparición del trabajo (automatización), lo que se traduciría en empresas sin trabajadores<sup>39</sup>, critica a la industria japonesa por alienar como en el ejército o en una religión a los trabajadores sometidos al sistema productivo just in time<sup>40</sup>. Por otro lado, este mismo autor al analizar el aspecto cuantitativo de la flexibilidad laboral señala que “enfrentadas a una economía volátil ya altamente competitiva, muchas empresas reducen el núcleo de su plantilla y contratan a trabajadores temporales con la finalidad de poder incorporarlos y despedirlos con suficiente

---

<sup>34</sup> Op. Cit. p. 20

<sup>35</sup> Op. Cit. p. 21

<sup>36</sup> Ibíd.

<sup>37</sup> Op. Cit. p. 23

<sup>38</sup> RIFKIN, Jeremy. El Fin del Trabajo. Nuevas Tecnologías contra Puestos de Trabajo: El Nacimiento de una Nueva Era. Traducción de Guillermo Sánchez. Buenos Aires, Editorial Biblos, 1996. 399 h.

<sup>39</sup> Op. Cit. pp. 92-93

<sup>40</sup> Op. Cit. p. 222

rapidez según las necesidades de mercado de cada estación, e incluso de cada mes y semana”<sup>41</sup>, es decir, se contratarían personas si realmente se necesitan. Lo anterior lo lleva a denominar a este tipo de empleo como empleo “justo a tiempo”.

Siguiendo con la evolución de la flexibilidad laboral, y en el mismo sentido que hemos expresado al comenzar este apartado, el autor español, José Rodríguez de la Borbolla<sup>42</sup>, nos da un panorama de las diversas etapas por las que ella ha transitado, empieza señalándonos que en la década de los setenta y principios de los ochenta, “la flexibilidad se contemplaba, pues como una exigencia empresarial, agudizada coyunturalmente y hecha más evidente por la concurrencia de una crisis que se estimaba, también ella, coyuntural y superable”<sup>43</sup>. Prosigue diciéndonos que ya a inicios de los años noventa “la valoración de las exigencias de flexibilización ha cambiado sustancialmente, pasando a ser considerada como una necesidad permanente y estructural en la ordenación de los mercados de trabajo. Ello ha sido así no sólo por la que podríamos denominar, con Sala, conciencia de “instalación en la crisis de manera permanente”, sino también por un conjunto de razones de diversa índole”<sup>44</sup>.

Estas razones serían “el ingreso en una etapa de economía abierta, o de globalización de la economía, en la que todos los mercados están interrelacionados y sometidos a un alto grado de inestabilidad, ha incidido notablemente en la necesidad de “adaptabilidad de las empresas”. La cultura de la “empresa flexible” (...) como consecuencia de la globalización de los

---

<sup>41</sup> Op. Cit. p. 230

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, José. De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal. Colección Estudios, Nº 12. Madrid, Consejo Económico y Social, 1994. 178 h.

<sup>43</sup> Op. Cit. p. 22

<sup>44</sup> Ibíd.

mercados se instaló como un lugar común o punto de partida para cualquier consideración sobre estrategia de las empresas (...) de la segunda mitad de los ochenta”<sup>45</sup>.

Otra razón del cambio de valoración de la flexibilidad laboral sería “la revolución tecnológica, representada no sólo por el perfeccionamiento de los sistemas informáticos (...), sino considerada en sus más amplios aspectos, incide progresivamente en el plano de la organización del trabajo, así como en el ámbito de las profesionalidades empleadas en los más diversos procesos productivos”<sup>46</sup>. Por estas y otras razones, “se amplía y consolida la conciencia de que cualquier empresa que pretenda conservar su capacidad de resistencia a las leyes del mercado debe necesariamente incrementar al máximo su dotación estratégica y ha de aplicar continuos procesos de reestructuración, de reorganización e, incluso, de reconversión”<sup>47</sup>.

Finalmente nos señala que “en tiempos más recientes, en nuestra opinión, se ha producido el ingreso en una nueva etapa en lo que a valoración de la flexibilidad se refiere, etapa que podríamos denominar como la del “interés general de la flexibilidad”. La flexibilidad en los mercados del trabajo va a ser presentada, en efecto, no ya como una necesidad de las empresas, sino como una exigencia de los sistemas productivos y como un bien para las naciones, ya sea porque de su implantación se predicen, como consecuencia, mejoras en los niveles de competitividad, ya sea porque se considera como un instrumento básico en las políticas de creación de empleo”<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Op. Cit. p. 23

<sup>46</sup> Ibíd.

<sup>47</sup> Ibíd.

<sup>48</sup> Op. Cit. p 24

### 1.2.2. Concepto

Como hemos venido señalando la flexibilidad laboral puede ser analizada desde una multiplicidad de puntos de vista, por lo que, encontrar un concepto unívoco que la englobe es difícil, de hecho todos los autores consultados en esta investigación coinciden en que es un concepto polisémico. De ahí que, más que descifrar el concepto de flexibilidad laboral, daremos algunos ejemplos de él, basándonos en algunas de las diversas perspectivas desde las que puede ser vista<sup>49</sup>.

La mayoría de las investigaciones nacionales consultadas se basan en un texto de Ricardo Lagos Escobar<sup>50</sup> que resulta bastante ejemplificador y conciso de las diversas aristas de lo que se entiende por flexibilidad laboral:

- Flexibilidad de los costos laborales: “Se entiende por ésta “el grado de sensibilidad de los salarios nominales y los costos no salariales a las variaciones de las condiciones económicas en general (por ejemplo, inflación,

---

<sup>49</sup> Abundan las investigaciones nacionales que, en sus cuerpos, desarrollan este tema, a modo de ejemplo se pueden consultar: ACEVEDO COGNIAN, Maximiliano, VALERA MILLAS, Constanza. Op. Cit.; ÁLVAREZ ALARCÓN, Alexandro. La interpretación jurídica frente a la flexibilidad laboral. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 47 h.; FIGUEROA RISOPATRÓN, Cristián, SCHWENCKE BALDE, Eduardo. El suministro de trabajadores y las empresas de servicios temporarios. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002. 303 h.; LABRA VICENCIO, Manuel. La actual flexibilidad laboral en el derecho del trabajo chileno. Incluye análisis del anteproyecto de ley de adaptabilidad del 2º semestre de 2003. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004. 128 h.; NÚÑEZ VIDELA, Roberto, PELLIZARI OSSA, David. Nuevas formas de contratación en nuestra legislación laboral, las nuevas disposiciones de la última reforma, y el impacto de la flexibilización en el derecho individual del trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004. 207 h.; OLIVA RYBERTT, Mónica. Precarización del trabajo en Chile. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001. 157 h.; PARADA TELL, Alexander. Op. Cit.

<sup>50</sup> LAGOS, Ricardo. ¿Qué se entiende por flexibilidad en el mercado de trabajo? Revista de la CEPAL (54): 81-95, diciembre, 1994

productividad, relación de intercambio, demanda) y el desempeño de las distintas empresas”<sup>51</sup>. También se le llama salarial o financiera.

-Flexibilidad numérica: “La flexibilidad numérica comprende dos aspectos: ajuste de la fuerza de trabajo y ajuste de las horas laborales. El primero se conoce como “flexibilidad numérica externa” y representa la capacidad de las empresas de ajustar la cantidad de trabajadores (aumentándola o disminuyéndola)<sup>52</sup> para responder a las variaciones de la demanda o a los cambios tecnológicos. El segundo, conocido como “flexibilidad numérica interna”, trata de la libertad que tienen las empresas para modificar el número de horas laborales sin variar la cantidad de empleados”<sup>53</sup>.

- Flexibilidad funcional: “La flexibilidad funcional se refiere a la capacidad de una empresa para utilizar eficazmente su fuerza de trabajo variando la labor que desempeña ante modificaciones en el volumen de trabajo y las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías”<sup>54</sup>.

Desde otro punto de vista puede ser entendida, por un lado, como “flexibilidad cuantitativa: consiste en la opción de las empresas de aumentar y reducir la cantidad de personal cada vez que se requiera, por el carácter estacional de los bienes producidos o los servicios prestados, por necesidades de la producción, por vulnerabilidad en los mercados, etc.”<sup>55</sup>; y, por otro, como “flexibilidad cualitativa: consiste en la capacidad de adaptación interna de la empresa, y corresponde a los conceptos de trabajo “autoprogramable”, polivalencia, reconversión, readecuación de tareas y puestos de trabajo”<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Op. Cit. p. 84

<sup>52</sup> Flexibilidad numérica externa de entrada, la primera, y de salida, la segunda.

<sup>53</sup> Op. Cit. p. 87

<sup>54</sup> Op. Cit. p. 89

<sup>55</sup> FIGUEROA RISOPATRÓN, Cristián, SCHWENCKE BALDE, Eduardo. Op Cit. p. 45

<sup>56</sup> *Ibíd.*

Numerosos autores ensayan otras clasificaciones que permitan comprender mejor el concepto en cuestión, entre ellos Rodríguez de la Borbolla<sup>57</sup> nos indica que se puede distinguir entre: “a) flexibilidad de mercado, en la que se incluirían cuestiones como la movilidad interempresarial, la duración del trabajo, otros indicadores agregados de desajuste estructural, la formación y adaptabilidad de la mano de obra y la estructura del sistema de negociación colectiva<sup>58</sup>; b) flexibilidad de las empresas, que podríamos identificar , con Rodríguez-Piñero, como “el conjunto de mecanismos e instrumentos que tendría la empresa para enfrentarse con las fluctuaciones y las variaciones cualitativas y cuantitativas de la demanda, reduciendo el efecto de éstas sobre su estructura de costes”; y c) flexibilidad del contrato de trabajo, entendida ésta como el conjunto de instrumentos y mecanismos que hacen posible la adaptación de la vida y contenido del contrato de trabajo a la sucesión de acontecimientos y necesidades por las que puede atravesar la organización productiva en la que dicho contrato de trabajo se inserta”<sup>59</sup>.

Pero también la flexibilidad laboral puede ser abordada desde el punto de vista de los actores involucrados en ella: desde el punto de vista de los trabajadores o sindical, es una forma que utilizan los empresarios para reducir o eliminar los derechos laborales, en pos de obtener utilidades, incluso en tiempos de inestabilidad o crisis, trasladando a los trabajadores los costos de los vaivenes de la economía. Desde el punto de vista del empleador o del empresario, significa eliminar las rigideces del mercado laboral para adecuarse rápida y eficazmente a los cambios en la economía. Y desde el punto de vista de la autoridad estatal, implica una forma de solucionar el problema del desempleo.

---

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, José. Op. Cit.

<sup>58</sup> Para esto último cita a un autor de nombre Julio Segura, en cuanto a la importancia de la estructuración de la negociación colectiva en la adaptación general de la economía y de las empresas a los cambios del entorno.

<sup>59</sup> Op. Cit. p 19

La Dirección del Trabajo de Chile<sup>60</sup> consciente de las motivaciones que orientan las estrategias flexibilizadoras, a las cuales llama “mandatos de la flexibilización”<sup>61</sup>, y del impacto que la flexibilidad laboral tiene en la esfera productiva o normativa del país; innovó y puso el acento en el impacto que ésta tiene en el ámbito personal y social de los trabajadores y la consideró desde dos puntos de vista:

“1.- Como el conjunto de estrategias empresariales de utilización de los recursos humanos y en particular del tiempo de trabajo, es decir, la flexibilidad laboral como un fenómeno empresarial caracterizado por la innovación en la forma de contratar, utilizar, organizar y administrar el trabajo.

2.- Como las diversas necesidades de acomodo vital que experimentan los trabajadores al combinar el tiempo dedicado al trabajo y el dedicado a la vida extra laboral; el impacto personal, social y familiar de los cambios flexibles en la organización del tiempo de trabajo. De esta forma, la flexibilidad laboral se revela como un fenómeno que toca al conjunto de la vida; sus espacios individuales y sociales, con efectos marcados sobre el bienestar, la salud, la calidad de vida familiar y la calidad del descanso, del uso del tiempo no trabajado”<sup>62</sup>.

Todo lo anterior deja de manifiesto lo que hemos sostenido en cuanto a la dificultad de dar un concepto preciso y completo de flexibilidad laboral, pero podríamos concluir, junto a Rodríguez de la Borbolla, que “flexibilidad es, pues, en términos generales, posibilidad de adaptación a los cambios de circunstancias”<sup>63</sup>. Siguiendo en esta línea, la Organización Internacional del

---

<sup>60</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad laboral en Chile: Las empresas y las personas. Cuadernos de Investigación, N° 22. Santiago, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2004. 212 h.

<sup>61</sup> Op. Cit. p. 10

<sup>62</sup> Op. Cit. pp. 9-10

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, José. Op. Cit. p. 19

Trabajo ha dicho que la flexibilidad laboral es la “capacidad del mercado de trabajo de adaptarse a las circunstancias económicas, sociales y tecnológicas”<sup>64</sup>. Mirada desde un enfoque más cercano a la normativa legal, la flexibilidad laboral “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”<sup>65</sup>. Incluso, para Álvarez Alarcón la flexibilidad del mercado de trabajo, desde la perspectiva jurídica, es “la capacidad de tomar decisiones en base a criterios razonados de justicia, por parte de los operadores, diferenciadas para cada caso distinto”<sup>66</sup>, es lo que el autor ha denominado “flexibilidad normativa”<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Labour market flexibility. Report of an experts group meeting. Ginebra, mayo, 1986, pp. 4 a 7

<sup>65</sup> LABRA VICENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 29

<sup>66</sup> ÁLVAREZ ALARCÓN, Alexandro. Op. Cit. p. 14

<sup>67</sup> Interesante es la propuesta de “flexibilidad normativa” que nos ofrece el autor: al momento de presentarnos las características de la interpretación jurídica, señala que la cuestión fundamental del ingreso de los principios, de un modo explícito, en las justificaciones de las decisiones operativas tenderá a un debate para resolver una cuestión fundamental: “la convivencia en la cultura occidental de principios propios del garantismo social (y de paso, un replanteamiento teórico de los mismos) como elemento fundamental en la consecución...de justicia social, con principios de ya larga historia en el derecho y que son uno de los pilares fundamentales de la tradición liberal: la autonomía privada y la libertad económica”. Op. Cit. p. 25. Continúa señalando que el solucionar casos difíciles teniendo en consideración principios, tiene especial relevancia en el tema de la flexibilidad, para esto cita al profesor Enrique Barros (ubicando a los principios en oposición a las reglas) quien señala “expresado en términos lógicos, a los principios subyace una lógica ordinal, que se expresa en los términos “mejor” y “peor”, mientras que a las reglas subyace la lógica nominal o clasificatoria que se expresa en la alternativa “si/no”; luego Álvarez Alarcón prosigue: “de modo que el intérprete operativo abordará el problema planteado en base a extremos “mejores” o “peores” de la decisión que tome y deberá dar justificaciones argumentativas de su veredicto, no estará obligado a decidir mecánica y rígidamente conforme a una regla determinada, que en los casos de no-claridad suele no existir inequívocamente, sino que conforme a todos los aspectos jurídicamente relevantes del caso específico. Así, la relativa libertad (no pretendemos que en estos casos, la decisión del intérprete sea discrecional) con la que el juez o la autoridad cuenta, se traduce de nuevo, ahora desde la perspectiva del ingreso de principios como instrumentos de la técnica interpretativa, en flexibilidad normativa”. Op. Cit. pp. 27-28. Según el autor, citando a Wróblewsky, la interpretación operativa es “la interpretación realizada por el juez o la autoridad administrativa frente a casos concretos” Op. Cit. p 28

Nuevamente el autor señala que el intérprete al fundamentar sus decisiones quedará sometido a la crítica de todos y generará debate en torno al asunto pendiente: “la determinación de la



Por último, queremos indicar que el tema de la flexibilidad laboral puede llegar a ser considerado de manera mucho más amplia aún, tal como lo hace Rodríguez de la Borbolla, citando a Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer: “entre los mecanismos que integran la flexibilidad se encuentran los que “afectan al acceso al mercado de trabajo (tipos y modalidades de contratación), al dinamismo de la relación laboral (vicisitudes, suspensiones, reducción de jornada, etc.), a la persistencia de la relación laboral (regulación de los despidos sobre todo por razones económicas), a la disponibilidad sobre la fuerza de trabajo (tiempo, lugar, modo y contenido de la prestación), a la fijación y estructura de los salarios”. Seguramente junto a estos componentes de la flexibilidad podrían incluirse, en un sentido algo más amplio, otros temas como pueden ser el funcionamiento y estructura de los servicios de colocación, la formación y cualificación profesional, o la estructura y funcionamiento del sistema de negociación colectiva, así como el sistema o sistemas de participación de los trabajadores en la vida de las empresas y, en general, la cultura o culturas del trabajo vigentes en un determinado país, en un determinado momento”<sup>68</sup>. Además, y volviendo al aspecto social y personal del trabajador, podríamos citar a Eduardo Ameglio, quien al hablar de reordenación del tiempo de trabajo, nos dice que por ella “se comprende el factor tiempo a lo largo de toda la vida activa del trabajador: la duración global de la jornada diaria de trabajo, los descansos intermedios, las horas extras, la pausa entre jornada y jornada, los descansos semanales y las vacaciones anuales, períodos de recalificación y estudio, retiros parciales de la vida laboral y reinserción en

---

existencia y entidad específica de los principios del derecho del trabajo y su relación en los sistemas normativos, con los principios del derecho común”. Op. Cit. p. 43

Finalmente nos dice que “la aplicación de un modelo como el propuesto...es una buena forma de flexibilizar normativamente el derecho del trabajo, manteniendo la intangibilidad de los derechos de las personas que participan en las relaciones laborales”. Op. Cit. p. 44

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, José. Op. Cit. p. 32

ella”<sup>69</sup>, cuestión intrínsecamente conectada con el tema que nos compete, la flexibilidad laboral.

### **1.2.3. Clasificaciones**

Ha quedado claro que la flexibilidad laboral puede ser vista y clasificada desde diversas perspectivas, para lo cual ya hemos citado diversas investigaciones que lo hacen y, para evitar sobreabundar en esta materia, hemos decidido escoger tres perspectivas desde donde analizar la flexibilidad laboral: económica, jurídica y sistémica. Las razones de lo anterior son, por una parte, la originalidad y atingencia de las ideas expresadas por los autores y, por otra, el hecho de que analizan la flexibilidad laboral en el ámbito nacional, cuestión fundamental para el objeto de nuestra investigación.

#### **1.2.3.1. En base a la perspectiva económica**

En este punto hemos escogido un estudio hecho por la Dirección del Trabajo, a cargo de Magdalena Echeverría, titulado “Una tesis macroeconómica sobre el reclamo empresarial por flexibilidad laboral en Chile”<sup>70</sup>.

Este estudio comienza indicándonos que la flexibilidad laboral en Chile pasó de ser un fenómeno económico y laboral, a convertirse en una verdadera problemática nacional por tres motivos:

---

<sup>69</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad laboral en Chile: Las empresas y las personas. Op. Cit. p. 17

<sup>70</sup> Op. Cit. pp 46 a 59. Para un análisis de la flexibilidad laboral desde la perspectiva económica en base a las posiciones neomonetaristas y neokeynesianas, ver: LÓPEZ ONETO, Marcos. La flexibilidad laboral chilena como adaptación estructural del sistema jurídico laboral al entorno social, mediante la generación del principio de protección a la fuente del empleo. Tesis (Magíster en Derecho, mención en Derecho Privado). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1998. 98 h.

“a.- El primero, de carácter macroeconómico, se debe al fuerte giro decreciente en la tendencia del crecimiento y del empleo a partir de 1997, después de un período de “años dorados” de la economía nacional. El segundo se relaciona con los cambios en la estructura del empleo y en la organización del trabajo asalariado y profesional de los últimos catorce años, especialmente asociados a los cambios tecnológicos y a una mayor tasa de participación de la mujer en la fuerza de trabajo. Y el tercer motivo radica en algunas experiencias internacionales exitosas de flexibilidad laboral asociadas a políticas de reducción del desempleo, contención del crecimiento real de las remuneraciones y empleo a tiempo parcial, derivado de tratos especiales a los jóvenes<sup>71</sup> y del reconocimiento de un nuevo derecho de los trabajadores de poder reducir su jornada de trabajo discrecionalmente. En esta última la experiencia de los Países Bajos<sup>72</sup> es paradigmática”<sup>73</sup>. La Dirección del Trabajo sólo analiza el primer aspecto de lo anterior, señalándonos que la problemática

---

<sup>71</sup> En cuanto al tema del trabajo de los jóvenes se pueden revisar: DIEZ DE MEDINA, Rafael. El trabajo de los jóvenes en los países del Mercosur y Chile en el fin de siglo. Santiago, O.I.T., 2001. 58 h.; OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La Formación para el empleo: La inserción social, la productividad y el empleo de los jóvenes. Informe V. Conferencia Internacional del Trabajo, 88ª Reunión, Ginebra, 2000. 74 h.; y CÁRDENAS, Ana, FLORES, Carolina. Políticas de Empleo e Institucionalidad Laboral en la Unión Europea y el Mercosur. Santiago, O.I.T., 1999. 53 h.

<sup>72</sup> En Holanda luego de un período de crisis a fines de los setenta, se logró dinamizar a la economía de ese país, superando incluso lo que Humberto Vega llama el “crecimiento sin empleo” propio de las economías desarrolladas de hoy, llegando a pasar de una tasa de desempleo de un 13% a principios de los años ochenta, a menos de un 3% (para el año 2001), la tasa más baja en el mundo. Luego el autor se pregunta: ¿cómo lo hicieron?, seguida de: ¿qué tiene de particular la experiencia holandesa y qué de general en materia de enseñanzas para las políticas públicas y, en especial, para la política económica?. Parte de las respuestas a estas interrogantes es que el origen de este notable repunte del empleo y de la economía holandesa no tiene un origen económico, sino un acuerdo político y social entre los principales actores sindicales y empresariales del país, lo que se conoció como “El Acuerdo de Wassenaar”, celebrado el 24 de noviembre de 1982. Sus tres ejes fundamentales fueron: moderación salarial y competitividad, reforma de la seguridad social y prioridad del objetivo empleo, mediante políticas activas del mercado del trabajo. En base a esto se logró “crecimiento con empleo”. El autor nos previene de no hacer una transposición mecánica de esta experiencia en nuestro país, sino más bien rescatar los valores, actitudes, principios y objetivos de la acción pública y privada. En: VEGA, Humberto. El milagro holandés en la lucha contra el desempleo. Revista Mensaje (501): 345 y ss., enero, 2001

<sup>73</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad Laboral en Chile: Las Empresas y las Personas. Op. Cit. p 46

de la flexibilidad en Chile se debió a un cambio de escenario económico nacional e internacional, ya que se produjo “el fin de un largo período de alto crecimiento económico, baja tasa de desempleo y una fuerte reducción de la tasa de inflación. Este período de los “años dorados del crecimiento económico”, entre los años 1986 y 1997, ha sido seguido por un sexenio caracterizado por un lento crecimiento, aumento de la tasa de desempleo y reducción de la calidad del empleo y una inflación sorprendentemente baja para los estándares históricos de la economía chilena. Es en este último período, que va entre los años 1998 y 2003, donde surgen con mayor fuerza las propuestas y discusiones que constituyen la actual problemática de la flexibilidad laboral”<sup>74</sup>.

El estudio nos explica que “en períodos de crisis, shocks externos o de lento crecimiento, la masa de salarios y las utilidades totales no necesariamente manifiestan el mismo comportamiento, sino que se produce una pugna distributiva entre trabajadores y capitalistas por transferir al otro factor el costo de lograr menores ingresos”<sup>75</sup>. En economías donde los salarios nominales son

---

<sup>74</sup> Op. Cit. pp. 46-47

<sup>75</sup> Y esto ya no sólo ocurre en época de crisis, sino que se implantó como una forma constante de actuar debido, entre otras causas, a la manera en que opera actualmente el capital financiero, lo que ha generado una verdadera “economía internacional de la especulación”, que trae aparejada un empeoramiento de las condiciones del empleo, ocupando como herramienta principal a la flexibilidad laboral (siendo extrema en algunos casos como, por ejemplo, lo que sucede con los nuevos socios de la Unión Europea, los países del Este de Europa), ya que el aumento de la productividad no beneficia a los trabajadores sino que sólo redundará en el aumento de la ganancia del capital. Existe un predominio del capital financiero por sobre el productivo. Además, está el problema de la “deslocalización” de las empresas, con lo cual éstas presionan y desmantelan los derechos ganados por los trabajadores de sus países de origen, aprovechándose de las diferencias salariales y de protección laboral que tienen los países no desarrollados y que al trasladarse a éstos generan lo que se conoce como explotación de los trabajadores “in situ”. Para una ilustración de la situación laboral en los países capitalistas desarrollados y de sus causas y consecuencias, consultar: TEITELBAUM, Alejandro. ¿Europa? Tout va très bien Madame La Marquise (Primera parte). [en línea]. El Grano de Arena. Correo Informativo de ATTAC. N° 381, 29 de enero de 2007. <<http://archive.attac.org/attacinfoes/attacinfo381.pdf>> [consulta: 12 de septiembre de 2007]; y TEITELBAUM, Alejandro. ¿Europa? Tout va très bien Madame La Marquise (Segunda parte). [en línea]. El Grano de Arena. Correo Informativo de ATTAC. N° 382, 05 de febrero de 2007. <<http://archive.attac.org/attacinfoes/attacinfo382.pdf>> [consulta: 12 de septiembre de 2007]

rígidos a la baja y la tasa de inflación es pequeña, el primer ajuste es el desempleo, es decir, la cantidad de trabajadores ocupados. No obstante lo anterior, la imposibilidad de subir los precios por la baja de la demanda efectiva y la competencia del exterior en los productos transables, reduce la tasa de utilidades de las empresas sobre el capital invertido y sobre las ventas. Así se configura un nuevo escenario de ajuste, en el cual la flexibilidad laboral pasa a ser un segundo mecanismo de ajuste para enfrentar las menores utilidades y pérdidas de las empresas<sup>76</sup>.

El estudio continua señalándonos que “Este segundo escenario puede complicarse más si la tasa bruta de utilidades llega a ser negativa por las deudas internas o externas de las empresas o si sus inversiones externas de las empresas han generado pérdidas y una situación estrecha de caja, como es el caso del análisis consolidado de los grupos económicos nacionales con inversiones en países latinoamericanos, durante este período. En este escenario, las grandes empresas con poder dominante de mercado en la economía nacional, obligan a sus proveedores y distribuidores a reducir sus márgenes de utilidades brutas y la presión por reducir los costos salariales, vía flexibilidad de las remuneraciones y del tiempo de trabajo, se transmite a todo el sector formal de la economía. Las medianas y pequeñas empresas, en mercados de competencia monopolística u oligopólicos u oligopsónicos, cuyas empresas dominantes son controladas por grupos económicos, se ven afectadas por prácticas comerciales que minimizan sus utilidades y se ven presionadas a rebajar la calidad de las condiciones de trabajo y a disminuir el costo del trabajo, tanto por un aumento del desempleo o por mayor flexibilidad laboral.

---

<sup>76</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad laboral en Chile: Las empresas y las personas. Op. Cit. p. 47

La oferta de trabajo también se ve afectada por el lento crecimiento económico, el aumento del desempleo y el estancamiento de las remuneraciones reales, afectando en forma diferenciada a la fuerza de trabajo masculina que a la femenina. El primer fenómeno que afecta al conjunto de la fuerza de trabajo es una desaceleración de su crecimiento como tendencia global, aunque las reacciones de desaliento frente a la prolongación del tiempo de búsqueda de trabajo no son instantáneas e incluso a veces van acompañadas de un aumento de la fuerza de trabajo femenina, que finalmente se retira cuando no encuentra trabajo<sup>77</sup>. El otro elemento que no puede ser olvidado es el crecimiento del empleo informal. Los programas especiales de empleo del gobierno y el aumento de la ocupación de los “trabajadores por cuenta propia” son la principal fuente de los nuevos empleos, que compensan parcialmente la destrucción de empleos asalariados y propios del sector formal.

En síntesis el reclamo por mayor flexibilidad laboral se instala en Chile, a partir del fin de los años dorados del crecimiento económico, como demanda del sector empresarial y no, como ha ocurrido en algunos países europeos, donde ésta ha sido una reivindicación del sector laboral. Flexibilidad laboral y quinquenio de lento crecimiento económico son concomitantes con la aparición de nuevos fenómenos de la economía chilena y de la economía mundial<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> En otra parte del estudio se ve que los hombres trabajan más horas promedio que las mujeres, pero éstas tienen sus horas más dispersas y entran y salen con más facilidad de la fuerza de trabajo y tienen tasas más altas de desempleo. “Esta inestabilidad laboral de la mujer podría verse acrecentada en una concepción de flexibilidad laboral orientada por una lógica de reducción de costos salariales”. Op. Cit. p. 59. En lo referente a este tema, a modo de ejemplo, también se pueden consultar: BIRGIN, Haydée (Compiladora). Ley, mercado, y discriminación. El género del trabajo. Buenos Aires, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Editorial Biblos, 2000. 149 h.; CARO, Pamela, DE LA CRUZ, Catalina. Contratistas e intermediación laboral en la agricultura de exportación. Santiago, Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer, 2005. 217 h.; y ERRÁZURIZ OSSA, Margarita, RIEDDEMANN, Karin (Editoras). Taller comunidad - mujer. Construir sentido: sociedad, familia y trabajo. Santiago, Universidad Pérez Rosales, 2004. 217 h.

<sup>78</sup> Op. Cit. p. 48. Para una expresión cuantitativa de esto ver las pp. 40 a 57

Además, señala que durante el período comprendido entre 1998 y 2003 “sólo el mercado agregado de comercio exterior ha mantenido su trayectoria expansiva en cuanto a las exportaciones y a la apertura de nuevos mercados y a la negociación de mejores condiciones de intercambio, mediante los nuevos acuerdos, convenios y tratados de libre comercio”<sup>79</sup>.

Otro hallazgo del estudio nos previene en cuanto a los efectos de nuevas normas de flexibilidad, ya que según los datos estudiados a nivel nacional e internacional, han arrojado como evidencia de que en Chile “existe un alto grado de flexibilidad laboral efectiva, más allá de las consideraciones legales y normativas”<sup>80</sup>, debido a la gran heterogeneidad y dinamismo de los mercados de trabajo sectoriales en relación a la diversidad de movimientos y combinaciones de variaciones de salarios y empleos, aun en años de crisis.

Por último, y para nuestro juicio como un aspecto fundamental a tener en consideración, el estudio concluye que por la alta concentración económica y gran poder de mercado de los grandes grupos económicos nacionales, “la flexibilidad tal cual es concebida por los empresarios, disminuye la estabilidad del trabajo promedio de las empresas medianas y pequeñas y, por esa vía, afecta la productividad misma y la competitividad de un sector con bajos márgenes de ganancias. La evidencia empírica para todos los países de la

---

<sup>79</sup> Op. Cit. p 58. En lo referente a acuerdos, convenios y tratados de libre comercio, resulta fundamental el papel de las cláusulas sociales, como instrumento del derecho laboral internacional, para la protección de los derechos fundamentales presentes en las relaciones laborales o “derechos humanos laborales”, ante el nuevo escenario económico planteado por la globalización y, como consecuencia, por la flexibilización laboral. Para lo anterior, ver: DA COSTA PALMA, Valentina, RAMÍREZ PÉREZ, Germana. Las cláusulas sociales en el derecho laboral internacional. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. 192 h.; y SÁEZ CARLIER, Felipe. Las fortalezas que las reformas laborales le otorgaron a Chile para negociar el capítulo laboral del tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América. Tesis (Magíster en Derecho, mención en Derecho Privado). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. 148 h.

<sup>80</sup> Op. Cit. p. 59

OECD muestra una relación privilegiada entre estabilidad en el empleo y la productividad del trabajador, hecho no considerado por los teóricos de la flexibilidad. La rentabilidad de las inversiones de los medianos y pequeños empresarios también está ligada a la estabilidad y productividad de sus trabajadores”<sup>81</sup>.

El análisis anterior deja de manifiesto una relación directa entre el empeoramiento de las condiciones macroeconómicas producto de lo que se conoció como “crisis asiática” y el surgimiento de la flexibilidad laboral como problemática nacional desde los intereses empresariales. Y, debido a la estructura económica predominante en los mercados chilenos, esto afecta a la mediana y pequeña empresa y, por ende, al grueso de los trabajadores del país<sup>82</sup>, pasando la flexibilidad laboral a ser un factor de inestabilidad del empleo, precarizándolo<sup>83</sup>, lo que en definitiva afecta la productividad y la competitividad de la economía nacional<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibíd.* Al respecto Humberto Vega nos dice: “Creo que el problema de las pymes tiene un diagnóstico errado; su principal dificultad no es el acceso al financiamiento ni tampoco el costo del interés [de los créditos], sino el conjunto de prácticas de compra y venta entre empresas. Cuando una pyme le vende a una cadena de retail está en una posición extremadamente desventajosa, por lo que tienen muy bajas tasas de rentabilidad”. En: VEGA, Humberto. Jugando en cancha dispareja. *La Nación Domingo*, Santiago, Chile, 22 de abril de 2007. pp. 10-11

<sup>82</sup> Las pequeñas y medianas empresas en Chile representan al 98,7% de las empresas y dan empleo a 8 de cada 10 trabajadores. Pero sólo representan el 18% de las ventas totales, el 82% de ellas queda en manos de las grandes empresas que son el 1,3% del total de empresas del país.

<sup>83</sup> Para un análisis del concepto de precarización del trabajo, ver: OLIVA RYBERTT, Mónica. *Op. Cit.*

<sup>84</sup> Sobre todo cuando en la región persiste un déficit de trabajo decente (aun cuando el crecimiento económico ha mejorado algunos indicadores del mercado laboral), en el bienio 2003-2004, la característica central del empleo no agrícola es una elevada participación del sector informal, tercerización y baja cobertura de protección social. Ver: OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Panorama Laboral 2005. América Latina y el Caribe (Avance Primer Semestre)*. Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, O.I.T., 2005. 118 h.



### **1.2.3.2. En base a la perspectiva jurídica o normativa**

Si bien, como vimos en el punto anterior, la flexibilidad laboral tiene una amplia y potente justificación económica, ésta se plasma y legitima a través de la legislación laboral, la que viene a favorecerla con el objeto de: lograr mayor movilidad, disminuir el desempleo, facilitar contrataciones de duración determinada, permitir que las empresas tengan una adecuación rápida del número de trabajadores a los niveles de producción y ventas de la empresa, en definitiva, reducir los costos laborales fijos; abaratar el costo de mano de obra y promover la contratación de trabajadores con o sin experiencia, con edad cercana a la jubilación, jóvenes, mujeres y discapacitados, haciendo más atractivo para las empresas su contratación; y reducir el costo del despido y los montos indemnizatorios al momento de terminar la relación laboral, lo que le permite a las empresas adaptarse mejor a las fluctuaciones del mercado.

Ya se ha señalado anteriormente que es característico de América Latina, que el proceso flexibilizador venga impuesto desde el Estado, a través de leyes, a diferencia de Europa en que ha existido un proceso de negociación colectiva y/o pacto social.

En el caso del derecho chileno del trabajo, éste no fue ajeno a lo anterior<sup>85</sup>, ya que la modificación de las normas laborales obedeció a la doctrina de la no intervención legislativa de raíces neoliberales. “En este sentido, la

---

<sup>85</sup> En esta parte hemos seguido la tesis propuesta por: URMENETA, Roberto. La Flexibilización de las relaciones de trabajo en Chile: Contrataciones temporales, subcontrataciones y despidos. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de trabajo. Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, O.I.T., 1999. 199 h. pp. 67-131

experiencia chilena no puede ser considerada como de flexibilización propiamente tal, sino más bien como un caso de desregulación, donde ésta va impuesta por una determinada concepción del trabajo y de la economía<sup>86</sup>. En el caso chileno, la flexibilización impuso un nuevo escenario, en el que la orientación del cambio se reflejó en una menor carga tutelar, en una fuerte acentuación de la autonomía privada individual y en ciertas restricciones a la autonomía colectiva.

La legislación laboral chilena data de 1924. Estas primeras leyes sociales fueron sistematizadas en el Código del Trabajo de 1931, el cual complementado y modificado por distintas leyes, tuvo vigencia hasta el año 1973. La legislación laboral desde sus orígenes en 1924 hasta la implantación del régimen militar tuvo un creciente y expansivo contenido tutelar, protector del trabajador y regulador de las relaciones de trabajo, en especial durante el período 1964-1970.

Con el Plan Laboral<sup>87</sup> ejecutado por el régimen militar, y muy especialmente con el Decreto Ley 2.200 en 1978 y con la Ley 18.018 en 1981,

---

<sup>86</sup> Desde la perspectiva jurídica, la flexibilidad laboral es estudiada desde las posiciones del neoliberalismo laboral, del reformismo laboral (reformistas liberales y reformismo social y, en especial, los problemas para el reformismo social en América Latina) y del neogarantismo laboral, en: LÓPEZ ONETO, Marcos. Op. Cit. Este autor considera que ni el neoliberalismo laboral ni el neogarantismo laboral constituyen referentes de flexibilización, el primero porque lo que pretende es una desregulación de las relaciones laborales y, el segundo, porque no permite flexibilización alguna. Los postulados que sí corresponderían a estrategias de flexibilización serían los del reformismo laboral, tanto en su vertiente liberal como social.

<sup>87</sup> Magdalena Echeverría, directora del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, a propósito de la dictación de la Ley N° 20.123, sobre subcontratación y empresas de servicios transitorios, nos señala que: “El plan laboral de José Piñera es una joya ingenieril”. “Yo tengo la impresión de que el fenómeno de la subcontratación se profundizó tanto en Chile, en los años '80, debido a la planificación conjunta del plan laboral y del nuevo sistema de tributación de las empresas, lo que abrió el camino para que se produjeran anticipadamente estas nuevas formas de empleo. No respondió a una necesidad del aparato productivo, sino que se anticipó a ello”. “El Plan Laboral se hizo en un escritorio, bajo un modelo liberal perfecto, y en un momento en que los sindicatos del país y la sociedad del país estaban mudos”. “Se diseñó casi con una modelística ingenieril. Yo creo que el plan de Piñera, desde esa perspectiva, es una obra perfecta. Desde la ingeniería. Por eso ha sido muy difícil ponerle atajo, incarle el diente. A mi modo de ver con la aprobación de la ley de subcontratación por primera vez logramos entrar al corazón del plan laboral de José Piñera (...)”. “(...) porque era difícil agarrarlo (el Plan Laboral); ya que tú tratabas de arreglar un artículo, pero por otro lado se te escapaba el fenómeno. Y ahí

se revirtió esa orientación normativa a través de la desregulación y re-regulación con menor sentido tutelar. La nueva legislación cambió el carácter protector de la normativa anterior y, fundándose en una orientación neoliberal, canceló el rol tutelar del derecho del trabajo flexibilizando las normas de la relación individual de trabajo. Pero, por otra parte, rigidizó las normas sobre relación colectiva otorgando un escaso o nulo espacio para la autonomía colectiva”<sup>88</sup>.

El autor, prosigue indicándonos que “Prácticamente todas las instituciones del derecho individual fueron modificadas con un menor contenido protector a la vez que, dado el régimen político existente, se restringían los derechos sindicales y se infringía permanentemente la libertad sindical. En este sistema, en donde se privilegió la negociación individual de trabajo a la negociación colectiva, el contenido de la relación de trabajo quedó sujeto a la voluntad del empleador, dada la desigual posición de las partes que se da en el vínculo laboral.

En el año 1990 se dio inicio a una serie de modificaciones a la institucionalidad laboral. La legislación del trabajo, impuesta a través del Plan Laboral durante el régimen militar, había sido ampliamente cuestionada por diversos sectores sociales, y políticos en razón de las inequidades que había producido en los distintos niveles de las relaciones laborales. Entre los sectores sociales las organizaciones sindicales más representativas del país rechazaron

---

hay un tema tributario pendiente, al que hizo referencia la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), a través de Arturo Martínez”. En esta parte de la entrevista se nos explica que Echeverría hace alusión a la posibilidad que tienen las empresas de constituir diversas razones sociales, a pesar de ser en la práctica una sola, “así como obtener las utilidades a nombre de una y no de las otras; en mi opinión la tercerización y la flexibilización es necesaria, útil, y es parte de una característica de la producción moderna. Pero si se hace bien”, advierte. En: SOLÍS DE OBANDO, Lino. Magdalena Echeverría, experta laboral: Por primera vez logramos entrar al corazón del plan laboral de José Piñera. [en línea]. Revista Laboral ICAL. 22 de mayo de 2006. <[http://www.revistalaboralical.cl/ver\\_laborales.asp?id=sxh6sy](http://www.revistalaboralical.cl/ver_laborales.asp?id=sxh6sy)> [consulta: 13 de septiembre de 2007]

<sup>88</sup> URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit. p. 68

estos cambios desde su misma promulgación, planteando introducirle modificaciones sustanciales que tuvieran como objetivo un sistema democrático de relaciones laborales.

El Programa de Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia reiteraba los cuestionamientos a la legislación del trabajo del régimen militar y proponía "...introducir cambios profundos en la institucionalidad laboral, de modo que esta cautele los derechos fundamentales de los trabajadores y permita el fortalecimiento de las organizaciones sindicales para que estas se vayan transformando en una herramienta eficaz para la defensa de los instrumentos de los asalariados y en un factor de influencia sustantiva en la vida social del país" (Programa de Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, 1989)

Así, en 1990 se intentó reorientar la legislación de la década de los setenta. Sin embargo, esa voluntad política no ponderó debidamente los efectos que el proceso flexibilizador produjo en el sistema de relaciones laborales, principalmente en el empresariado y en el movimiento sindical. También fue un cambio que tuvo efectos de tipo cultural. De esta forma las modificaciones que fue posible introducir, si bien se concretaron en normas determinadas, no se inscribieron en un cambio del modelo legislativo impuesto durante el régimen militar<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Al respecto se puede consultar, esta misma obra: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit. En ella, además, se analizan las reformas que los países de América Latina, específicamente Argentina, Colombia, Chile y Perú, introdujeron a sus legislaciones laborales desde la década del setenta, en el caso de Chile y en la década de los noventa, en el caso de los otros países. El análisis demuestra que si bien estas reformas lograron algunos resultados que perseguían, como son el aumento de trabajadores temporales y el abaratamiento de los costos laborales, no lograron reducir los asalariados privados sin contrato de trabajo y que los trabajadores temporales no estuviesen sometidos a un mayor grado de precarización. Además, se plantea como una de las causas de las falencias de estas reformas, la lectura que hacen los empresarios de dichas reformas, ya que éstas estarían "oficializando" el reclamo empresarial por mayor flexibilidad laboral. Lo cual en un contexto de fiscalización insuficiente puede inducir a evadir la normativa laboral y a cuestionar derechamente la legitimidad de las obligaciones que establece la ley. Lo que evidencia un cambio cultural por parte de los empresarios y, como contraparte, también hubo un cambio cultural por parte de los trabajadores quienes tienen poca o nula actividad y participación en lo referente a exigir o reivindicar sus derechos, organizarse y

En definitiva, y según Tapia (1992) las características básicas del proceso de “flexibilización” de las normas laborales en Chile son:

- Una primera característica, es su generación. A partir de 1978 y sin que mediara crisis económica determinante y sin que hubiera operado flexibilidad del trabajo propiamente tal, se imponen normas que redujeron el contenido tutelar de la ley del trabajo. Por lo tanto, para el caso chileno se puede hablar de una flexibilidad impuesta por el régimen autoritario (no negociada) a través de las normas contenidas en los decretos leyes de 1978 y 1979, lo que le confiere su sello particular.
- Una segunda característica de este proceso es que la flexibilización de la norma se expresa tanto bajo la forma de re-regulación o adaptación como de desregulación, es decir, la flexibilidad opera en distintas vías. En el primer caso, con un contenido normativo de menor alcance tutelar. En el segundo, en la derogación de ciertas normas como las aplicables al trabajo al trabajo a domicilio y del contrato de mediería. No se trata que por la derogación no queden sujetas a norma alguna; se trata más bien de la sustitución normativa que colocaban a ciertas relaciones jurídicas bajo el imperio del Código del Trabajo.
- La tercera característica es que el proceso “flexibilizador” no remite la sustitución normativa a la contratación colectiva, como puede observarse en ciertas experiencias comparadas<sup>90</sup>; por el contrario, las normas de derecho sindical, introducen a partir de 1979 ciertas restricciones fundamentales a la autonomía colectiva<sup>91</sup>.

---

negociar colectivamente en sindicatos, etc., por temor a perder su empleo, más allá de las limitantes normativas que existan en sus países.

<sup>90</sup> Al respecto, se pueden consultar: BAGLIONI, Guido, CROUCH, Colin (Compiladores). Las relaciones laborales en Europa. El desafío de la flexibilidad. Madrid, Colección Economía y Sociología del Trabajo, Nº 59, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1992. 445 h.; y BOYER, Robert, Y OTROS. Op. Cit.

<sup>91</sup> En este mismo sentido y, a modo de ejemplo, resulta interesantísimo el análisis que hace Oscar Ermida Uriarte en cuanto al tratamiento del conflicto laboral en general y de la huelga en particular, en el nuevo contexto de flexibilización laboral. Nos dice que: “Como quiera que en la mayor parte de los países latinoamericanos, la parte más rígida y restrictiva de la legislación del

- Atraviesa el campo del derecho individual. Como flexibilidad interna que abarca al tiempo de trabajo, formación y estructura salarial y como flexibilidad externa, ligada a la regulación de la contratación y a la extinción de la relación laboral<sup>92</sup>.

En el apartado que trata el sistema de flexibilidad laboral en Chile con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123, se tratará más específicamente este tema en materia de contratación, contenido de la relación laboral y de terminación de la misma, a nivel normativo y, en algunos casos, hasta jurisprudencial.

### **1.2.3.3. En base a la perspectiva sistémica<sup>93</sup>**

En el Resumen de su investigación López Oneto se pregunta ¿qué es lo que ha permitido que el sistema jurídico laboral chileno se haya flexibilizado, sin por ello haber perdido su identidad, ni haberse diluido en el sistema jurídico privado o en otros distintos, en todo caso, al laboral?<sup>94</sup>, para lo cual elabora dos hipótesis: en la primera de ellas señala que “el cambio estructural, denominado “flexibilidad laboral chilena”, que operó formalmente a partir de 1978 y que se

---

trabajo es la que regula las relaciones colectivas, la flexibilización debió concretarse en ella. Sin embargo, se ha sido más sensible a las demandas de flexibilización o desregulación de la legislación individual del trabajo, respondiendo mecánica y acríticamente a los planteamientos neoliberales. La profusión de nuevas modalidades atípicas de conflicto colectivo es, en cierta medida, la *flexibilización práctica del ejercicio del derecho de huelga* ante una legislación o una jurisprudencia rígida y restrictiva”. En: ERMIDA URIARTE, Oscar. La Flexibilización de la Huelga. Montevideo, Cuadernos de Fundación, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Fundación Cultura Universitaria, 1999. 55 h. p. 54

<sup>92</sup> URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit. p. 70

<sup>93</sup> Este planteamiento es de autoría de: LÓPEZ ONETO, Marcos. Op. Cit.

<sup>94</sup> O si se prefiere: “¿Qué es lo que ha permitido que el sistema jurídico laboral chileno haya cambiado de manera tan fundamental a partir del período 1973-1978 –marcado por el denominado Plan Laboral-, en relación a la estructura normativa que exhibió entre 1964-1973, sin por ello haber perdido su identidad, ni haberse diluido en el sistema jurídico privado o en otros distintos al laboral?”. Op. Cit. p. 5

estabilizó en 1999 con la dictación de las Leyes N°s 19.010/19.049/19.069, se explica sistémicamente como un proceso de ajuste y equilibrio del sistema jurídico laboral, en relación con el colapso generalizado que sufrió en el período 1973-1978<sup>95</sup>, y en la segunda nos dice que “el ajuste y equilibrio que consiguió el sistema fue posible gracias a la generación de una nueva estructura normativa llamada principio de protección a la fuente del empleo, que, ciertamente, no niega el principio protector, sino que coexiste con aquél en una relación de coordinación”<sup>96</sup>.

Esta investigación se fundamenta en los aportes a la teoría de los sistemas sociales, elaborada por el profesor Niklas Luhmann<sup>97</sup>.

Para comenzar, López Oneto, necesita obtener un concepto operacional de flexibilidad laboral, el cual lo consigue basándose en las tesis jurídicas reformistas y económicas keynesianas<sup>98</sup>. La segunda de éstas plantea el tema del equilibrio macroeconómico entre oferta y demanda. La primera, a su vez, pone el límite del concepto mediante el establecimiento del nivel de emergencia<sup>99</sup> de constitución del sistema jurídico laboral.

Es así como “el nivel de emergencia del sistema jurídico laboral está constituido por el mínimo normativo que permite distinguirlo en cuanto tal, pues, sistémicamente observado, no es posible distinguirlo más allá de dicho nivel, ya que más allá de él, como se indicó, se pierde y se diluye en el entorno”<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> Op. Cit. p. 6

<sup>96</sup> *Ibíd.*

<sup>97</sup> Específicamente en la obra de Niklas Luhmann, titulada: *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*.

<sup>98</sup> Ya hemos hecho referencia a que el análisis de la flexibilidad laboral desde estas perspectivas, se encuentra en esta misma obra.

<sup>99</sup> “El nivel de emergencia indica el límite de descomposición de una cierta unidad: no es posible seguir descomponiendo un sistema más allá de su nivel de emergencia, porque entonces el sistema se pierde o pierde sus caracteres diferenciadores”. Op. Cit. p. 32

<sup>100</sup> *Ibíd.*

“Sobre la base de lo anterior se estima que, dada la conformación histórica y teleológica del sistema jurídico laboral, dicho nivel de emergencia estaría constituido por una estructura normativa de protección del trabajador, de naturaleza heterónoma estatal, siempre a disposición de éste, sin perjuicio de que dicha estructura pueda negociarse “in peius” a través de la autonomía colectiva, ya que se postula que la autonomía colectiva (tesis del reformismo liberal)<sup>101</sup> también puede cumplir con el fin protector, dada la naturaleza teleológica del Derecho del Trabajo”<sup>102</sup>. En definitiva no cambia el fin, cambia sólo el medio<sup>103</sup>.

Dado el análisis hecho, el autor termina definiendo operacionalmente la flexibilización laboral como: “La adaptación estructural del sistema jurídico laboral a los requerimientos de equilibrio macroeconómico del mercado de trabajo, mediante la producción de soluciones normativas dentro de su nivel de emergencia”<sup>104</sup>.

Ahora que se tiene un concepto operacional de flexibilidad laboral, se debe someter a análisis la segunda hipótesis planteada por López Oneto, en cuanto a la flexibilidad laboral chilena como adaptación estructural del sistema jurídico laboral mediante la generación del principio de protección a la fuente del empleo.

Este principio, nos dice el autor, no excluye o niega al principio protector y así se mantuvo después de la crisis de los años setenta que atravesó el país, ya que conservó, aunque deficientemente, una estructura de derechos mínimos

---

<sup>101</sup> Nota de los tesisistas.

<sup>102</sup> Op. Cit. p. 33

<sup>103</sup> Cabe señalar que el autor considera que el fin protector es, ontológicamente, el supuesto de todo derecho laboral.

<sup>104</sup> *Ibíd.*



irrenunciables<sup>105</sup>. Desde ese entonces que Chile vivió un proceso de flexibilización laboral bastante particular ya que en sus orígenes fue impuesta por la vía de la heteronomía estatal en un gobierno no democrático. Por lo que se define como “un proceso político autoritario de producción heterónimo de nuevas estructuras normativas”<sup>106</sup>. Sin perder la identidad del sistema jurídico laboral al mantener su nivel de emergencia.

Luego el autor nos da el marco teórico de sistemas, complejidad y función del sistema jurídico<sup>107</sup>, hasta llegar al concepto de sistema jurídico laboral, del cual nos dice que se diferencia de los otros sistemas jurídicos por “el tipo de complejidad jurídica que reduce, es decir, por la clase de expectativas de conducta hacia las cuales está orientado”<sup>108</sup>. Y éstas se definen como “los deseos individuales, consistentes en la pretensión de que ciertas conductas que se estiman justas o adecuadas, en el contexto de una relación de trabajo subordinado, se transformen en derecho positivo”<sup>109</sup>.

Prosigue señalando conceptos y categorías tales como estructura, organización, retroalimentación, equilibrio, desequilibrio y destrucción del sistema jurídico laboral<sup>110</sup>, para indicarnos que éste “se mantiene en un equilibrio dinámico, es decir, en un estado de cambios estructurales dentro de su nivel de emergencia”<sup>111</sup>. Y ya que el principio protector persigue proteger al trabajador colocándolo en un mejor pie de igualdad frente al empresario, a través, de una serie de derechos mínimos irrenunciables, “el sistema se

---

<sup>105</sup> Hay autores como Ermida Uriarte que hablan de “desregulación salvaje” al referirse al Plan Laboral chileno, otros incluso lo excluyen no sólo del concepto jurídico de flexibilidad, sino que también de desregulación, por el contexto y forma en que fue impuesto. Op. Cit. p. 28. Esto ya lo vimos al revisar los antecedentes generales de la flexibilidad laboral.

<sup>106</sup> Op. Cit. p. 34

<sup>107</sup> Para interiorizarse en el marco teórico de sistemas, ver: Op. Cit. pp. 35 a 41

<sup>108</sup> Op. Cit. p. 41

<sup>109</sup> *Ibíd.*

<sup>110</sup> Para el análisis de estos conceptos, ver: Op. Cit. pp 43 a 46

<sup>111</sup> Op. Cit. p. 44

desequilibra cuando sus estructuras (principios, códigos del trabajo, leyes, etc.) no son capaces de traducir la complejidad laboral en términos de coordinar las acciones mediante el establecimiento de un horizonte común de expectativas laborales, reduciendo así la complejidad del mundo del trabajo”<sup>112</sup>.

Ya en el contexto nacional, López Oneto, señala que el sistema jurídico laboral tuvo un grave desequilibrio ante la crisis general de los años setenta y ante los cambios del panorama mundial, por lo que, estuvo a punto de desaparecer, pero logró adaptarse, sin perder su identidad. Y es a este proceso de adaptación estructural al que se le denomina flexibilidad laboral.

Para lo cual, el sistema jurídico laboral chileno, generó una nueva estructura normativa, con jerarquía sistémica de un principio general de Derecho. El principio de protección a la fuente del empleo. Como ya se dijo este principio no niega al principio protector, porque, sino, el sistema en cuanto tal habría desaparecido, ya que en éste último se basa el sistema jurídico laboral chileno.

Este principio vino a conciliar las expectativas laborales de, por un lado, los empleadores, consistente en “tener posibilidades que le den cierta seguridad de que la proyección económica de su giro no se verá obstaculizado por una estructura jurídico-laboral de reacción lenta frente a la movilidad y globalidad de los mercados”<sup>113</sup>; y, por otro, de los trabajadores, consistente en “que los éxitos y fracasos del empleador, así como la necesidad de una gestión dinámica, no la asumirán ellos, por la vía de no contar con una protección laboral mínima”<sup>114</sup>. De esta forma, el principio de protección a la fuente del empleo relativizó el principio protector, “con la finalidad de proteger la fuente del empleo que se

---

<sup>112</sup> Op. Cit. p. 46

<sup>113</sup> Op. Cit. p. 48

<sup>114</sup> *Ibíd.*

vería afectada en esencia si el principio protector (basado en la actividad heterónoma del Estado y derechos irrenunciables, cualesquiera que sean las circunstancias de su ejercicio)<sup>115</sup> se aplicare a ultranza en el nuevo contexto económico mundial”<sup>116</sup>.

El principio de protección a la fuente del empleo produce lo siguiente:

- 1) “Las expectativas de los empleadores adquieren cierta estabilidad (seguridad) porque el principio en cuestión les provee de una estructura normativa más adaptable frente al nuevo orden (negociación colectiva por empresa, despidos por causas económicas), y
- 2) El trabajador no queda desprotegido, porque se le reconoce adecuadamente una serie de derechos mínimos (derecho a negociación por empresa, indemnizaciones por despido fundado en razones económicas) entre otros derechos”<sup>117</sup>.

De todo lo anterior obtenemos la definición del principio de protección a la fuente del empleo: “Directiva general de conducta presente en el ordenamiento jurídico laboral chileno en cuya virtud es posible relativizar el principio de protección al trabajador, en caso de que la aplicación lineal e irrestricta de aquél pudiera poner en peligro la adaptabilidad de dicha fuente a las fluctuaciones de los mercados hacia los cuales está orientada”<sup>118</sup>.

Finalmente, en las conclusiones, se señala que la flexibilidad laboral chilena operó como proceso de equilibrio del sistema jurídico laboral, evitando

---

<sup>115</sup> Nota de los tesisistas.

<sup>116</sup> Op. Cit. p. 49

<sup>117</sup> Op. Cit. p. 50

<sup>118</sup> *Ibíd.*

así su dispersión, mediante la generación de una nueva estructura normativa denominada principio de protección a la fuente del empleo<sup>119</sup>.

A modo de conclusión podríamos decir que la perspectiva jurídica presentada anteriormente es morigerada por la perspectiva sistémica, en cuanto a que, la primera, nos señala que la nueva legislación cambió el carácter protector de la normativa anterior y, fundándose en una orientación neoliberal, canceló el rol tutelar del derecho del trabajo flexibilizando las normas de la relación individual de trabajo y, la segunda, afirma que el reformismo liberal, en el contexto de un Derecho del Trabajo que es eminentemente teleológico, no cambia el fin, cambia sólo el medio, ya que el fin protector es, ontológicamente, el supuesto de todo Derecho Laboral, por consiguiente pueden convivir los dos principios, el de protección y el de protección a la fuente del empleo. Por su parte, la perspectiva económica puso de manifiesto el momento en que la flexibilidad laboral en Chile se convirtió en una problemática nacional, sin desconocer que la tendencia flexibilizadora en el Derecho Laboral Chileno ya venía en aumento desde fines de la década del setenta.

#### **1.2.4. La Flexibilidad Laboral en el concierto mundial**

##### **1.2.4.1. El proceso flexibilizador en Europa**

Como ya hemos señalado anteriormente, el proceso flexibilizador en materia laboral en Europa se desencadena a partir de la década de los ochentas producto, entre otras causas de la crisis económica que se arrastraba desde los años '70, derivada de las alzas de los precios del petróleo que encareció notablemente los costos de producción, de tal forma que para

---

<sup>119</sup> El autor comprueba dogmáticamente esta tesis analizando normas del Código del Trabajo, para esto, ver: Op. Cit. pp. 52 a 76

sostener viable la industria privada se hizo necesario rebajar otro tipo de costos como los derivados de los laborales. Esto trajo como consecuencia un alza sostenida de los índices de desocupación llegando sostenidamente sobre el 10%. Además y dado lo anterior hizo que las políticas del Estado-Social predominante en Europa durante los'60 se hiciera insostenible al menos en la forma en su vertiente asistencialista.

Los procesos flexibilizadores en los países europeos, en general, han compartido en su derrotero ciertas características, entre las que se destacan las siguientes:

1.- La flexibilidad ha operado sobre la relación individual de trabajo. Ya sea se trate de flexibilidad externa o numérica (facultad para contratar, despedir y celebrar contratos atípicos) o interna (sobre el tiempo de trabajo, flexibilidad funcional y salarial).

2.- La flexibilidad laboral se ha establecido a través de diversas negociaciones de los actores sociales, las cuales se han expresado por medio de distintas fuentes jurídicas:

a. Por medio de la ley.

b. Por medio de acuerdos colectivos de diverso alcance, ya sea que se trate de acuerdos de rango nacional, de categoría, local o a nivel de empresa.

3.- El Estado ha asumido un rol activo de promotor que ha incentivado a los involucrados en las flexibilizaciones que operen en dicho sentido.

Tiziano Treu indica que casi todos los gobiernos europeos a excepción de Gran Bretaña han adoptado medidas concertadas de flexibilidad<sup>120</sup>. La búsqueda de flexibilidad en Europa se ha hecho promoviendo una legislación orientada a eliminar las tradicionales rigideces a través de soluciones consensuadas, lo que implica que las diversas medidas flexibilizadoras se han sometido a la negociación colectiva, muchas veces con participación del gobierno.<sup>121</sup>

De trascendental importancia ha sido la autonomía colectiva como fuente formal ocupada para flexibilizar en Europa; a través del “pacto social y del contrato colectiva por rama de actividad, y en los casos que ha sido impuesta por ley su aplicación ha sido controlada socialmente”<sup>122</sup>.

El Estado Europeo no deroga la legislación protectora, sino que permite que las partes sociales generen acuerdos colectivos que se superpongan a dicha normativa<sup>123</sup>.

Si bien, las características de este proceso es similar en casi toda la Europa occidental (salvo Gran Bretaña), si se pueden encontrar ciertas diferencias desde la perspectiva empírica:

1.- Se aborda principalmente en convenios colectivos en Italia, Suecia, Alemania y Dinamarca; o con medidas legislativas en Francia, Bélgica y España.

2.- La negociación colectiva ha tenido alcance nacional en Bélgica, Países Bajos y Dinamarca, siendo mayor el número de convenios basados en

---

<sup>120</sup> TREU, Tiziano. La flexibilidad laboral en Europa. Revista Internacional del Trabajo 112(2): 217-233, 1993. p. 221

<sup>121</sup> Op. Cit. p. 231

<sup>122</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit. p. 41

<sup>123</sup> Op. Cit. p. 45

consultas y en negociaciones a nivel de empresa. Además existen medidas legislativas cuyas repercusiones en materias laboral se centran en niveles más bajos que dicho acuerdos de alcance nacional, como en el caso de la flexibilidad externa Alemania e Italia.

3.- En todos los países las disposiciones y acuerdos institucionales sobre la flexibilidad han generado procedimientos que regulan la confrontación entre empresarios y empleados<sup>124</sup>. Además, el impacto desregulador se ha atenuado con nuevas normas y se ha conservado el papel central de la negociación colectiva<sup>125</sup>.

Lo anterior ha dado origen a diversos tipos de flexibilidad en Europa dentro de los cuales se encuentran los que señalaremos a continuación.

#### **1.2.4.1.1. Flexibilidad numérica interna (en el tiempo del trabajo)**

En este aspecto se puede mencionar la normativa italiana que redujo las restricciones al trabajo parcial, además se permitió una adecuación de las horas trabajo semanal y diarias por parte del empleador a una organización de éstas a lo largo del año, esto también se aplica en España. En Francia se permitió individualizar los horarios de trabajo. En el caso alemán se permite repartir las horas de trabajo en la semana o un periodo más largo, sin pagar horas extraordinarias, a cambio de una reducción del tiempo total de trabajo.

---

<sup>124</sup> BAGLIONI, Guido, CROUCH, Colin (Compiladores). Op. Cit. p. 48

<sup>125</sup> *Ibíd.*

Por otra parte, en general en Europa se han promulgado leyes tendientes a disminuir el tiempo de trabajo a lo largo de la vida, en, forma de jubilaciones anticipadas o escalonadas.

De todo lo anterior y a modo de ejemplo citaremos distintas legislaciones como lo son: la Ley N° 863 sobre contratos de solidaridad y la Ley N° 903 sobre contratos de la mujer en Italia. En Francia La Ley sobre la duración y organización del tiempo de trabajo de 1987. En Bélgica también la Ley de 1987 sobre la adaptación del tiempo de trabajo.

En España se produjo una ampliación del poder del empleador respecto de la distribución del tiempo del trabajo en el Estatuto de los Trabajadores de 1986. Además, éste eliminó los límites de dos horas extraordinarias diarias y 15 semanales, dejándolo en 80 horas anuales.

#### **1.2.4.1.2. Flexibilidad numérica externa**

En relación con la flexibilidad numérica externa de salida, Europa ha vivido un proceso restrictivo desde comienzos de los años noventas, a través del establecimiento de exigencias al empleador a la hora de despedir, tales como aviso previo, alegación de causa justificada que diga relación con la capacidad o conducta del trabajador, o fundada en las necesidades de la empresa, debiendo eventualmente justificar la procedencia de ellas ante los Tribunales de Justicia, como en los países bajos, o por procedimientos regulados colectivamente, como en el caso alemán. En general, los sistemas han asociado desde hace tiempo una sanción pecuniaria ante la producción del despido injustificado o improcedente.



En el caso del despido colectivo se ha impuesto con mayor o menor fuerza la directiva de la Comunidad Europea en esta materia, que establece que los empleadores deben consultar a los representantes de los trabajadores con el fin de impedir el despido colectivo, o que disminuya la cantidad de afectados, o que se establezcan medidas para paliar las consecuencias de los despidos. En los países donde a este respecto se ha llegado a mejores resultados, son aquellos donde la fuerza de los actores sociales es mayor como en Francia, Italia Y Gran Bretaña.

En la flexibilidad numérica externa de entrada, es de vital importancia lo que se conoce como trabajos atípicos o externos, que se definen según Isabelle Daugareilh como “las formas o modalidades de empleo que no se originan como consecuencia de un contrato de duración indefinida y a jornada completa”<sup>126</sup>. A este respecto se discute si, por lo tanto, es necesario un derecho atípico del trabajo para este tipo de relaciones, dada su naturaleza, llegándose a la conclusión de integrar las relaciones atípicas del trabajo al derecho común.

Sin perjuicio de lo anterior, Treu señala que la ampliación del trabajo precario ha sido acordada previamente por negociaciones colectivas y es supervisada en su ejecución por los sujetos colectivos<sup>127</sup>. Los contratos atípicos generalmente están regulados por ley (Alemania y Francia) o por negociación colectiva (Suecia), o por ambas a la vez (Italia)<sup>128</sup>.

La forma de empleo precario o periférico más difundida es el contrato a tiempo parcial, en el sector terciario y entre las mujeres, el cual ya en 1985

---

<sup>126</sup> GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La flexibilidad laboral. Op. Cit. p. 16

<sup>127</sup> TREU, Tiziano. Op. Cit. p. 223

<sup>128</sup> BAGLIONI, Guido, CROUCH, Colin (Compiladores). Op. Cit. p. 31

representa el 20% del empleo total en Dinamarca, Gran Bretaña, Países Bajos y Suecia, el 10% en Alemania y Francia y el 5% en Italia<sup>129</sup>.

En Francia, se ha legislado para favorecer la inserción de los jóvenes a través de figuras contractuales que alternan tiempo de trabajo y tiempo de formación, dando origen a contratos de cualificación y adaptación.

#### **1.2.4.1.3. Flexibilidad salarial**

En Europa los salarios se determinan principalmente por convenios colectivos, teniendo en cuenta que exista una relación entre el rendimiento del trabajador y la empresa. En el caso español, el Estado marca pautas del crecimiento salarial, por medio de la ley de presupuesto, fijando el límite del crecimiento de los salarios del personal laboral a su servicio, o bien, a través de recomendaciones gubernamentales a las organizaciones sindicales y empresariales.

#### **1.2.4.1.4. Casos paradigmáticos**

##### **1.2.4.1.4.1. España**

Para nuestra investigación nos parece indispensable hacer referencia al caso español en lo referente a las empresas de servicios transitorios o empresas de trabajo temporal, como las llaman ellos, ya que, como lo hemos señalado antes, se han convertido en uno de los íconos a través del cual se ha materializado, con mayor sistematización, la flexibilidad en el Derecho del Trabajo. Además, hemos tomado como ejemplo la experiencia española por ser actualmente de gran influencia en Latinoamérica, así como lo fue en los

---

<sup>129</sup> *Ibíd.*

sistemas comparados que se tuvieron en cuenta al momento de la elaboración de la ley N° 20.123. Es más, nos basamos en esta parte en el análisis del proyecto de dicha ley, hecho por Marcela Ramírez Welsch, en su memoria para optar al grado de Magíster en Derecho<sup>130</sup>. También tomamos como caso paradigmático a España, porque el año 2006 se gestó una reforma del sistema laboral mediante un acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo. Sin perjuicio de esto, las empresas de servicios transitorios serán analizadas con mayor detalle en el capítulo segundo de esta investigación.

#### **1.2.4.1.4.1.1. Empresas de servicios transitorios (1994-2004)**

En España las empresas de trabajo temporal (en adelante ETT) se constituyeron por medio de la Ley N° 14, de 1° de junio de 1994, y por Real Decreto N° 4, de 13 de enero de 1995<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> RAMÍREZ WELSCH, Marcela. Análisis del proyecto de ley sobre trabajadores en régimen de subcontratación y regulación del funcionamiento de las empresas de servicios transitorios en Chile. Tesis (Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004. 117 h. También se puede revisar: VÁSQUEZ, Carolina, RODRÍGUEZ, Fabián. Empresas de trabajo temporal en España. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 49 h.

<sup>131</sup> Nos parece apropiado comentar lo dicho por José Rodríguez de la Borbolla, en cuanto a lo ocurrido en materia legal en España a comienzos de los años noventa. El autor indica que en España en el "Programa de Convergencia 1992-1996", el tema de que para tener una competitividad aceptable era necesario reformar y flexibilizar el mercado de trabajo, era lo fundamental. Podemos ver con esto que se produjo un debate similar al que actualmente ocurre en Chile, ya que, por una parte, los sindicatos mayoritarios españoles alegaban que ya existía suficiente flexibilidad y que en ningún caso el ordenamiento jurídico laboral español era rígido y, por otra parte, la patronal argumentaba que para tener competitividad era necesaria la flexibilidad de los mercados de trabajo.

Por otro lado, desde la perspectiva de las políticas de empleo, la flexibilización de la regulación de los mercados de trabajo era presentada, también, como elemento básico para la consecución del objetivo de incremento de los niveles de ocupación, ya que, se decía que las rigideces en el mercado frenan la creación de puestos de trabajo. Pero el autor nos previene en cuanto a que "(...) la flexibilización y la reforma legal de los mercados de trabajo tiene un efecto relativo y, en alguna medida, secundario para la consecución de mejores niveles de competitividad y crecimiento del empleo". RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, José. Op. Cit. pp. 25-26

En el artículo primero de esta ley las define como “aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados”<sup>132</sup>.

La legislación considera como supuestos legales, los siguientes:

- 1.- Realización de obras o servicios determinados.
- 2.- Razones de eventualidad de la empresa usuaria.
- 3.- Sustitución de trabajadores de la empresa usuaria con derecho a reserva de su puesto de trabajo.
- 4.- La duración del contrato a puesta a disposición será de seis meses, en el caso de contrataciones por razones de eventualidad<sup>133</sup>.

En su artículo 8º, esta ley, establece ciertas prohibiciones en cuanto a los supuestos para contratar a trabajadores temporales:

- 1.- Sustituir trabajadores en huelga.
- 2.- Realizar trabajos que por su peligrosidad, sean determinados por el reglamento de la Ley.
- 3.- Ceder trabajadores a otras ETT<sup>134</sup>.

Por otra parte los contratos con el trabajador y entre las empresas deberán contar por escrito, de acuerdo a un modelo oficial.

El contrato entre la ETT y el trabajador tiene las siguientes características:

---

<sup>132</sup> RAMÍREZ WELSCH, Marcela. Op. Cit. p. 16

<sup>133</sup> Op. Cit. p. 17

<sup>134</sup> Op. Cit. p. 16

1.- En cuanto a la modalidad puede ser por:

a) Tiempo indefinido: la ETT debe entregar al trabajador orden de servicio cada vez que preste servicio en una empresa usuaria.

b) Duración determinada: en cuyo caso coincide con el tiempo del contrato de puesta a disposición. Este último tipo de contrato puede ser utilizado en los siguientes casos:

1.- Eventualidades por circunstancias de la producción, siendo la duración máxima de 6 meses, en un periodo de 12 meses.

2.- Para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto, en cuyo caso el contrato durará el tiempo mientras subsista la reserva de puesto, según convenio colectivo o acuerdo individual.

3.- Para cubrir temporalmente un puesto de trabajo mientras dure el proceso de selección, con plazo máximo de 3 meses<sup>135</sup>.

2.- En cuanto a la remuneración, el trabajador no está legalmente equiparado con el permanente, pero sí en relación a las otras condiciones de trabajo. Sin embargo, hay que considerar que una de las obligaciones que tiene una ETT es la de pagar la remuneración a los trabajadores y este pago debe ser de acuerdo al convenio colectivo sectorial, o en su defecto, según el convenio de la empresa usuaria. También es obligación de las ETT con los trabajadores, la Seguridad Social, y destinar el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores sin costo para estos<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Op. Cit. p. 18

<sup>136</sup> Op. Cit. p. 19

3.- Finalmente, se establece una indemnización a favor del trabajador al terminar el contrato, equivalente a 12 años de servicios o la parte proporcional correspondiente<sup>137</sup>.

Las empresas usuarias en la legislación española son subsidiariamente responsables respecto de las obligaciones sociales y laborales contraídas por las ETT, mientras se encuentre vigente el contrato de puesta a disposición<sup>138</sup>.

Además, son obligaciones de las empresas usuarias con el trabajador:

1.- “Informar al trabajador de los riesgos derivados de su puesto de trabajo y de las medidas de protección y prevención contra los mismos”<sup>139</sup>.

2.- La empresa usuaria es igualmente “responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo, como en el recargo de las prestaciones de Seguridad Social en caso de accidente o enfermedad profesional que tengan lugar en su centro de trabajo y la causa esté en la falta de medidas de seguridad e higiene”<sup>140</sup>.

#### **1.2.4.1.4.1.2. Reforma del sistema laboral (2006)**

Como lo señalamos, una de las razones de citar la experiencia española es que el año 2006 se llevó a cabo una reforma del sistema laboral mediante el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo.

A partir de 2004 comienza en España un proceso de ajuste de la legislación original, como la señalada en el acápite anterior. Esto sin duda es de

---

<sup>137</sup> *Ibíd.*

<sup>138</sup> *Op. Cit.* p. 20

<sup>139</sup> *Ibíd.*

<sup>140</sup> *Ibíd.*

la mayor importancia, ya que constituye un reconocimiento de cierto fracaso de las políticas tendientes a flexibilizar el mercado laboral. Es así como en julio de 2004, tanto el Gobierno, como las Organizaciones Sindicales y las Organizaciones Empresariales firman un acuerdo en la llamada Declaración para el Diálogo Social, aquella declaración definió las materias, objetivos y orientaciones generales, del diálogo social en el ámbito socio-laboral, estableciendo entre sus propósitos principales el favorecer la competitividad, el empleo estable y la cohesión social.

El acuerdo antes mencionado fue el germen del firmado posteriormente por los mismos actores, es decir el Gobierno, Organizaciones Sindicales y las Organizaciones Empresariales, y que vino a modificar las condiciones del mercado laboral en relación a la estabilidad del empleo, alterando, incluso la normativa legal. Es así como el 9 de mayo de 2006 se firmó el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo<sup>141</sup>.

Los objetivos fundamentales de este acuerdo son que la sociedad española alcance unos mayores niveles de desarrollo económico, calidad en el empleo, bienestar social y cohesión territorial. Los cuales se deben plasmar en:

a) Impulsar un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero, basado en la competitividad de las empresas.

b) El incremento de productividad y la cohesión social.

c) Calidad en el empleo y bienestar social.

---

<sup>141</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Acuerdo para la mejora y el crecimiento del empleo. [en línea]. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. 09 de mayo de 2006. <<http://www.mta.es>> [consulta: 06 de junio de 2007]

El acuerdo estableció que la mejora de la estabilidad en el empleo, es esencial para la consecución de dichos objetivos.

Para alcanzar este acuerdo se trabajó durante dos años, tanto, en mesas de diálogos, como mediante propuestas presentadas por las partes, esto permitió identificar los factores que inciden en el crecimiento del empleo, la mejora de la estabilidad laboral y la utilización adecuada de la contratación temporal, dando origen a medidas que afectan al mercado laboral. Dichas medidas adoptadas en el acuerdo, en relación a su finalidad pueden ser agrupadas en tres grandes capítulos<sup>142</sup>:

1.- Medidas para impulsar y apoyar la contratación indefinida y la conversión de empleo temporal en fijo<sup>143</sup>.

“En primer lugar, el Acuerdo contiene medidas dirigidas a impulsar y apoyar el empleo, la contratación indefinida y la conversión de empleo temporal en fijo, bonificando y estimulando los nuevos contratos indefinidos y reduciendo las cotizaciones empresariales al Fondo de Garantía Salarial y por desempleo, centradas estas últimas en el empleo estable”<sup>144</sup>.

Lo anterior dio origen a el llamado Nuevo Programa de Fomento de Empleo, que se concentra en incentivar la contratación indefinida a través de

---

<sup>142</sup> Op. Cit.

<sup>143</sup> En esta parte nos basamos en: MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Acuerdo para la mejora y el crecimiento del empleo. Op. Cit.; MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Un nuevo modelo de estímulo a la contratación indefinida. Folleto. [en línea]. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. s.f. <<http://www.mta.es>> [consulta: 06 de junio de 2007]; MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Preguntas y respuestas sobre la Reforma Laboral 2006. [en línea]. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. s.f. <<http://www.mta.es>> [consulta: 06 de junio de 2007]; y MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Guía Laboral y de Asuntos Sociales 2006. [en línea]. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. s.f. <<http://www.mta.es>> [consulta: 06 de junio de 2007]

<sup>144</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Acuerdo para la mejora y el crecimiento del empleo. Op. Cit. p. 3



bonos que recibe la empresa por la contratación de personas pertenecientes a ciertos grupos más vulnerables en materia laboral. Estos grupos en líneas generales están constituidos por:

a) Mujeres.

- Desempleadas, así como las víctimas de violencia de género. La cuantía anual de la bonificación es de 850€y la duración del pago de ésta es de 4 años.
- Contratadas en los 24 meses siguientes al parto. La cuantía anual de la bonificación es de 1.200€y la duración del pago de ésta es de 4 años.
- Contratadas después de 5 años de inactividad laboral, si anteriormente a su retirada han trabajado al menos 3 años. La cuantía anual de la bonificación es de 1.200€y la duración del pago de ésta es de 4 años.
- Con contrato suspendido (indefinido o temporal) reincorporadas tras la maternidad. La cuantía anual de la bonificación es de 1.200€y la duración del pago de ésta es de 4 años.

b) Jóvenes.

- De 16 a 30 años. La cuantía anual de la bonificación es de 800€y la duración del pago de ésta es de 4 años

c) Mayores de 45 años.

- La cuantía anual de la bonificación es de 1.200€y la duración del pago de ésta es toda la vigencia del contrato.

d) Demandantes de empleo inscritos ininterrumpidamente en la Oficina de Empleo durante, al menos, seis meses.

- La cuantía anual de la bonificación es de 600€ y la duración del pago de ésta es de 4 años.

e) Personas con contratos formativos, de relevo y sustitución por jubilación para convertirlos en indefinidos.

- La cuantía anual de la bonificación es de 500€ y la duración del pago de ésta es de 4 años.

f) Personas con discapacidad.

- La cuantía anual de la bonificación es de 3000€ y la duración del pago de ésta es toda la vigencia del contrato.

g) Personas con discapacidad severa, procedentes de enclaves laborales.

- La cuantía anual de la bonificación es de 3200€ y la duración del pago de ésta es toda la vigencia del contrato.

También se llevó a cabo un plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo, incluidos los contratos formativos, de relevo y de sustitución por jubilación, en todos los casos celebrados antes del 1º de junio de 2006, siempre que la conversión se realice antes del 1º de enero de 2007. En este caso la cuantía anual de la bonificación es de 800€. Y la duración de ésta es por 3 años.

Finalmente el plan incluye bonificaciones en supuestos excepcionales de contratación temporal:

a) Víctimas de violencia de género.

- La cuantía anual de la bonificación es de 600€ y la duración del pago de ésta es toda la vigencia del contrato.

b) Personas en situación de exclusión social.

- La cuantía anual de la bonificación es de 500€ y la duración del pago de ésta es toda la vigencia del contrato.

c) Personas con discapacidad.

- La cuantía anual de la bonificación es de 2.200€ y la duración del pago de ésta es toda la vigencia del contrato.

## 2.- Medidas para mejorar la utilización de la contratación

En segundo lugar el acuerdo incluye “medidas para limitar la utilización sucesiva de contratos temporales, así como para introducir mayor transparencia en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo. Se contempla también un importante refuerzo de los recursos humanos y materiales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, articulando la participación de los interlocutores sociales en la definición de sus objetivos y programas”<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Op. Cit. p. 7

3.- Medidas para potenciar las políticas activas y los servicios públicos de empleo y para mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo. Se acuerdan “medidas destinadas, por una parte, a potenciar la eficiencia de las Políticas Activas de Empleo y la capacidad de actuación del Sistema Nacional de Empleo, y, por otra, a mejorar la protección de los trabajadores ante la falta de empleo, tanto en materia de protección por desempleo como en las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial”<sup>146</sup>.

Finalmente los firmantes del acuerdo, emplazan a que se conozca y se aplique su contenido y a realizar una apuesta estratégica por la estabilidad del empleo.

El Acuerdo refleja el convencimiento de que la apuesta por la mejora de la productividad del trabajo y de la competitividad empresarial -que son dos de los grandes desafíos de futuro para la economía española- debe pasar necesariamente por alcanzar un mayor nivel de estabilidad en el empleo. No quisiéramos dejar pasar por alto esto, ya que como se sabe en Chile la estrategia de desarrollo económico en el aspecto laboral pasa por exactamente por la táctica contraria, es decir flexibilizar como método para mejorar la productividad del trabajo y de la competitividad empresarial, lo cual en España se hizo a comienzos de los años noventas, tal como lo vimos al comenzar el estudio de este país.

Curioso resulta también evidenciar que los objetivos fundamentales de esta reforma para incentivar el empleo permanente, son similares, sino los mismos, a los que se tuvieron en cuenta a principios de los años noventas para hacer reformas tendientes a estimular la contratación temporal. Esto último ha sucedido en nuestro país con la dictación de la Ley N° 20.123, así lo veremos

---

<sup>146</sup> Op. Cit. p. 13

en el segundo capítulo de esta investigación, cuando analicemos los antecedentes de ésta.

#### **1.2.4.1.4.2. Holanda**

Por último, en esta revisión de la flexibilidad en Europa nos permitiremos citar nuevamente, ahora en extenso, lo sucedido en Holanda a este respecto, por ser considerado, por mucho, como el ejemplo y modelo a seguir.

“La explicación del actual éxito holandés en materia de empleo y crecimiento no tiene un origen económico, sino, fundamentalmente, se genera en un acuerdo social y económico entre los máximos dirigentes de las organizaciones sindicales y empresariales, Guim Kok y Chris van Veen, respectivamente. Dicho acuerdo se realizó en un barrio residencial de La Haya, llamado Wassenaar, donde vivía van Veen. El "Acuerdo de Wassenaar" fue suscrito el 24 de noviembre de 1982 en medio de la primera gran recesión de la economía holandesa después de la Segunda Guerra Mundial, y con un desempleo que alcanzaba una tasa superior al 13 %. En un escenario de crisis y de generalizado pesimismo el presidente de los trabajadores holandeses de los años ochenta y actual primer ministro de los Países Bajos, tomó la iniciativa para buscar una solución de bien común a la crisis, recibiendo una respuesta positiva y de la misma calidad y responsabilidad moral de parte del presidente de los empresarios. Esta iniciativa no fue ajena a la tradición política holandesa

ni a las prácticas del corporativismo holandés, fundado en una gran responsabilidad pública y en una ética del consenso.

El Acuerdo de Wassenaar es considerado en la política holandesa como "la madre de todos los acuerdos", del que han derivado, en un proceso de aprendizaje social y colectivo, más de ochenta orientaciones guías para proyectos de ley, normas administrativas y medidas de política económica y social, que han producido los resultados que hemos reseñado. Su contenido es casi un silabario de una sociedad --y economía-- que reconoce y quiere seguir siendo una democracia industrial, con una economía abierta al mundo, una sociedad integrada y una cultura fundada en el respeto a los derechos humanos y a los derechos económicos y sociales, con gran conciencia de su carácter europeo y de solidaridad con el mundo pobre de los países en vías de desarrollo. Una sociedad de 15.800.000 personas que es capaz de darle empleo a 7.100.000 ciudadanos, según la información oficial para el presente año.

Los aspectos sustantivos y más relevantes del Acuerdo de Wassenaar están relacionados con la decisión de mejorar la competitividad de la economía holandesa y asegurar una rentabilidad razonable a sus empresas, mediante la moderación salarial y el aumento de la inversión privada que mejore la productividad y sea capaz de generar nuevos empleos. Para ello, la necesidad de una reforma de la seguridad social, congelando sus beneficios y restringiendo el seguro de desempleo, y el establecimiento de una política activa del mercado del trabajo, orientada a elevar la tasa de participación de la fuerza de trabajo y eliminar las barreras institucionales a la creación de empleos y a la asistencia y preparación de los desempleados para su futura incorporación al trabajo. Moderación salarial y competitividad, reforma de la seguridad social y prioridad del objetivo empleo, mediante políticas activas del mercado del trabajo son los tres grandes ejes que se desprenden del proceso

político y social de búsqueda de consensos a que dio origen el Acuerdo de Wassenaar.

El conjunto de la política económica tiene un objetivo doble de crecimiento con empleo mediante las siguientes orientaciones principales:

--la moderación salarial mantenida por casi dos décadas, tanto de los salarios medios y del salario mínimo.

--la flexibilización del trabajo, sin sacrificar su protección, vía reducción del tiempo semanal de trabajo, el aumento del trabajo de media jornada y el crecimiento de los contratos flexibles de trabajo<sup>147</sup>.

--el fomento de la inversión privada mediante una oferta masiva a las empresas de créditos y apoyos a la innovación científica y técnica, lo que ha permitido el intercambio de más puestos de trabajo por moderación salarial.

--la política cambiaria de atar inicialmente la moneda holandesa, el guilder, al marco alemán, y después al euro, en el contexto de los acuerdos monetarios de la Unión Europea, tendientes a la plena vigencia de una moneda única.

--la reducción progresiva del gasto público, concentrada en remuneraciones y beneficios de la seguridad social, sin sacrificar las capacidades de orientación, intervención y regulación del mercado del trabajo y sus inversiones.

--las políticas específicas contra el desempleo, incluyendo la creación directa de puestos de trabajo (los Melkert-jobs, aludiendo al Ministro de Asuntos Sociales y del Empleo que los impulsó) y los subsidios calificados a los salarios.

--la reducción de las cotizaciones sociales de los empresarios y la disminución de impuestos para los trabajadores de menores ingresos, cercanos al mínimo, como política de reducción de los costos de trabajo, ha sido la otra cara de una

---

<sup>147</sup> Nos permitimos señalar en esta parte que la flexibilidad laboral, en su concepción europea, y especialmente holandesa, es una conquista del trabajador que puede hacer uso discrecional de la reducción de su jornada de trabajo hasta llegar a media jornada o modificar, dentro de ciertos límites, su horario de trabajo. Esta flexibilidad ha beneficiado principalmente a las mujeres, en una economía con remuneraciones de alto poder adquisitivo en relación con Chile.

política fiscal restrictiva. En la actualidad la relación entre el gasto público y el producto interno bruto es de un 42% aproximadamente.

Estas políticas han generado un aumento persistente de los niveles de producción, de ingreso, de exportaciones y del empleo de la economía holandesa con la notable reducción en sus tasas de desempleo. El crecimiento del empleo se debe, principalmente, a un aumento extraordinario del empleo femenino a tiempo parcial, a la desaparición práctica del desempleo juvenil y a un aumento de la fuerza de trabajo y de las tasas de participación de la mujer. Otras medidas complementarias que han generado estos buenos resultados, que no es posible reseñar, son: la política de adultos mayores, la de la discapacidad, las normas de retiro y jubilación y el acuerdo entre empleadores y trabajadores para reconocer el derecho a un empleo continuo y a una pensión a los trabajadores temporales después de 24 meses de servicio, etc. Esta última medida es propia de una situación cercana al pleno empleo, donde el problema es de escasez de oferta de trabajo y no de demanda”<sup>148</sup>.

Volveremos a referirnos a la experiencia holandesa al momento de hacer las conclusiones de este trabajo, ya que es un excelente ejemplo a tener en cuenta para el futuro del Derecho Laboral y bienestar social en nuestro país.

---

<sup>148</sup> VEGA, Humberto. El milagro holandés en la lucha contra el desempleo. Op. Cit. pp. 345 y ss.



## **1.2.4.2. El proceso flexibilizador en América Latina**

### **1.2.4.2.1. Generalidades**

El proceso flexibilizador en Latinoamérica comienza a partir de los años ochentas donde se hace uso principalmente de la ley como fuente para llevar a cabo las modificaciones tendientes reformar la normativa laboral. Ahora bien, muchas de estas reformas se hicieron teniendo como referencia los modelos europeos aduciendo las mismas causas, sin embargo, no se tuvo en cuenta factores tan primordiales como diferencias de base, tanto en el terreno económico (distinto nivel de desarrollo), hasta factores culturales (diferencias en el nivel educacional, configuración sociológica, etc.). Por otra parte, en muchas medidas se apartan del espíritu de las reformas europeas, limitándose a lo que se ha llamado una desregulación salvaje de las normativas que tendían a la protección de los trabajadores, siendo relegados estos últimos sólo a un papel de un factor más en el proceso productivo y, por lo tanto, entregados por lo general a los vaivenes de las leyes del mercado (oferta y demanda).

Sobre las diferencias entre las condiciones europeas y latinoamericanas, éstas ya fueron analizadas al momento de presentar los antecedentes generales de la flexibilidad laboral, en la primera parte de este capítulo.

#### **1.2.4.2.2. Argentina y Brasil**

Dos casos pueden catalogarse positivamente como verdadera flexibilidad, estos son Argentina y Brasil.

En el caso argentino debemos mencionar la Ley N° 24.013, Ley Nacional de Empleo, que contiene normas interesantes que rescatan lo mejor de la experiencia europea, como el artículo 24, el que dispone que “Las comisiones negociadoras de convenios tendrán obligación de negociar sobre las siguientes materias:

- c) Los regímenes de categoría y de movilidad funcional;
- e) Implementación de las modalidades de contratación previstas en esta ley;
- f) Las consecuencias de los programas de reestructuración productiva, en las condiciones de trabajo y empleo”<sup>149</sup>.

Por otra parte, el artículo 22 de dicha ley, estatuye acciones que el Ejecutivo aplicará a fin de cooperar en el fomento del empleo.

También es interesante rescatar el artículo 28 referido a “las modalidades de contratación previstas en esta ley pueden ser promovidas o no promovidas. Son promovidas las de trabajo por tiempo determinado como la medida de fomento del empleo, por lanzamiento de nueva actividad, de práctica laboral

---

<sup>149</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Documento de Derecho Social. 1992/2. p. 12, citado en GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La flexibilidad laboral. Op. Cit. p. 24

para jóvenes y de trabajo-formación. Son no promovidas las contrataciones de temporada y eventual”<sup>150</sup>.

Luego, podemos citar el artículo 30: “Las modalidades promovidas se habilitarán a través de las convenciones colectivas de trabajo, a cuyo efecto deberán reunirse las correspondientes comisiones negociadoras, las que deberán pronunciarse en 90 días a contar de su convocatoria. Los acuerdos se formalizarán en un instrumento especial, el que será homologado por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Otras normas establecen límites en porcentajes contratos precarios, derechos de información para las asociaciones sindicales y exigencias al empleador en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones legales”<sup>151</sup>.

Ermida señala que los anteriores mecanismos no han sido muy utilizados generando otras vías como el Acuerdo Marco para el Empleo, la Productividad y la Equidad Social, de 1994, cuyo objetivo busca la introducción de formas de flexibilidad negociadas colectivamente<sup>152</sup>.

En el caso de Brasil, su Constitución Política de 1988, en su artículo 7º, señala que: “Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que contribuyan a la mejoría de su condición social:

VI.- Irreductibilidad del salario, salvo lo dispuesto en convención o acuerdo colectivo.

XIII.- Duración del trabajo normal no superior a ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, facultada la compensación de horarios y la reducción de jornada, mediante acuerdo o convención colectiva de trabajo.

---

<sup>150</sup> *Ibíd.*

<sup>151</sup> *Op. Cit.* p. 13

<sup>152</sup> *Ibíd.*

XVI.- Jornada de trabajo de seis horas para el trabajo realizado en horarios ininterrumpidos de relevo, salvo negociación colectiva”<sup>153</sup>.

#### **1.2.4.2.3. Empresas de servicios transitorios en Argentina, Colombia y Uruguay**

Al igual que en Europa, en Latinoamérica en el último tiempo se han desarrollado con fuerza las empresas de servicios transitorios o empresas de empleo temporal (EET), como se les llama en estos países, simbolizando de manera clara los tipos de flexibilización que han operado en el mercado laboral a partir de la década de los noventas. Como ejemplo principal de este fenómeno tenemos los casos de Argentina, Colombia y Uruguay, que pasaremos a revisar a continuación.

El jurista Eduardo Ameglio, plantea un estudio comparativo de la regulación jurídica del funcionamiento de las EET en estos tres países. En sus conclusiones nos señala que<sup>154</sup>:

1.- Las EET se establecen por ley, tanto en Argentina como en Colombia, en el marco de reformas tendientes a flexibilizar el mercado del trabajo, a principios de la década de los noventas. En cambio en Uruguay las EET operan desde antes, básicamente como desarrollo del artículo 36 de la Constitución, referente a la libertad de trabajo.

---

<sup>153</sup> Constitución Política de la República de Brasil, en GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La flexibilidad laboral. Op. Cit. pp. 25-26.

<sup>154</sup> RAMÍREZ WELSCH, Marcela. Op Cit. pp. 28 a 41. También se puede consultar: ANDREANI DOMÍNGUEZ, Maite. Trabajo suministrado en el derecho comparado. Caso latinoamericano: Argentina-Uruguay. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 76 h.

2.- “El funcionamiento de las EET está fuertemente controlado por la autoridad laboral (Ministerio del Trabajo). Este control tiene su máxima expresión en las garantías que estas organizaciones deben constituir ante las autoridades públicas competentes, con el fin de salvaguardar los créditos laborales y de seguridad social del personal temporario”<sup>155</sup>.

3.- El grado de protección que goza el temporario (trabajador)<sup>156</sup> en estos ordenamientos está de buena forma resguardado, ya que estos tipos de trabajo no son considerados como de segunda categoría en relación al nivel de protección. Esto se da tanto en el plano de los derechos individuales, colectivos y en la seguridad social, es decir, que lo único que diferencia a estos trabajadores de los permanentes es el tiempo de duración de sus contratos.

4.- “El campo de acción que la ley le reserva a las EET, es especialmente amplio en el caso de argentino y colombiano. La delimitación en ambos casos es poco precisa, por lo que pierde sentido el carácter taxativo de las distintas hipótesis que prevé la ley. A estos efectos parece más aconsejable una definición conceptual de trabajo temporario como marco de referencia para delimitar el funcionamiento de estas organizaciones”<sup>157</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio esto trae como consecuencia que cada vez una mayor parte de la fuerza laboral se rijan por esta vía, dejando de lado el Derecho Formal del Trabajo y una de sus principales características, que es la de dar protección al trabajador. Pero, “en los hechos, la ausencia de reglamentación específica es la solución que se aplica en Uruguay”<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> Op. Cit. p. 40

<sup>156</sup> Nota de los tesisistas

<sup>157</sup> Op. Cit. p. 41

<sup>158</sup> *Ibíd.*

5.- En los casos analizados se consideran a las EET como el empleador del temporario para efectos, por ejemplo, de la formalización del contrato o el pago de las remuneraciones. En el caso Argentino, la protección del temporario se ve reforzada por la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria respecto de todas las obligaciones laborales. En Uruguay, cuando se recurre a la contratación de personal por intermedio de la EET, en situaciones que escapan al concepto de empleo temporal, doctrina y jurisprudencia responsabilizan solidariamente a la empresa usuaria con la EET.

6.- “El grado de protección que goza el temporario en estos ordenamientos determina que el recurso del empleo temporal vía EET, no puede tener por objeto abatir costos. La principal razón radica en que este tipo de contratación resulta un sistema adecuado para ajustar las necesidades de personal al nivel de actividad de la usuaria”<sup>159</sup>. Y, por esta senda, concordar la masa laboral toda con el nivel de la economía general.

Por último, y a modo de reflexión sobre el tema de la flexibilidad laboral tratado tanto en este acápite, como así también anteriormente, nos parece necesario decir que a nuestro juicio el hecho que el denominado mercado laboral esté compuesto por personas lo hace imposible de equiparar con los otros factores productivos y por lo mismo, cualquier reforma, sea que provenga de la fuente que sea, debe no sólo considerar los efectos económicos (muy importantes por cierto) que conlleva, sino que además debe considerar la valoración ética de la persona, abstraída por cierto de las leyes del mercado, puesto que la dignidad del hombre es un derecho superior consagrado en nuestra Constitución Política. Finalmente, la pregunta a responder, y dejamos abierto este tema, es ¿dónde termina la economía y dónde empieza la ética? De su respuesta nos parece que se debe seguir el camino tomado respecto de la multiplicidad de consecuencias que traen consigo la aplicación de normas

---

<sup>159</sup> *Ibíd.*

que tiendan a la flexibilidad laboral, en cuanto a qué derechos se van considerar fundamentales en el futuro.

## **CAPÍTULO II**

### **LA FLEXIBILIDAD LABORAL EN CHILE**

En las páginas anteriores, hemos pasado revista a las visiones generales que se han acuñado a propósito de este fenómeno denominado “flexibilidad laboral”: se han recopilado antecedentes, definiciones y análisis históricos y comparados relativos al tema.

Disponemos de conceptos y acercamientos científicos que nos permiten comprender y dimensionar, en general, la flexibilidad en las relaciones de trabajo.

Toca ahora, sin embargo, profundizar en el análisis, radicándolo en la realidad de nuestro sistema jurídico. Para ello, hemos dispuesto una división de base histórica, en el que la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123 marca un hito de referencia. Es por ello que analizaremos, en primer lugar, la génesis y evolución de la flexibilidad laboral en Chile, con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley, con especial énfasis en la subcontratación y el suministro de trabajadores. Y, en segundo lugar, analizaremos directamente la

Ley N° 20.123, y su inserción, como pieza clave, en el sistema de flexibilidad laboral de nuestro país.

## **2.1. El sistema de Flexibilidad Laboral en Chile con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123**

En líneas precedentes hemos afirmado que la conceptualización y la elaboración dogmática en materia de flexibilidad laboral es relativamente nueva, no alcanzando más que algunas décadas de desarrollo. Sin embargo, es válido preguntarse ¿si condiciones de empleo que hoy se conceptualizan y aglutinan como de flexibilidad laboral, no han sido anteriores a ellas, explicadas y entendidas de distinta forma?

### **2.1.1. Génesis y evolución de la Flexibilidad Laboral en Chile, aspectos generales y normativos. Con especial énfasis en subcontratación y suministro de trabajadores**

#### **2.1.1.1. Generalidades**

En este apartado, nos guiaremos fundamentalmente por las obras de Urmeneta<sup>160</sup> y Tapia<sup>161</sup>, en las cuales se analiza la flexibilidad laboral ocurrida en Chile dentro del marco de contratos, causales de despido, condiciones de empleo y condiciones salariales<sup>162</sup>; ciñéndonos básicamente al esquema propuesto por el primero de estos autores. En concreto, en esta parte del trabajo analizaremos el tema de la flexibilidad laboral, fundamentalmente, desde

---

<sup>160</sup> URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit.

<sup>161</sup> TAPIA GUERRERO, Francisco. La flexibilidad en el Derecho Chileno del Trabajo. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit. pp. 56 a 105

<sup>162</sup> Como podrá observarse más adelante, estas variables determinan, en el fondo, el nivel de flexibilidad preexistente en el sistema, antes de la dictación de la ley N° 20.123.



el punto de vista de la flexibilidad numérica externa de entrada, por ser la modalidad de flexibilización específica que nos ocupa, ya que en ella se enmarcan el trabajo en régimen de subcontratación y las empresas de servicios transitorios, cuyo análisis es nuestro objetivo. Sin perjuicio de que al momento de ver el panorama general de la flexibilidad laboral en Chile, abordaremos todos los tipos de flexibilidad, tratando de cubrir todos los casos existentes, tal como se verá en el esquema propuesto (matriz de flexibilidad laboral) que se encuentra al final de este apartado.

Debemos recordar que se debe tener presente lo dicho en el primer capítulo, al momento de analizar la flexibilidad laboral desde la perspectiva jurídica o normativa, por tener directa relación con el análisis que se efectúa a continuación.

Prosiguiendo con la génesis y evolución de la flexibilidad laboral en Chile, Tapia nos dice que una de las características del proceso de flexibilización en nuestro país es que éste se manifiesta “como flexibilidad interna que abarca al tiempo de trabajo, formación y estructura salarial”<sup>163</sup>, y como flexibilidad externa “ligada a la regulación de la contratación como de la extinción de la relación laboral”<sup>164</sup>.

Entre las formas de flexibilización externa de entrada están la subcontratación y el suministro de personal por terceros. En cuanto a la primera, la ENCLA<sup>165</sup> 2002 muestra que las actividades más subcontratadas son: servicios legales, seguridad, aseo y marketing. Más de la mitad de las empresas declara subcontratar alguna actividad. Incluso hay un aumento de la

---

<sup>163</sup> TAPIA GUERRERO, Francisco. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit. p. 74

<sup>164</sup> *Ibíd.*

<sup>165</sup> Encuesta Laboral que realiza la Dirección del Trabajo desde el año 1998, y que tiene por objetivo conocer las relaciones de trabajo y condiciones laborales dentro de la empresa privada formal.

subcontratación de actividades principales de la empresa desde 1999 a 2002 de un 14,5% a 17,7% (empresas de gran tamaño)<sup>166</sup>.

Ya en el año 2006, los datos entregados por la Dirección del Trabajo, a través de esta misma encuesta<sup>167</sup>, nos revelan que “el 41,2% de las empresas declaró subcontratar distintos tipos de servicios, práctica que se constata con mayor frecuencia a medida que crece el tamaño de la unidad observada; mientras en la microempresa subcontrata el 27,9%, la proporción es de 68,3% en la gran empresa. La subcontratación de la actividad principal es mayoritaria (32,6%); le siguen el transporte (26,1%), la seguridad y vigilancia (22,9%), la informática (21,4%) y los servicios legales (20,5%). El 54% de las empresas que declaró subcontratar faenas de su giro principal lo hace informalmente: acuerdo de palabra con sus contratistas y posterior entrega de boleta o factura por el servicio prestado. El 42% de las empresas que registran subcontratación en el giro de la empresa principal dijeron realizarla en el propio establecimiento. El 45% de los contratistas que se desempeñan en el giro de la empresa principal informaron recibir de ésta maquinaria, materiales y/o insumos para trabajar. El 43,6% de las empresas contratistas declara tener un solo cliente, situación que en 2004 reconocía el 28,6% de este grupo”<sup>168</sup>.

En cuanto al segundo instituto, el suministro de personal por terceros, y de acuerdo a la ENCLA 2002, la proporción existente era de un tercio, según los dirigentes sindicales, y de un 18,6% según los empresarios, esto debido a que no había legislación en ese entonces que reglara la materia. La mayor

---

<sup>166</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad laboral en Chile: Las empresas y las personas. Op. Cit. pp. 24 a 27

<sup>167</sup> Esta encuesta laboral se realizó el último trimestre de 2006, coincidente con la promulgación de la Ley N° 20.123, por lo que, la información recogida podría estar influenciada por este cambio normativo.

<sup>168</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Pulso N° 6 (Encuesta Encla). Octubre de 2007. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 02 de noviembre de 2007]

cantidad se concentraba en la industria, tanto respecto de la cantidad de trabajadores, así como de empresas que utilizan esta práctica<sup>169</sup>.

En cuanto a los contratos de duración indefinida, durante el año 2002, hubo muchas contrataciones de este tipo, pero también, muchos finiquitos de este mismo tipo de contratos. Por ende, ¿cuánta estabilidad garantiza un contrato indefinido?<sup>170</sup>.

En algo nos pueden ayudar a responder esa pregunta los datos arrojados por la ENCLA 2006, en lo referente a esta materia, ya que según ella “el 70% de los trabajadores de la muestra fue contratado en forma indefinida y el 11,5% a plazo fijo. Si bien los datos de la Encla 2006 no son plenamente comparables con los de las encuestas anteriores, se puede constatar que esta forma de contratación tiende a disminuir, a la vez que aumentan los contratos a plazo fijo y por obra o faena. Mientras en 1998 el 81,2% de los contratos eran indefinidos, en 2004 el 77,1% tenía esa condición; en tanto los contratos a plazo fijo habían aumentado de 6,9% el año 98 a 8,9% el 2004.

Las mujeres presentan mayor frecuencia de contratos indefinidos (74,7%) que los hombres (68,2%). El mayor contraste se observa, no obstante, en los contratos por obra o faena que representan un 17,4% de los hombres, frente a un 4,6% de las mujeres; la brecha se explicaría en la alta participación de los hombres en la construcción, sector donde el 59,6% de los contratos tienen dicha modalidad.

Las microempresas cuentan con la mayor proporción de contratos indefinidos (82,1%). En contraste, aquellas con menos contrataciones de este tipo son las empresas medianas (65,9%); éstas a su vez concentran el mayor porcentaje de contratos a plazo fijo (21,9%)”<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad laboral en Chile: Las empresas y las personas. Op. Cit. pp. 24 a 27

<sup>170</sup> Op. Cit. p. 43

<sup>171</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Pulso N° 6 (Encuesta Encla). Op. Cit.

Es aquella característica, señalada por Tapia, y los datos aportados por la Dirección del Trabajo, los que imponen la necesidad de revisar la flexibilidad laboral desde sus inicios, a través del prisma del contrato individual de trabajo.

#### **2.1.1.2. Antecedentes**

Adelantando una conclusión, Urmeneta asevera que en nuestro país, hasta fines de los años noventas, no se han introducido nuevas modalidades de contratación. Esto se debe a que nuestro sistema jurídico contemplaba, desde hacía tiempo, amplios grados de flexibilidad externa de entrada, conteniendo la regulación general formas de contrato a plazo fijo, a corto plazo, de duración temporal, jornadas parciales de trabajo y contratos especiales, los que se analizarán en líneas posteriores.

De otro lado, estos grados de flexibilidad en las modalidades de contratación, no habían ido acompañados de políticas de fomento a las mismas<sup>172</sup>, a través, por ejemplo, de exoneraciones en materia de contribuciones sociales, como sí ocurre en otros países<sup>173</sup>; probablemente porque las relativas bajas tasas de desempleo en la primera parte de la década del noventa, no habían hecho necesario el recurrir a tales herramientas. Antes que ello, “las últimas reformas o cambios en materia de contratación privilegian

---

<sup>172</sup> Con la salvedad del caso de los contratos de mayores de 65 años y los menores de 18. URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit. p. 70

<sup>173</sup> Al analizar la experiencia comparada española, vimos que este tipo de incentivos sirvió, tanto a principios de los años noventas para fomentar la contratación temporal, como ahora, a principios del siglo veintiuno, para promover la contratación indefinida.

la contratación de duración indefinida, tendiendo a disminuir el plazo máximo de los contratos de duración determinada y la posibilidad de celebrarlos sucesivamente”<sup>174</sup>. Pero ya hemos visto que esto cambió a partir de fines de los años noventas, después de la crisis asiática, entre otras causas<sup>175</sup>.

### **2.1.1.3. Evolución de las normas en materia de contratación**

En general, los cambios en esta materia dicen relación con la duración máxima de los contratos a plazo y los efectos de su renovación, sea indefinida, sea sucesiva en el tiempo.

El Código Laboral de 1931, de orientación tutelar, se enmarca en un contexto en el que el contrato de duración indefinida representa el modo usual de contratar.

Esta normativa configura un sistema de relaciones de trabajo caracterizado, según Barría, citado por Tapia<sup>176</sup>, por el reconocimiento de la libertad de contratación y despido de la fuerza de trabajo y el diseño de un modelo sindical radicado en la empresa, cuya actividad principal es la negociación. De ello colegimos que, además de su contenido tutelar, el Código Laboral de 1931 no posee una concepción intervencionista de la relación laboral.

---

<sup>174</sup> URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit. p. 70

<sup>175</sup> Ver lo dicho en este trabajo al analizar la flexibilidad laboral en base a la perspectiva económica.

<sup>176</sup> TAPIA GUERRERO, Francisco. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit. p. 61

Con posterioridad, la llamada Ley de Inamovilidad, Ley N° 16.455, de 1966, en lo relativo a contratos a plazo, impide pactarlo por un período superior a seis meses, disponiendo que en el caso que el trabajador continúe prestando sus servicios una vez expirado el plazo, dicho contrato se entenderá de duración indefinida.

Con la dictación del D.L. N° 2.200, dicho plazo se aumentó, primero, a un año, y con posterioridad, a dos años, fomentando indirectamente la suscripción de este tipo de contratos, generando con ello una práctica de contrataciones a plazo en forma sucesiva e indefinida y estableciendo “un sesgo de inestabilidad absoluta para el trabajador en el empleo”<sup>177</sup>, el que vino a corregirse, en parte, con la dictación de la Ley N° 18.018, de 1981, la que, respecto a la materia, dispuso que una segunda renovación hará entender el contrato como de plazo indefinido. Sin embargo, subsistía la posibilidad de practicar renovaciones indefinidas al contrato a plazo, no ya en forma sucesiva, sino que interrumpida, vale decir, mediando un período entre renovaciones, situación que buscó evitarse con la dictación de la Ley N° 19.010, de 1990.

La mentada ley estableció una presunción de contratación indefinida cuando un trabajador haya prestado servicios discontinuos, en virtud de dos o más contratos a plazo, durante doce meses o más, dentro de un período de quince meses, contados desde la primera contratación, excluidos los contratos por obra o faena, que por su naturaleza penden de un plazo indeterminable a priori.

---

<sup>177</sup> URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit. p. 71. El autor agrega que “Esta práctica se tradujo en un elemento regulador de la presencia sindical en el centro de trabajo, puesto que por la disminución de la plantilla podía afectarse el quórum necesario para formar un sindicato. La inestabilidad laboral afectaba tanto la afiliación como a la posibilidad de afiliación sindical”. *Ibíd.*

Además, volvió a modificar el límite del período para la pactación de contratos a plazo, reduciéndolo a un año para los casos generales.

Podemos señalar, entonces, que la normativa introducida con posterioridad al período 1978-1981 no vino en restaurar la lógica tutelar del Derecho del Trabajo en esta materia, más sí en intentar corregir los abusos que se posibilitaron con el quiebre de dicha lógica, provocados por la normativa dictada en el período dictatorial.

La importancia de esta evolución radica en el hecho que las normas relativas a contratación inciden en la estructura ocupacional, determinando la capacidad de contratación de los agentes empleadores, así como las condiciones en que esa capacidad opera<sup>178</sup>.

#### **2.1.1.4. Las modalidades del contrato de trabajo**

En este apartado cabe hacer tres precisiones:

- La primera refiere a que nuestro Código del Trabajo no regula todas las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores. Así se colige de la lectura de su artículo 1º, cuyo inciso segundo contiene su propio límite de aplicación<sup>179</sup>. Esta desvinculación no implica el dejar ciertas actividades

---

<sup>178</sup> Para un análisis más pormenorizado de la historia de la legislación laboral chilena, véase también: HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 17ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Vol. I; y THAYER ARTEAGA, William, NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Vol. I

<sup>179</sup> “Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial”. Artículo 1º, inciso 2º. CÓDIGO DEL

entregadas a la regulación del Derecho Privado o el Derecho Común, sino que simplemente el reconocimiento a la existencia de estatutos especiales para determinado tipo de actividades o relaciones laborales.

Nosotros, abordaremos las modalidades de contratación contenidas en el código del ramo.

- La segunda dice relación con lo expuesto en líneas anteriores, y es que el contexto en el que se ha desenvuelto el movimiento flexibilizador en nuestro país, ha sido eminentemente el del contrato individual de trabajo, por lo que, revisaremos las modalidades dentro de esta tipología.

- La tercera, tiene que ver con que nos abocaremos a analizar, someramente, los ejemplos más relevantes de modalidades de contratación no permanente y de modalidades especiales de contratación, ya que analizar todos los casos existentes, excede por mucho los parámetros establecidos para esta investigación. Y, como lo dijéramos anteriormente, sin perjuicio de que al momento de ver el panorama general de la flexibilidad laboral en Chile, trataremos de cubrir la totalidad de los casos existentes, tal como se verá en el esquema propuesto (matriz de flexibilidad laboral) que se encuentra al final de este apartado.



#### **2.1.1.4.1. Modalidades de contratación no permanente**

Sin perjuicio que el contrato de trabajo de duración indefinida, entendido como aquel que no señala una fecha determinada para su terminación, continúa siendo el privilegiado en nuestro sistema<sup>180</sup>, desde el punto de vista de la época en que nacen y cesan las obligaciones de empleador y trabajador, el contrato indefinido de trabajo coexiste junto a una gama de contratos no permanentes:

##### **2.1.1.4.1.1. Contrato de plazo fijo**

Es aquel que señala una fecha determinada de duración la que, de conformidad al N° 4 del artículo 159 del Código del trabajo, no podrá exceder de un año. El mismo numeral contiene la excepción a esta regla al establecer que tratándose de personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por

---

<sup>180</sup> URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit. p. 127

una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años<sup>181</sup>.

Como ya viéramos, la instauración en nuestro sistema de la posibilidad de contratar a plazo fijo con ella la posibilidad de cometer abusos, referidos básicamente a la posibilidad de renovar indefinidamente este tipo de contratos. Esta situación fue posteriormente corregida y en la actualidad la norma intenta evitar estas situaciones estableciendo ciertas presunciones, en cuya virtud, el contrato de plazo fijo pasa a entenderse como de duración indefinida.

Así, el inciso segundo del N° 4 del artículo 159 establece: “El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida”<sup>182</sup>.

A su vez, el inciso cuarto de la misma norma señala: “El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida. Igual efecto producirá la segunda renovación de un contrato de plazo fijo”<sup>183</sup>.

Como ya fuera señalado, estas normas intentan prevenir la ocurrencia de dos prácticas laborales: la de renovaciones sucesivas de contratos a plazo fijo en forma indefinida; la de evitar el efecto de la presunción del inciso cuarto, dejando mediar un tiempo entre las suscripciones de los contratos de plazo fijo.

---

<sup>181</sup> Artículo 159 N° 4, inciso 3°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>182</sup> Artículo 159 N° 4, inciso 2°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>183</sup> Artículo 159 N° 4, inciso 4°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

#### **2.1.1.4.1.2. Contrato de corto plazo**

La posibilidad de contratar por un plazo de 30 días o menos se desprende de la lectura del artículo 44 del Código del Trabajo, cuyos incisos 4º y 5º señalan: “En los contratos que tengan una duración de treinta días o menos, se entenderá incluido en la remuneración que se convenga con el trabajador todo lo que a éste debe pagarse por feriado y demás derechos que se devenguen en proporción al tiempo servido.

Lo dispuesto en el inciso anterior no regirá respecto de aquellas prórrogas que, sumadas al período inicial del contrato, excedan de sesenta días”<sup>184</sup>.

Respecto de este tipo de contratos, resulta plenamente aplicable la presunción contenida en el inciso cuarto del N° 4, del artículo 159 del Código del Trabajo.

#### **2.1.1.4.1.3. Contratos de duración temporal**

Sin perjuicio de no estar regulados en forma expresa, su reconocimiento por el Código del Trabajo se desprende de la lectura de su articulado, que reconoce efectos en relación con este tipo de contratos, particularmente en materia de terminación del mismo y de negociación colectiva. En suma, estos contratos no disponen de una duración determinada, sino que su nacimiento y conclusión penden del cumplimiento de la obra o faena que les dio origen, por

---

<sup>184</sup> Artículo 44, incisos 4º y 5º. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit. Del inciso 5º, Urmeneta colige la imposibilidad de prorrogar estos contratos por más de una vez, y la prórroga sólo puede ser hasta por 30 días adicionales. URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit. p. 73

lo que se denominan contratos de obra determinada o de faena transitoria o temporal<sup>185</sup>.

#### **2.1.1.4.1.4. Contratos con jornada parcial**

Reconocidos expresamente en virtud de la Ley N° 19.759, de 2001<sup>186</sup>, se entienden como aquellos en que se ha convenido una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria de trabajo, que establece el artículo 22 del Código del Trabajo.

Sin perjuicio que con anterioridad a la vigencia de esta ley se podía deducir la posibilidad de pactar contratos a jornada parcial, el nuevo articulado reglamenta expresamente éstos, particularmente en materia de horas extraordinarias (Artículo 40 bis A), equiparación de derechos respecto a los trabajadores a tiempo completo (Artículo 40 bis B), distribución de la jornada de trabajo (Artículo 40 bis C), y cálculo de la indemnización procedente por el término de los servicios (Artículo 40 bis D)<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Ejemplos de esto son el caso del N° 5, del artículo 159 del Código del Trabajo, que dispone que el contrato de trabajo termina en el caso que concluya el trabajo o servicio que dio origen al contrato. Así como también el contrato a prueba de los trabajadores de casa particular, establecido en el artículo 147 del Código del Trabajo. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>186</sup> La que, entre otras modificaciones, agregó el actual Párrafo 5°, al Capítulo IV del Título I, del Libro I del Código del Trabajo, que trata justamente de la jornada parcial. LEY N° 19.759. Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica. Chile. 05 de octubre de 2001. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>187</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

## **2.1.1.4.2. Modalidades especiales de contratación**

### **2.1.1.4.2.1. Contratos de reemplazo**

Los contratos de reemplazo o suplencia, se entendían como una especie dentro del género de contratos no permanentes, pudiendo asimilarse a contratos a plazo o por obra o faena, dependiendo de la posibilidad de determinación de su duración a priori.

### **2.1.1.4.2.2. Contrato de aprendizaje**

Definido como “la convención en virtud de la cual un empleador se obliga a impartir a un aprendiz, por sí o a través de un tercero, en un tiempo y en condiciones determinados, los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa establecido, y el aprendiz a cumplirlo y a trabajar mediante una remuneración convenida”<sup>188</sup>. Podemos desprender claramente que, antes que una prestación de servicios personales, el contrato de aprendizaje tiene como objetivo la formación profesional del aprendiz.

Respecto de él, existen normas particulares referidas a su duración (artículo 84), la que no podrá superar los dos años; remuneraciones, que podrán ser inferiores al mínimo establecido en la ley (artículo 81) y no podrán ser regulados por procedimientos de naturaleza colectiva (artículo 82); la calidad del aprendiz (artículo 79) cuya edad no podrá superar los 21 años a la hora de celebrar el contrato; límite al número de aprendices (artículo 85), los que no podrán superar el 10% del total de trabajadores a jornada completa en la empresa; y en cuanto a las infracciones en el cumplimiento de las

---

<sup>188</sup> Artículo 78. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

disposiciones que lo regulan, el Código del Trabajo establece multas como sanción<sup>189</sup>.

El contrato anterior se conoce como contrato de aprendizaje base, para diferenciarlo del contrato de aprendizaje promovido, establecido en la Ley N° 19.518 (SENCE)<sup>190</sup>.

Sólo a modo de referencia, debemos decir que existen otros tipos de contratos que se asemejan al anterior, tales como: el contrato de capacitación, de la Ley N° 19.518 (SENCE)<sup>191</sup>; el contrato de empleo-formación, del artículo 183 bis del Código del Trabajo; y el contrato especial de aprendizaje, de la Ley N° 19.284 (sobre plena integración social de personas con discapacidad)<sup>192</sup>.

#### **2.1.1.4.2.3. Contrato de personas menores de 18 años y de mayores de 65 años**

Como ya fuera señalado, este tipo de contratación constituye una excepción a la escasez de normas de fomento a la suscripción de contratos especiales de trabajo. Ello en virtud de la posibilidad de pactar una remuneración inferior al mínimo establecido en la ley, de conformidad al inciso

---

<sup>189</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>190</sup> LEY N° 19.518. Fija el nuevo estatuto de capacitación y empleo. Chile. 14 de octubre de 1997. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>191</sup> Op. Cit.

<sup>192</sup> LEY N° 19.284. Establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad. Chile. 14 de enero de 1994. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

2° del artículo 1 de la Ley N° 19.457, de 1996, norma de la que, a su vez, deducimos el reconocimiento de la existencia de este tipo de contratos<sup>193</sup>.

Esta norma de fomento a la contratación se justifica generalmente por la vía de destacar la precariedad de estos grupos etarios dentro del contexto de la masa de trabajadores<sup>194</sup>, manifestada básicamente en su baja empleabilidad debido a la falta de experiencia, por un lado, y a la baja valoración social de los adultos mayores, por el otro.

#### **2.1.1.4.2.4. Contrato a honorarios**

Urmeneta incluye esta particular modalidad de prestación de servicios dentro de las modalidades especiales de contratación y, junto con señalar su desconocimiento por parte del Código del Trabajo, agrega que “no constituye un contrato propiamente tal, sino más bien un tipo especial de arrendamiento de servicios que se encuentra establecido en el Código Civil. La diferencia más importante entre un contrato de trabajo y un contrato a honorarios es que éste último no establece una relación de subordinación y dependencia con el empleador. El contrato a honorarios se puede definir de la siguiente manera: “contrato en el cual una de las partes se compromete a prestar a la otra un servicio en forma independiente, es decir, sin quedar sujeta a una relación de dependencia y subordinación, y la otra a pagarle un precio u honorario por dicho servicio”<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> LEY N° 19.457. Reajusta ingreso mínimo mensual, asignaciones familiar y maternal y subsidio familiar. Chile. 25 de mayo de 1996. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>194</sup> URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit. p. 75

<sup>195</sup> Op. Cit. p. 76

Si bien no es una figura propiamente laboral, es otra herramienta más que existe en nuestro ordenamiento jurídico, de la cual puede hacer uso el empleador. De hecho muchas veces se mal utiliza este contrato para encubrir relaciones típicamente laborales.

#### **2.1.1.4.2.5. Subcontratación**

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 20.123, la figura de la subcontratación debía desprenderse del reconocimiento, por parte de la ley, de los efectos de la misma<sup>196</sup>.

Definida en un sentido estricto como “la relación jurídica que se presenta entre dos partes (persona jurídica o persona natural), en la que una parte contrata con la otra la ejecución de obras materiales de trabajo o prestación de servicios, a cambio de un precio convenido, en que la primera (empresa principal o usuaria o dueña de la obra o faena) se obliga a pagar a la otra parte, mientras que ésta se obliga a llevar a cabo el encargo por su cuenta y riesgo (o

---

<sup>196</sup> El antiguo artículo 64 del Código del Trabajo, hoy derogado por la Ley N° 20.123, establecía que el dueño de la obra, empresa o faena sería subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afectasen a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, cuando no pudiera hacerse efectiva la responsabilidad a que se refería su inciso segundo; el cual estipulaba que en los mismos términos, el contratista sería subsidiariamente responsable de las obligaciones que afectasen a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.



contratando a su vez con una tercera parte), contando para ello con sus propios recursos financieros, materiales y humanos, materializándose con sus trabajadores una relación laboral en la que claramente éstos pasan a estar bajo su dependencia y subordinación “<sup>197</sup>”.

La figura de la subcontratación ha admitido confusiones doctrinarias respecto a su concepto, el que en un sentido amplio englobaría lo que se denomina “trabajo suministrado”.

En concepto de Toro, no deben confundirse ambas figuras, primero por el hecho que no refieren al mismo fenómeno, sin perjuicio de estar dotadas de algunos elementos en común. En segundo lugar, podemos agregar, porque si bien la figura de la subcontratación podía deducirse de la normativa laboral, el suministro de trabajadores era totalmente desconocido por nuestro ordenamiento jurídico hasta la dictación de la Ley N° 20.123<sup>198</sup>, aun cuando en la práctica se utilizaba igualmente.

Por último, es preciso señalar que, como hemos visto y siguiendo a Urmeneta, la subcontratación venía en aumento desde fines de la década del noventa. Utilizada, en un primer momento, para tareas específicas, no esenciales de la empresa, lo que hoy se ha revertido según la ENCLA 2006; o para proveer de personal en épocas de mayor demanda de producción o ventas, en esta situación caían las empresas de servicios transitorios que no tenían regulación legal. Pero la cuestión en torno a la subcontratación, es que es utilizada con el mismo sentido que la contratación no permanente, pero posee mayores ventajas, como se verá al momento de analizar específicamente

---

<sup>197</sup> TORO CONTRERAS, Pamela. Análisis dogmático de la subcontratación laboral y del trabajo suministrado. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 62 h. p.12

<sup>198</sup> Op. Cit. p.11

esta figura (cumple la misma función a un menor costo en tiempo y en recursos y con una mayor eficiencia). En síntesis, hay un traspaso de trabajadores de planta por trabajadores subcontratados, generalmente, con inferiores garantías laborales. Finalmente, se puede concluir que más que los cambios normativos son las condiciones económicas imperantes las que van determinando la forma en que se establecen las condiciones de trabajo<sup>199</sup>.

De la revisión de los mecanismos de flexibilidad numérica externa de entrada que conforman las modalidades de contratos a plazo y los contratos especiales, se comprende la opinión casi unánime de la doctrina de los años noventa, en el sentido de admitir que nuestra legislación laboral disponía ya de amplios sectores de flexibilidad laboral<sup>200</sup>.

Estas consideraciones, unidas al hecho de constituir un elemento clave en el desarrollo de nuestro estudio, hacen necesario el análisis particular de las figuras de subcontratación y de suministro de trabajadores, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123, lo que se verificará a continuación<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> URMENETA, Roberto. En: TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Op. Cit pp. 129-130. Al respecto ver lo dicho en este trabajo al analizar la flexibilidad laboral en base a la perspectiva económica.

<sup>200</sup> Así, LIZAMA PORTAL, Luis. ¿Qué y cuánta flexibilidad en el derecho del trabajo chileno? Op. Cit. En la misma línea, TAPIA GUERRERO, Francisco. En: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit.; VALDÉS, Alfredo. Flexibilidad laboral. Programa de relaciones laborales. Santiago, Universidad de Chile, 1993. pp. 183-196; y THAYER ARTEAGA, William. Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral chileno. Revista de Estudios Públicos (54): 223-240, 1994; entre otros.

<sup>201</sup> Sobre el particular existe una variada y rica producción de libros e investigaciones a lo largo de nuestro país, es por ello que para evitar sobreabundar en la materia, en las siguientes secciones trataremos las figuras de la subcontratación y de las empresas de servicios transitorios de manera concisa y esquemática, ya que todos los autores consultados coinciden en los puntos fundamentales de estas instituciones. Al respecto, se pueden revisar, entre otras, las siguientes investigaciones y libros: VERGARA, Mónica (Compiladora). ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Cuadernos de Investigación, N° 10. Santiago, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1999. 177 h.; ECHEVERRÍA, Magdalena, URIBE, Verónica. Condiciones de trabajo en sistema de subcontratación. Santiago, Organización Internacional del Trabajo, 1998. 79h.; TORO CONTRERAS, Pamela. Op. Cit.; CORTÉS DÍAZ, Diego. Empresas de suministro de trabajadores. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Viña del Mar, Chile,

## **2.1.1.5. Trabajo en régimen de subcontratación**

### **2.1.1.5.1. Concepto**

En relación con la conceptualización en materia de subcontratación, la doctrina debió enfrentar la dificultad de no encontrar definiciones propuestas por el ordenamiento jurídico laboral, así como por el hecho que las elaboraciones de la Organización Internacional del Trabajo en la materia, no obedecían a sus esquemas de representación de las figuras de subcontratación y trabajo suministrado en forma separada; queriendo significar que obedecían a dos fenómenos bien diferenciados. Así lo reconocen, entre otros, Razeto Barry y Sánchez Medina<sup>202</sup>, y Toro<sup>203</sup>.

El primero de los citados enmarca la materia al señalar que, jurídicamente, la subcontratación tiene su origen en el Derecho Civil, refiriendo

---

Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 2002. 101 h.; FORNO VIERTEL, Francisco. La subcontratación en Chile: Problemática jurídico-laboral. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Viña del Mar, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 1999. 149 h.; LAFONTAINE, Juan, OBANDO, Hugo. Empresa de trabajo temporal, una relación triangular. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad Central de Chile, Facultad de Derecho, 2000. 114 h.; FIGUEROA RISOPATRÓN, Cristián, SCHWENCKE BALDE, Eduardo. Op. Cit.

<sup>202</sup> RAZETO BARRY, Manuel, SÁNCHEZ MEDINA, Francisco. Determinación del empleador en las relaciones laborales mediadas por un tercero. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005. 103 h. p. 16

<sup>203</sup> TORO CONTRERAS, Pamela. Op. Cit. p. 7 y ss.

“una figura contractual en la cual existen dos contratos de la misma naturaleza, siendo uno dependiente del otro”<sup>204</sup>.

Luego de significar la diferencia existente entre esta institución del derecho común con el fenómeno laboral, aventura una definición, señalando que “es una fórmula contractual compuesta por un contrato de naturaleza civil o comercial entre dos empresas, en virtud de la cual una (principal) encarga a la otra (contratista) la realización de una obra o prestación de un servicio determinado; y otro de carácter laboral por la cual la empresa contratista contrata trabajadores para la realización de esta obra o servicio”<sup>205</sup>.

Un tanto alejada de esta línea, que pretende un concepto unívoco de subcontratación, Cortés Espinoza<sup>206</sup> nos recuerda la creciente frecuencia del fenómeno de la subcontratación, en cuya virtud las empresas desligan determinadas actividades a un tercero especializado en ellas<sup>207</sup>. Volviendo a la misma línea seguida anteriormente por Urmeneta, al considerar a la subcontratación como una modalidad de contratación, Cortés Espinoza señala que “convendría hablar de las distintas formas de arreglos o prácticas que se conocen como subcontratación”<sup>208</sup>, revelando el hecho de que la subcontratación laboral constituye una práctica específica en un género más propio del campo del derecho civil y comercial.

Sin perjuicio de esta separación, el autor reconoce la procedencia de los mismos supuestos normativos que para el caso de la subcontratación civil o mercantil, a saber:

---

<sup>204</sup> RAZETO BARRY, Manuel, SÁNCHEZ MEDINA, Francisco. Op. Cit. p. 10

<sup>205</sup> Op. Cit. p.12

<sup>206</sup> CORTÉS ESPINOZA, Claudio. La responsabilidad subsidiaria en el trabajo prestado en régimen de subcontratación. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002. 230 h.

<sup>207</sup> Op. Cit. p. 64

<sup>208</sup> *Ibíd.*, citando a BRONSTEIN, Arturo.

- Coexistencia de dos contratos.
- El que estos contratos deben nacer en forma sucesiva.
- Ambos contratos deben ser esencialmente iguales.

Ahora bien, para efectos del presente trabajo, debemos distinguir la multiplicidad de figuras que una concepción amplia de subcontratación puede englobar, y separar lo que es el encargo de una obra o la prestación de un servicio determinado (subcontratación en sentido estricto, o subcontratación de bienes y servicios), de la cesión de trabajadores contratados por una empresa (denominada suministradora) a otra (denominada usuaria), para el desempeño de labores temporales en esta última (subcontratación en sentido amplio, o subcontratación de mano de obra). Esta última será tratada más adelante.

Luego, en la subcontratación en sentido estricto (o simplemente subcontratación), podemos identificar las siguientes figuras participantes del proceso:

-La empresa principal: designada también como empresa dueña de la obra, faena o servicio, que encarga a otra empresa la ejecución de determinada obra o la prestación de determinado servicio. La empresa principal traba una relación contractual, civil o comercial, con otra empresa o una persona natural encargada de realizar la obra o a prestar el servicio, y por la misma razón, no establece vínculo contractual con los trabajadores que ésta última parte debe contratar para dar cumplimiento a dicho mandato.

-Contratista: Aquel que se compromete a la ejecución de la obra o a la efectiva prestación del servicio; ha sido identificado por nuestra jurisprudencia como “quien se obliga para con el dueño de la empresa a prestarle servicios necesarios para mantener en funcionamiento la industria de éste, mediante el

pago de una cantidad determinada<sup>209</sup>. La Dirección del Trabajo, en sus dictámenes N° 1570, de 1982, y 2304/68, de 1991, entre otros, entendió por contratista a toda persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta para un tercero dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución material.

- Trabajador: el que conceptualizamos, de conformidad a la ley, como “toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”<sup>210</sup>. Esta persona natural celebra, por tanto, un contrato de trabajo, no con la figura de la empresa principal, sino con el contratista comprometido en la ejecución de la obra o la prestación del servicio.

- La posibilidad que el contratista celebre a su vez un contrato con otra persona natural o jurídica en cuya virtud éste encargue a aquel la realización de la faena o la prestación del servicio, hace nacer la posibilidad de la existencia de la figura del subcontratista.

De esta caracterización se desprenden consecuencias de relevancia:

- La primera de ellas es que la naturaleza de los contratos celebrados entre empresa principal y contratista (y entre contratista y subcontratista), y éste con sus trabajadores, no es igual o semejante. En efecto, mientras el primero de ellos será de naturaleza civil o comercial, puesto que se encarga o mandata determinada prestación, el o los segundos, serán de naturaleza laboral, dado que el vínculo que une a contratistas o subcontratistas con los trabajadores se

---

<sup>209</sup> CORTE SUPREMA. Recurso de Queja N° 3945, 1983. Citado por: FERNÁNDEZ, Eduardo. Outsourcing y subcontratación. *Revista Chilena de Derecho* 21 (1): 75 y ss., 1994

<sup>210</sup> Artículo 3°, letra b). CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

enmarca en lo que el artículo 7º del Código del trabajo denomina como contrato de trabajo<sup>211</sup>.

- El contrato civil o comercial celebrado entre la empresa principal y el contratista debe incluir cláusulas específicas y de efectos laborales, que establezcan:

- a) Que el contratista es el empleador de los trabajadores que contrate en la ejecución del encargo, asumiendo una responsabilidad directa en el cumplimiento de sus obligaciones respecto a ellos.
- b) Consecuencias jurídicas ante el incumplimiento de obligaciones laborales o previsionales por parte del contratista para con sus trabajadores, con el objetivo de prevenir la ocurrencia de este tipo de situaciones<sup>212</sup>.

- Consecuencia de los dos puntos precedentes, es el hecho que el empleador de los trabajadores es la figura del contratista (o subcontratista en su caso) y en ningún caso la empresa principal, sin perjuicio de las normas de subsidiariedad en el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, que contemplaban los antiguos artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo<sup>213</sup>, en virtud de los cuales interesaba a los sujetos involucrados, la estipulación de cláusulas de resguardo frente a posibles incumplimientos en estas materias..

---

<sup>211</sup> Artículo 7º: “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada”. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>212</sup> WALKER, Francisco. Derecho de las relaciones laborales. Santiago, Editorial Universitaria, 2003. 718 h. p. 418

<sup>213</sup> Hoy derogados por la Ley N° 20.123

### **2.1.1.5.2. Características**

Las características que presenta esta modalidad de contratación, derivadas de lo hasta aquí señalado son:

- a) Existencia de un contrato civil o comercial: celebrado entre la empresa principal y el contratista, y cuyo objeto es la ejecución de una obra o la prestación de un servicio por parte de este último.

Sin perjuicio de las cláusulas de efectos laborales que puedan celebrar las partes de este contrato, ello no alterará la naturaleza civil o comercial del mismo.

- b) Precio: Entendido como la contraprestación pecuniaria que la empresa principal se obliga a cancelar en virtud de las obligaciones contraídas por el contratista.

- c) Existencia de un contrato de trabajo: Celebrado entre el contratista o subcontratista y los trabajadores. Este contrato no puede ser entendido como de la misma naturaleza que el celebrado entre la empresa principal y el contratista, toda vez que reúne los elementos propios de una relación laboral, a saber:

- Prestación de servicios personales o materiales
- Ejercicio de estos servicios bajo dependencia o subordinación respecto del contratista
- Remuneración convenida entre las partes como pago por estos servicios.



### **2.1.1.5.3. Régimen legal**

La subcontratación laboral no se encontraba regulada en forma expresa por el Código del ramo o por sus leyes complementarias. Sin embargo, existían ciertas disposiciones que permitían deducir su reconocimiento, o al menos determinar las consecuencias jurídicas ante la presencia de esta figura.

Desde el primer Código del Trabajo, de 1931, se contenían normas relativas a una responsabilidad subsidiaria radicada en el dueño de la obra, empresa o faena para con los obreros que laboraran en ella. Cabe destacar, sin embargo que:

- a) No procedía cuando quien encargaba la obra era una persona natural, en el caso de construcción de edificios por un precio único prefijado.
- b) Tenía como sujetos beneficiarios a los obreros, excluyendo a otro tipo de trabajadores.

Ahora bien, sin perjuicio de la inexistencia de una regulación exhaustiva de la figura de la subcontratación con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123, y el que se pueda arribar a ella en virtud de la interpretación de

artículos relativos a responsabilidad subsidiaria del contratista, podemos encontrar también un argumento de base histórica, interpretando el espíritu del legislador de determinada época.

Walker<sup>214</sup> explica que en virtud de la dictación de la Ley N° 16.757, de 1968, se limitó la presencia de contratistas en nuestro sistema. Dicha limitación, contraria a los principios impulsados por el Régimen Militar de 1973-1989, manifestados en los Bandos Constitucionales y cristalizados en lo que sería la Constitución de 1980<sup>215</sup>, fue eliminada en virtud de la derogación de dicha norma por parte del D.L. N° 2950, de 1979.

En concepto del arquitecto del denominado Plan Laboral, José Piñera Echenique<sup>216</sup>, la derogación de esta norma constituyó uno de los pilares de este proceso, dada la necesidad del funcionamiento libre de contratistas en la implementación del modelo económico impulsado por el régimen de facto. Vale decir, más allá del reconocimiento por parte del legislador de esta figura, en lo tocante a materias de responsabilidad, existió un ánimo de reconocer y potenciar su existencia, tendencia que no fue revertida hasta el día de hoy.

En concreto, y sin ánimo de ser redundantes, la normativa nacional vigente con anterioridad a la Ley N° 20.123, reconoció la figura de la subcontratación por la vía de regular determinados efectos, particularmente los relativos a cumplimiento de obligaciones laborales y a formas de hacer efectivos ciertos derechos en favor de trabajadores que laboraban al alero de esta figura. Estas normas eran:

---

<sup>214</sup> WALKER, Francisco. Op. Cit. pp. 424 y ss.

<sup>215</sup> En particular y tocante a la materia, la garantía contenida en su artículo 19 N° 21, que consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, teniendo como limitantes la ley, la moral, el orden público o la seguridad nacional. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Op. Cit. p. 28

<sup>216</sup> Citado por WALKER, Francisco. Op. Cit. p. 424

1.- Artículo 64 del Código del Trabajo: que establecía vías de remisión de responsabilidad:

a) Al dueño de la obra, empresa o faena:

- De las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas a favor de sus trabajadores, y

- De iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas cuando dicha responsabilidad no pudiera hacerse efectiva en la figura del contratista.

b) Al contratista:

- Respecto a obligaciones laborales y previsionales que afecten a sus subcontratistas a favor de sus trabajadores.

Cabe destacar dos efectos adicionales contenidos por la misma norma:

- Reconoce la posibilidad del trabajador afectado de demandar subsidiariamente a quienes puedan responder de sus derechos. En otras palabras, la manera de hacer efectiva esta remisión de responsabilidad es por vía judicial.

- Aunque los beneficiarios de la norma son todos los trabajadores, y no solamente los “obreros”, la norma aún es improcedente en el supuesto de que quien encarga la obra era una persona natural, en el caso de construcción de edificios por un precio único prefijado.

2.- Artículo 64 bis del Código del Trabajo: complemento de la norma de radicación subsidiaria de responsabilidad, esta norma establecía:

a) El derecho que tiene el dueño de la obra o faena de ser informado sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de los contratistas.

b) El derecho que tienen tanto el dueño de la obra como el contratista de igual información por parte de sus subcontratistas.

c) Además, impone el deber para con la Dirección del Trabajo de informar de las infracciones que se constaten en el cumplimiento de obligaciones laborales o previsionales en el mismo orden que se establecen los derechos precedentes, vale decir, al dueño de la obra respecto de las infracciones cometidas por los contratistas, y tanto al dueño de la obra como al contratista, respecto de las infracciones cometidas por los subcontratistas

3.- Artículo 4°, inciso 2°, de la Ley N° 16.744, en concordancia con el artículo 209 del Código del Trabajo:

La Ley N° 16.744, en su artículo 4°, inciso 2°, señala: "Respecto de los trabajadores de contratistas o subcontratistas, deberán observarse, además, las siguientes reglas:

El dueño de la obra, empresa o faena, será, subsidiariamente responsable de las obligaciones que, en materia de afiliación y cotización, afecten a sus contratistas respecto a sus trabajadores. Igual responsabilidad afectará al contratista con relación a las obligaciones de sus subcontratistas"<sup>217</sup>.

---

<sup>217</sup> LEY N° 16.744. Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Chile. 01 de febrero de 1968. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

El artículo 209 del Código del Trabajo dispone: “El empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la ley N° 16.744.

En los mismos términos, el dueño de la obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones que en materia de afiliación y cotización, afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas”<sup>218</sup>.

Ambas normas establecen un sistema de subsidiariedad de responsabilidad en el cumplimiento de obligaciones de afiliación y cotización, de idéntico tenor al descrito precedentemente relativo al cumplimiento de obligaciones laborales o previsionales.

Además, como señala Walker, “debe recalcar que esta responsabilidad se extiende, muy especialmente también, a las materias de prevención de accidentes del trabajo y, en general, a todo el ámbito de la seguridad”<sup>219</sup>.

#### **2.1.1.5.4. Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo**

Si bien la Dirección del Trabajo no entró a definir lo que se entiende por subcontratación, sí entregó un concepto de contratista, del que podemos deducir la figura de la subcontratación y los elementos que la componen.

Es así como en el Dictamen 9159/212, define al contratista como “toda persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta para un tercero

---

<sup>218</sup> Artículo 209. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>219</sup> WALKER, Francisco. Op. Cit. p. 428

dueño de la obra, empresa o faena, labores de ejecución o prestaciones de servicio mediante un precio convenido, contratándose para ello trabajadores”<sup>220</sup>.

De esta manera, y en términos simples, la empresa principal será la entidad que, en virtud de un contrato celebrado con el contratista, encarga la ejecución de una obra o la prestación de un servicio determinado, mediante un precio convenido, y los trabajadores serán aquellos contratados por el contratista en el cumplimiento de su encargo, dependientes y/o subordinados a él.

Ahora bien, en relación con el sistema de responsabilidad subsidiaria consagrado por los artículos que hemos analizado, la Dirección del Trabajo mantuvo una línea sistemática de entender dicho sistema, recogida en los dictámenes N° 5624, de 1989, 752/39, de 1994, 4546/220, de 1995, 5928, de 1996, entre otros. Dicha línea se recogió y sistematizó<sup>221</sup> en el Dictamen 5393/236, el que al respecto señala: “Responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena a que se refiere el artículo 64 del Código del Trabajo, se encuentra referida a todas las obligaciones de carácter legal y previsional, que se originen entre el contratante y sus trabajadores, limitada, sin embargo, al tiempo o período durante el cual el o los dependientes prestaron efectivamente servicios para quienes se ejecuta la obra y en el que se originan tales obligaciones”<sup>222</sup>.

Al entender de la Dirección del Trabajo, la responsabilidad subsidiaria que afecta al dueño de la obra en virtud de la norma citada, es de contenido

---

<sup>220</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 9159/212, de 14.12.90. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

<sup>221</sup> RIQUELME RICEDA, Cristián. Subcontratación según la jurisprudencia administrativa de la Inspección del Trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 52 h. p. 32

<sup>222</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 5393/236, de 02.10.96. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

amplio, puesto que incluye todas las obligaciones de carácter legal y previsional que se originen entre el contratante y sus trabajadores. De otro lado, también es esencialmente temporal, dado que su nacimiento y extinción están dados por el tiempo o período durante el cual los dependientes prestaron efectivamente servicios para quien se ejecuta la obra.

Respecto, sin embargo, de la posibilidad reconocida al trabajador de requerir judicialmente al dueño de la obra, el dictamen indica que “no procede demandar y requerir de pago al dueño de la obra o al contratista, sin haber requerido previamente al contratista o subcontratista, respectivamente, como tampoco demandar conjuntamente a ambos”<sup>223</sup>.

Esta situación quedó zanjada en definitiva por la ley, puesto que el inciso tercero del artículo 64 del Código del Trabajo, introducido por la Ley 19.666, de 10 de marzo de 2000, disponía que el trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podría también demandar subsidiariamente a todos aquellos que pudieran responder en tal calidad de sus derechos. Recordemos que esta norma está actualmente derogada.

#### **2.1.1.6. Empresas de servicios transitorios**

##### **2.1.1.6.1. Concepto**

Distinta de lo que se ha denominado “subcontratación en sentido estricto”, es la figura del suministro de trabajadores, que importa “la otra forma de subcontratación, el objeto no es un producto, sino trabajo. Es decir, cuando

---

<sup>223</sup> *Ibíd.*

una empresa contrata con otra, no la compra de determinados bienes o servicios, sino la provisión de trabajo, específicamente, de trabajadores”<sup>224</sup>.

Reconociendo la dificultad de dar conceptos, al carecer de un marco legal y de notas doctrinales al respecto, José Luis Ugarte<sup>225</sup> propone entender el contrato de trabajo temporal como “aquel en que un trabajador se obliga ante su empleador a prestar servicios para un tercero, por un período transitorio, en las condiciones y por el tiempo que este le señale”<sup>226</sup>.

Si bien el carácter transitorio se erige como uno de los ejes de esta figura, Lizama advierte que en la realidad ella se ha prestado no sólo para cubrir necesidades temporales de las empresas usuarias, sino también para aquellas de carácter permanente, manifestando un uso indiscriminado del suministro de trabajadores al alero de la falta de regulación específica al respecto<sup>227</sup>.

En concreto, lo que se produce en el suministro de personal es que “una persona o empresa proporciona a otra empresa, trabajadores para que presten servicios en ella pero, permaneciendo éstos formalmente como empleados de la primera”<sup>228</sup>.

Aparece, por tanto, entre empleador y trabajador un tercero intermediario, de características particulares que revisaremos en el punto siguiente, pero del que podemos adelantar, que retiene su calidad de

---

<sup>224</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. El otro trabajo: El suministro de personas en las empresas. Cuadernos de Investigación, N° 7. Santiago, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1998. 196 h. p. 37

<sup>225</sup> UGARTE CATALDO, José Luis. Suministro de trabajadores y trabajo temporal. ¿Empresas sin trabajadores? En: VERGARA, Mónica. Op. Cit. pp. 16 a 38

<sup>226</sup> Op. Cit. p. 19

<sup>227</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. ¿Qué y cuánta flexibilidad en el derecho del trabajo chileno? Op. Cit. p. 6

<sup>228</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. El otro trabajo: El suministro de personas en las empresas. Op. Cit. p. 28



empleador, sin perjuicio de no retener la potestad de mando y subordinación propia del empleador tradicional.

En esta figura, es la empresa suministradora quien entrega a la usuaria un trabajador, laboralmente administrado por él. Ello importa que será el suministrador quien celebre los respectivos contratos de trabajo, y el encargado de ponerle término en virtud del requerimiento de la usuaria, y por ende, el encargado del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de él.

#### **2.1.1.6.2. Características**

Considerando lo anteriormente expuesto, y siguiendo a Ugarte<sup>229</sup>, para encontrarnos en un caso de trabajo temporal deben concurrir las siguientes condiciones fundamentales:

1.- El carácter trilateral de la relación de trabajo temporal. Vale decir, que debe presentarse una vinculación simultánea entre tres partes:

a) La empresa usuaria, que utiliza efectivamente los servicios del trabajador temporal, ejerciendo sobre él la potestad de mando laboral y pagando por ellos un precio a la empresa de trabajo temporal.

b) La empresa de trabajo temporal o de servicios transitorios, aquella que suministra los trabajadores a la empresa usuaria, despojada de la potestad de mando, pero que conserva su calidad de empleadora. Ugarte agrega que “es

---

<sup>229</sup> UGARTE CATALDO, José Luis. En: VERGARA, Mónica. Op. Cit. pp. 19 y ss.

una regla de oro en el derecho comparado que sólo pueden detentar esta calidad personas jurídicas cuyo giro sea el suministro de personal”<sup>230</sup>.

c) El trabajador temporal, persona natural que suscribe un contrato de trabajo con la empresa suministradora, pero presta sus servicios a la usuaria.

2.- Se considera empleador a la empresa de trabajo temporal y no a la usuaria, por lo que las obligaciones laborales recaen en aquella.

Este rasgo es el que constituye a esta figura en una verdadera ficción: para la determinación del empleador no debe atenderse a quien recibe los servicios y ejerce la potestad de mando, sino a quien ha celebrado el contrato de trabajo temporal en calidad de tal.

Esta ficción no consagrada en la legislación previa a la Ley N° 20.123, es la que llevó a la Dirección del Trabajo a negar sistemáticamente la calidad de empleador de la empresa suministradora, en aplicación precisamente del principio de realidad, en cuya virtud el empleador será quien aproveche los servicios prestados por el trabajador y ejerza la potestad de mando respecto de él.

Así los hechos, agrega Ugarte, “existe un empleador real, con quien el trabajador trata día a día, pero a quien la ley le da el carácter de tercero interesado, y en el derecho existe un empleador virtual, con quien el trabajador sólo ha suscrito el acto de contratación inicial, pero a quien la ley, sin embargo, le reconoce el carácter de parte directa”<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> Op. Cit. p. 20

<sup>231</sup> Ibíd.

3.- El trabajo a realizar por parte del trabajador suministrado debe ser de carácter transitorio.

En este sentido, ya hemos señalado que el desconocimiento legal de esta figura posibilitó un uso indiscriminado de la misma, abarcando servicios tanto de carácter temporal como permanente<sup>232</sup>

#### **2.1.1.6.3. Régimen Legal**

Sin perjuicio del reconocimiento de la figura del suministro de personal como una realidad pujante en nuestro país, la doctrina nacional fue insistente en señalar la ilegalidad de las empresas de servicios transitorios, dado su desconocimiento por parte del ordenamiento jurídico anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123.

Así, y entre otros, Lizama nos indica que el suministro de trabajadores “en términos estrictamente jurídicos es ilegal porque de conformidad al artículo 8° del Código del Trabajo, los dependientes tienen derecho irrenunciable a que se celebre su contrato con su empleador, esto es, con aquel que se beneficia de los servicios prestados por el trabajador y no con el que celebra formalmente un contrato para ponerlos a disposición de un tercero”<sup>233</sup>.

Pero en vista de que la práctica de suministrar trabajadores o, si se prefiere, de subcontratar mano de obra, era extendida en nuestro país antes de

---

<sup>232</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. ¿Qué y cuánta flexibilidad en el derecho del trabajo chileno? Op. Cit. p. 6. Además, el propio Ugarte señala, refiriéndose a la temporalidad del trabajo realizado: “Este punto es crucial, ya que una de las principales críticas a esta figura, especialmente relevante para nuestro país, corresponde al hecho de ser utilizada como un medio de que grandes empresas encubran la contratación de trabajadores que van a efectuar tareas propias de la empresa durante largos períodos de tiempo, con empresas menos solventes, eludiendo el cumplimiento de la legislación laboral”. UGARTE CATALDO, José Luis. En: VERGARA, Mónica. Op. Cit. p. 21

<sup>233</sup> LIZAMA PORTAL, Luis. ¿Qué y cuánta flexibilidad en el derecho del trabajo chileno? Op. Cit. p. 6

la dictación de la Ley N° 20.123, tal como lo demostraron diversos estudios realizados por la Dirección del Trabajo<sup>234</sup>, así como por sus encuestas laborales ENCLA, entre otros, podemos intentar darle algún tipo de sustento normativo a esta figura.

Siguiendo a la profesora Halpern<sup>235</sup>, podemos mencionar, en primer lugar, a la descentralización productiva en nuestro país: “La fuente que le da legitimidad a la descentralización productiva es el Artículo 19 Número 21 de la Constitución Política del Estado, la libertad económica, la libertad de la iniciativa de la empresa. Pero también, debemos recordar la existencia del artículo 3° del Código del Trabajo, en el que encontramos el concepto de empleador y, también, de empresa”<sup>236</sup>.

Luego, podemos señalar ejemplos de normas, de menor rango al constitucional, que plasman la descentralización productiva de nuestro país, y que ayudaban a configurar el sustrato que, en la práctica, reconocía la existencia del suministro de personal; como las siguientes:

a) Trabajadores que prestan “servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos”<sup>237</sup>, o “preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones”<sup>238</sup>. Artículo 22, incisos 2° y 4°, del Código del Trabajo.

---

<sup>234</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. El otro trabajo: El suministro de personas en las empresas. Op. Cit.; ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad laboral en Chile: Las empresas y las personas. Op. Cit.; y VERGARA, Mónica. Op. Cit.

<sup>235</sup> HALPERN MONTECINOS, Cecily. El nuevo fenómeno organizativo: Causas e implicancias. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley N.° 20.123: 4 y 5 julio de 2006. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2006. 28 h.

<sup>236</sup> Op. Cit. p. 18

<sup>237</sup> Artículo 22, inciso 2°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>238</sup> Artículo 22, inciso 4°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

b) La subcontratación, de los antiguos artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, analizados anteriormente.

c) Sistema de subsidiariedad de responsabilidad en el cumplimiento de obligaciones de afiliación y cotización, artículo 4° de la Ley N° 16.744, en relación con el artículo 209 del Código del Trabajo, también ya analizados; así como el artículo 69 de la ley anterior, que trata sobre las indemnizaciones civiles y por daño moral, en caso de accidente o enfermedad, por culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero<sup>239</sup>. Estas normas remiten al deber general del empleador de proteger la vida, salud, higiene y seguridad de los trabajadores en sus faenas, así como de constar con todos los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales, del artículo 184 del Código del Trabajo<sup>240</sup>. Éste último artículo ha sido modificado por la Ley N° 20.123, incorporándole dos nuevos incisos, como lo veremos más adelante.

d) Decreto Supremo N° 594, del año 2000, del Ministerio de Salud<sup>241</sup>, que reglamenta las condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, “norma que obliga a la empresa a tomar acciones preventivas, de tutela, de la salud y de la vida de los trabajadores, cualquiera sea su empleador; basta con que ellos estén interna geográfica o territorialmente insertaos en sus faenas, al interior de la empresa<sup>242</sup>”. Sean o no trabajadores propios.

e) Artículo 92 bis del Código del Trabajo, que trata sobre la intermediación de trabajadores agrícolas, introducido por la Ley N° 19.759, del

---

<sup>239</sup> Artículo 69. LEY N° 16.744. Op. Cit.

<sup>240</sup> Artículo 184, inciso 1°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>241</sup> MINISTERIO DE SALUD. Decreto Supremo N° 594. Aprueba reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo. Chile. 29 de abril de 2000. [en línea]. Ministerio de Salud de Chile. <<http://www.minsal.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>242</sup> HALPERN MONTECINOS, Cecily. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 21

año 2001<sup>243</sup>, incorporó la obligación para las personas que se desempeñen como intermediarias de trabajadores agrícolas y de aquellos que presten servicios en empresas comerciales o agroindustriales derivadas de la agricultura, de la explotación de madera u otras afines; de inscribirse en un registro especial que debe llevar la Inspección del Trabajo respectiva<sup>244</sup>. Como veremos al momento de analizar la Ley N° 20.123, éste artículo ha sido modificado por ella, agregándosele dos nuevos incisos.

f) El fraude laboral, que se configura a través de dos figuras que se desprenden del artículo 478 (507)<sup>245</sup> del Código del Trabajo:

---

<sup>243</sup> LEY N° 19.759. Op. Cit.

<sup>244</sup> La Dirección del Trabajo, en su página web, ha señalado al respecto:

“¿Qué es el Registro de obras o faenas de Intermediarios Agrícolas?

En virtud de lo dispuesto en el artículo 92 bis del Código del Trabajo, es un trámite mediante el cual un "empleador intermediario agrícola", ya sea simple enganchador (ofrece un trabajo que finalmente proporciona otro empleador agrícola, normalmente exigiendo desplazamientos geográficos) o contratista (presta servicios con sus trabajadores a otro empleador agrícola), registra la obra o faena en la que interviene, mediante una declaración jurada en la Inspección del Trabajo en la cual finalmente prestarán sus servicios los respectivos trabajadores.

¿Quiénes deben registrar sus obras o faenas?

De acuerdo a lo expuesto, están obligados a registrar sus obras o faenas tanto los intermediarios agrícolas que se desempeñen como simples enganchadores, cuanto los que presten servicios como contratistas.

¿Para qué sirve que el Intermediario Agrícola se Registre?

Finalidad del trámite: Está destinado a facilitar el cumplimiento y control de las obligaciones y derechos laborales relativos a los trabajadores agrícolas de temporada ("los temporeros y temporeras"), pues consiste en un mecanismo facilitador de las identidades de quienes intervienen directa o indirectamente como empleadores. Con ello se facilita la delimitación de las responsabilidades laborales directa y subsidiaria, promoviendo una relación más precisa y transparente entre los propios empresarios involucrados en las labores agrícolas, ya que el empresario propietario o administrador de un predio sabrá que contrata con un intermediario, enganchador o contratista, registrado y así, que sus posibilidades de tener que eventualmente responder en forma subsidiaria de las obligaciones laborales incumplidas por aquél respecto de sus trabajadores con los que les presta servicios, serán menores". DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Intermediario agrícola (Registro de obras o faenas). [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. s.f. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 02 de noviembre de 2007]

<sup>245</sup> El artículo único de la Ley 20.087, en su N° 19, reemplazó numeraciones de diversos artículos del Código del Trabajo, por lo que, cuando aparezcan artículos entre paréntesis como es el caso al que corresponde esta cita, deberá entenderse que se debe a la situación aquí explicada. Todo el cambio de articulado del Código del Trabajo empezará a regir el 1° de marzo de 2008. LEY N° 20.087. Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del

- La simulación, que consiste en que un empleador simule la contratación de trabajadores a través de terceros, lo que “en el fondo es un encubrimiento de la verdadera relación laboral. Hay una serie de requisitos que la Dirección del Trabajo ha señalado para que se considere que hay simulación: existencia de un empleador, inexistencia de un contrato escriturado, que un tercero aparezca como acreedor de los servicios del trabajador”<sup>246</sup>. El Código del Trabajo establecía multas para el empleador que simulara y responsabilidad solidaria para él y para los terceros, por los derechos laborales y previsionales que correspondían al trabajador<sup>247</sup>.

- El subterfugio, cualquiera éste sea, para ocultar, disfrazar o alterar la individualización o patrimonio del empleador y “que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención”<sup>248</sup>. Podemos concluir que “en el fondo tiene que ver con distintas formas societarias o división de sociedades” (...) “Dice relación con la posibilidad que el trabajador no conozca la individualidad completa de la empresa, o haya también un ocultamiento del patrimonio”<sup>249</sup>. El Código del Trabajo establece multas para quien incurra en esta práctica y la obligación de

---

Código del Trabajo. Chile. 03 de enero de 2006. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007].

Recordemos que estas modificaciones se enmarcan en el contexto general de cambio en la justicia laboral que está operando en nuestro país. Al respecto, también ver: LEY N° 20.022. Crea juzgados laborales y juzgados de cobranza laboral y previsional en las comunas que indica. Chile. 30 de mayo de 2005. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>246</sup> HALPERN MONTECINOS, Cecily. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 20

<sup>247</sup> Artículo 478 (507), inciso 1°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>248</sup> Artículo 478 (507), inciso 2°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>249</sup> HALPERN MONTECINOS, Cecily. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 20. “Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, (...) cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente”. Artículo 478 (507), inciso 3°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

pagar todas las prestaciones laborales que correspondieren a los trabajadores, las que podrán demandar en juicio ordinario del trabajo<sup>250</sup>.

El año 2001<sup>251</sup> se sustituyó el artículo 478 (507), por el que acabamos de analizar, “ya que antes había que demostrar que había una intención de simulación, un dolo, una intención de daño, por parte del empleador que simulaba, o la empresa que simulaba”<sup>252</sup>. Se estableció una responsabilidad objetiva, “basta el resultado, de que los trabajadores obtengan una desprotección en sus derechos laborales y previsionales”<sup>253</sup>.

En cuanto a la prescripción que se establece para la extinción de las acciones y derechos regulados por este artículo, se presenta la particularidad de que “será de cinco años contados desde que las obligaciones se hicieron exigibles”<sup>254</sup>. Cuando la regla general es que los derechos regidos por el Código del Trabajo prescriben en dos años a partir de la fecha en que se hicieron exigibles y las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este mismo Código, así como la acción para reclamar la nulidad del despido, prescriben en seis meses contados desde la terminación de los servicios o desde la suspensión de los mismos, respectivamente.

Todo lo dicho hasta aquí de la disposición en comento, nos lleva a pensar que el legislador tenía la intención de sancionar duramente el fraude laboral, en especial cuando se trataba de suministrar trabajadores por terceros, perjudicando los derechos y libertades de los trabajadores. Esto llevó a algunos incluso a preguntarse si era necesario crear toda una nueva normativa que regulara a la subcontratación y a las empresas de servicios transitorios, o si con

---

<sup>250</sup> Artículo 478 (507), inciso 4º. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>251</sup> LEY N° 19.759. Op. Cit.

<sup>252</sup> HALPERN MONTECINOS, Cecily. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 20

<sup>253</sup> *Ibíd.*

<sup>254</sup> Artículo 478 (507), inciso 5º. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.



la existencia del artículo 478 (507) del Código del Trabajo, era suficiente resguardo para el trabajador.

Por último, señalaremos que el inciso primero del artículo 478 (507) del Código del Trabajo, también ha sido modificado por la Ley N° 20.123, así se verá en su momento.

g) Artículo 20 de la Ley N° 17.322<sup>255</sup>, sobre cobro de cotizaciones, modificado el año 2005 por la Ley N° 20.023<sup>256</sup>, sobre cobro de imposiciones laborales atrasadas; establece que “En todo contrato de construcción de obra, reparación, ampliación o mejoras y en los demás contratos sobre faenas o servicios celebrados con contratistas o subcontratistas” (...) “el dueño de la obra responderá subsidiariamente de las obligaciones previsionales que fueren de cargo de los contratistas o subcontratistas, correspondientes a los trabajadores que hubieren prestado servicios en la respectiva obra, empresa o faena”<sup>257</sup>.

Todas estas normas contienen (o contenían, en el caso de la subcontratación) disposiciones y figuras que, si bien la mayoría apuntan a la protección de los trabajadores, daban a entender o creaban el escenario apropiado para que el suministro de personal se llevara a cabo sin grandes dificultades, aun sin la existencia de una normativa específica sobre la materia. Sobre todo si tomamos en consideración los datos y estadísticas que existían del fenómeno, los cuales nos indicaban que quienes mayoritariamente recurrían a esta figura del suministro de personal, eran las grandes empresas, para quienes las multas impuestas por nuestra legislación, en el caso de la

---

<sup>255</sup> LEY N° 17.322. Normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social. Chile. 19 de agosto de 1970. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>256</sup> LEY N° 20.023. Modifica la Ley 17.322, el Código del Trabajo y el D.L. N° 3500 de 1980. Chile. 31 de mayo de 2005. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>257</sup> Artículo 20, incisos 1° y 3°. LEY N° 17.322. Op. Cit.

simulación o subterfugio, no eran mayor problema, comparado con lo redituable que les resultaba el suministro de personal.

Veamos ahora que ocurría en el plano jurisprudencial, tanto administrativo como judicial.

#### **2.1.1.6.4. Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo**

Concordante con lo señalado en las líneas precedentes, la Dirección del Trabajo sostuvo una línea clara, señalando en reiteradas ocasiones que no existe el contrato de suministro de trabajadores, calificando esta situación como una especie de simulación y que, por lo tanto, el contrato de trabajo deberá celebrarse con la empresa usuaria de los servicios, mas no con la suministradora<sup>258</sup>.

En este sentido, la Dirección del Trabajo consideró que la figura del empleador en estos casos era en definitiva la usuaria de los servicios y no la colocadora. Lo que era totalmente coherente con su línea de razonamiento, basada en la concordancia del articulado del Código del Trabajo, particularmente sus artículos 3º y 7º; y con el principio de realidad, en cuya virtud, empleador no será quien formalmente figure como tal, sino quien aprovecha los servicios prestados por el trabajador y respecto de quien éste se encuentre efectivamente bajo subordinación o dependencia.

Sin embargo, nuestros tribunales de justicia no permitieron la imposición de esta concepción, acogiendo en reiteradas oportunidades acciones de protección interpuestas por empresas usuarias, afectadas por sanciones administrativas de la Dirección del Trabajo, en aplicación de este criterio; sin por

---

<sup>258</sup> HALPERN MONTECINOS, Cecily. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 24

ello, pronunciarse respecto del fondo del asunto, sino que limitándose a constatar la improcedencia en estos casos de la facultad interpretativa de la ley laboral por parte del organismo administrativo<sup>259</sup>

### **2.1.2. Primera matriz de flexibilidad laboral en Chile**

El sistema de flexibilidad laboral en Chile, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123, se configura de la siguiente manera, en atención a las distinciones básicas que se han hecho de la flexibilidad laboral<sup>260</sup>:

#### 1.- Flexibilidad Funcional

1.1.- Libertad para pactar pluralidad de funciones en el contrato de trabajo – artículo 10 n° 3 del Código del Trabajo

1.2.- Facultad para modificar unilateralmente las funciones del trabajador y lugar de desempeño – artículo 12 inciso 1° del Código del Trabajo

#### 2.- Flexibilidad Salarial

2.1.- Remuneración a trato – artículo 44 inciso 1° del Código del Trabajo

2.2.- Remuneración por comisiones – artículo 42 letra c) del Código del Trabajo

2.3.- Participación - artículo 42 letra d) del Código del Trabajo

2.4.- Remuneración por día, hora o semana – artículo 44 inciso 1° del Código del Trabajo

---

<sup>259</sup> Al respecto, puede consultarse el interesante trabajo sobre la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, en esta materia, de: RIQUELME RICHERA, Cristián. Op. Cit. Y en cuanto a las facultades de la Dirección del Trabajo, se puede consultar: LIZAMA PORTAL, Luis. La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena. Tesis y Monografías. Santiago, Dirección del Trabajo - Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1998. 247 h.

<sup>260</sup> Fuentes: LABRA VICENCIO, Manuel. Op. Cit.; ACEVEDO COGNIAN, Maximiliano, VALERA MILLAS, Constanza. Op. Cit.; ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad laboral en Chile: Las empresas y las personas. Op. Cit.; LIZAMA PORTAL, Luis. ¿Qué y cuánta flexibilidad en el derecho del trabajo chileno? Op. Cit.; y CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

2.5.- Los reajustes legales no se aplican a las remuneraciones y beneficios pactados en contratos y convenios colectivos – artículo 43 del Código del Trabajo

2.6.- El monto mensual de la remuneración no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual, artículo 44 inciso 3º del Código del Trabajo, salvo los siguientes casos:

2.6.1.- Para los trabajadores con jornada parcial (proporcional)

2.6.2.- Trabajadores menores de 18 y mayores de 65 años (ingreso mínimo mensual inferior)

2.6.3.- Trabajadores de casa particular (remuneración mínima, en dinero, equivalente a 75% del ingreso mínimo legal)

2.6.4.- Trabajadores menores de 21 años contratados como aprendices (remuneración se pacta libremente)

### 3.- Flexibilidad Numérica

#### 3.1.- Flexibilidad Numérica Externa

##### 3.1.1.- Flexibilidad Numérica Externa de Entrada

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

3.1.1.1.1.- Contrato de aprendizaje base – artículo 78 del Código del Trabajo

3.1.1.1.2.- Contrato de aprendizaje promovido – Ley N° 19.518 (SENCE)

3.1.1.1.3.- Contrato de capacitación – Ley N° 19.518 (SENCE)

3.1.1.1.4.- Contrato de empleo-formación – artículo 183 bis del Código del Trabajo

3.1.1.1.5.- Contrato de plazo fijo – artículo 159 n° 4 del Código del Trabajo

3.1.1.1.6.- Contrato por obra o faena – artículo 159 n° 5 del Código del Trabajo

3.1.1.1.7.- Contrato a prueba – artículo 147 del Código del Trabajo

3.1.1.1.8.- Contrato con duración hasta de 30 días – artículo 44 inciso 4º del Código del Trabajo

3.1.1.1.9.- Contrato especial de aprendizaje – Ley N° 19.284 (sobre plena integración social de personas con discapacidad)

3.1.1.2.- Personal sin relación laboral con la empresa

3.1.1.2.1.- Prestaciones de servicios que no dan derecho a contrato de trabajo – artículo 8 del Código del Trabajo:

3.1.1.2.1.1.- Servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público

3.1.1.2.1.2.- Trabajo efectuado discontinua o esporádicamente a domicilio

3.1.1.2.1.3.- Práctica profesional realizado por egresado de una institución de educación superior o de la enseñanza media técnico-profesional

3.1.1.2.1.4.- Contrato a honorarios (arrendamiento de servicios que se encuentra establecido en el Código Civil)<sup>261</sup>

3.1.1.2.2.- Subcontratación – artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo

3.1.2.- Flexibilidad Numérica Externa de Salida

3.1.2.1.- Despido por necesidades de la empresa – artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo

3.1.2.2.- Despido por desahucio escrito del empleador – artículo 161 inciso 2º del Código del Trabajo

3.1.2.3.- Finiquito simple para contratos con duración hasta de 30 días – artículo 177 del Código del Trabajo

---

<sup>261</sup> Si bien no es una figura propiamente laboral, es otra herramienta más que existe en nuestro ordenamiento jurídico, de la cual puede hacer uso el empleador. De hecho muchas veces se mal utiliza este contrato para encubrir relaciones típicamente laborales.

3.1.2.4.- Posibilidad de pactar pago fraccionado de indemnizaciones – artículo 169 del Código del Trabajo

### 3.2.- Flexibilidad Numérica Interna

3.2.1.- Flexibilidad en la duración del tiempo de trabajo

3.2.1.1.- Trabajadores sin limitación de jornada del artículo 22 del Código del Trabajo:

3.2.1.1.1.- Trabajadores que prestan servicios a distintos empleadores

3.2.1.1.2.- Gerentes, administradores y apoderados con facultades de administración

3.2.1.1.3.- Trabajadores que laboren sin fiscalización superior inmediata

3.2.1.1.4.- Los que presten servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos

3.2.1.1.5.- Los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajeros, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento

3.2.1.1.6.- Trabajadores que se desempeñan a bordo de naves pesqueras

3.2.1.1.7.- Trabajadores que laboran fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante medios informáticos o de telecomunicaciones (teletrabajo)

3.2.1.2.- Extensión de jornada de los dependientes del comercio – artículo 24 del Código del Trabajo

3.2.1.3.- Jornadas mayores – artículo 27 del Código del Trabajo

3.2.1.4.- Extensión de la jornada por caso fortuito o fuerza mayor – artículo 29 del Código del Trabajo

3.2.1.5.- Horas extraordinarias – artículo 30 del Código del Trabajo

3.2.1.6.- Posibilidad empresarial de denegar el descanso para colación – artículo 34 del Código del Trabajo

- 3.2.1.7.- Jornada parcial – artículo 40 bis del Código del Trabajo
- 3.2.1.8.- Permisos por enfermedad del hijo menor de 18 años – artículo 199 bis del Código del Trabajo
- 3.2.2.- Flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo
  - 3.2.2.1.- Amplia facultad empresarial de funcionar días domingos y festivos – artículo 38 del Código del Trabajo
  - 3.2.2.2.- Trabajadores sin derecho a descanso dominical – artículo 38 inciso 5º del Código del Trabajo:
    - 3.2.2.2.1.- Trabajadores contratados por un plazo de no más de 30 días
    - 3.2.2.2.2.- Aquellos cuya jornada de trabajo no sea superior a 20 horas semanales
    - 3.2.2.2.3.- Los contratados para trabajar sólo sábados, domingos o festivos
  - 3.2.2.3.- Sistemas excepcionales de distribución de jornada – artículo 38 inciso 7º del Código del Trabajo
  - 3.2.2.4.- Jornada bisemanal – artículo 39 del Código del Trabajo
  - 3.2.2.5.- Libertad para fijar horario diurno y nocturno de trabajo
  - 3.2.2.6.- Libertad empresarial para establecer sistemas de turnos rotativos de trabajo – artículo 36 del Código del Trabajo
  - 3.2.2.7.- Facultad empresarial de alterar la distribución de jornada de trabajo convenida hasta en 60 minutos - artículo 12 inciso 2º del Código del Trabajo
  - 3.2.2.8.- Posibilidad de pactar contratos part time o con reducción de jornada, con facultad empresarial de alterar la distribución de la jornada de trabajo – artículo 40 bis c) del Código del Trabajo
  - 3.2.2.9.- Posibilidad de pactar fraccionamiento o acumulación de las vacaciones anuales – artículo 70 del Código del Trabajo
  - 3.2.2.10.- Facultad empresarial para imponer una fecha de vacaciones anuales – artículo 76 del Código del Trabajo
  - 3.2.2.11.- Jornada de trabajadores agrícolas – artículos 88 y 90 del Código del Trabajo

## **2.2. El sistema de flexibilidad laboral en Chile con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123**

En el apartado anterior hemos analizado, de manera general, el sistema de flexibilidad laboral en Chile con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123 y, en particular, las figuras de la subcontratación y de las empresas de servicios transitorios, desde el punto de vista teórico, legal y jurisprudencial, viendo sus semejanzas y diferencias. Hecho aquello, ahora podemos pasar a analizar el contenido normativo de la Ley N° 20.123 que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Luego de esto veremos, someramente, cuales son los principales efectos que se producen con la dictación de esta ley en el sistema de flexibilidad laboral imperante en nuestro país, ya que lo medular del asunto, es decir, los derechos y libertades recogidos o afectados por esta nueva normativa, serán analizados, específicamente, en el capítulo tercero de este trabajo.

### **2.2.1. Generalidades**

Ya a finales de la década de los noventa, Oscar Ermida Uriarte, especialista principal en normas internacionales del trabajo y relaciones laborales de la O.I.T., nos señalaba la necesidad de reglamentar las relaciones triangulares que caracterizan a las empresas de servicios transitorios, a las cuales situaba entre las agencias de colocación de empleo y la subcontratación laboral, debido a que desde mediados de los años setenta en el mundo, la



flexibilidad laboral, la desigual distribución de fuerzas entre trabajadores y empleadores, el desempleo y las políticas económicas y laborales neoliberales, tuvieron el efecto de ir legitimando política, económica y socialmente la subcontratación de mano de obra o prestamismo laboral, así como otras “múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización productiva y deslaboralización de la relación de trabajo”<sup>262</sup>, tales como “celebración de contratos de trabajo con la forma de contratos civiles o comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal de que determinados trabajadores pasan a ser “empresas independientes” si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos, etc.”<sup>263</sup>. En este escenario los trabajadores contratados bajo este esquema crecieron; legislaciones, jurisprudencia, doctrina, gobiernos y sindicatos, cedieron ante esta realidad. Incluso las propias empresas de trabajo temporal (ETT) con más experiencia y formalidad que operaban en el mercado, exigían una reglamentación que normara la materia con dos objetivos: “primero, el de evitar, al menos en determinadas hipótesis, la responsabilidad solidaria; y segundo, como forma de evitar o limitar lo que consideraban competencia desleal practicada por otras suministradoras que no observarían determinados mínimos éticos, y no poseerían los niveles de solvencia económica necesarios para desarrollar la actividad con suficientes garantías para las otras partes involucradas”<sup>264</sup>. Chile no estuvo ajeno a este fenómeno y la tendencia era al alza en este tipo de contrataciones, por lo que, el riesgo de la precarización del empleo, por esta vía, era alto<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> VERGARA, Mónica. Op. Cit. p. 9

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> Op. Cit. p. 12

<sup>265</sup> También en nuestro país las empresas de servicios transitorios agrupadas en la AGEST (Asociación Gremial de Empresas de Administración y Externalización de Recursos Humanos) estuvieron por una Ley que regulara la materia, reuniéndose con la Dirección del Trabajo para

Así las cosas, reglamentar las empresas de servicios transitorios en nuestro país era lo más preciso para evitar la inseguridad jurídica y proteger a los trabajadores. Además, se necesitaba regular de mejor manera a la subcontratación laboral, ya que, como vimos en el apartado anterior, los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, eran deficientes para ello. Ermida agrega como otros argumentos para una reglamentación el hecho de que “la estructura y escaso dinamismo de la negociación colectiva en Chile, harían más necesaria la reglamentación legal, habida cuenta de que, en Europa, la negociación colectiva fue precursora de la ley en esta materia (Vergara). Por lo demás, la jurisprudencia no parece haber sido, tampoco, un adecuado sustituto de la ley”<sup>266</sup>.

### **2.2.2. Antecedentes de la Ley N° 20.123**

El proyecto de ley<sup>267</sup> al parecer hizo eco de las situaciones antes descritas ya que en los fundamentos del mismo nos señala que estos son<sup>268</sup>:

---

tratar el tema, incluso elaboraron un proyecto de ley el año 1998 (autorregulación). Así también lo declaró su presidente, Alberto Finlay, en numerosas entrevistas dadas y artículos escritos durante la tramitación de la Ley N° 20.123 y antes de su publicación y posterior entrada en vigencia. Se puede consultar su sitio web: AGEST. Portal Institucional. [en línea] Asociación Gremial de Empresas de Administración y Externalización de Recursos Humanos <<http://www.agest.cl>> [consulta: 21 de septiembre de 2007]

<sup>266</sup> VERGARA, Mónica. Op. Cit. p. 12

<sup>267</sup> Hay que señalar que en un primer momento se intentó regular el trabajo suministrado durante el proceso de aprobación de la Ley N° 19.759, del año 2001, pero a petición de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, el Gobierno desagregó la iniciativa sobre trabajo temporal. Luego, por Mensaje del Presidente de la República, de 21 de mayo de 2002, el Ejecutivo envió a la Cámara Alta un nuevo proyecto de ley independiente (N° 3.240), más específico y detallado que el anterior, añadiendo el tema de la subcontratación. Es a este último proyecto de ley al que nos referimos en esta parte.

<sup>268</sup> HISTORIA DE LA LEY N° 20.123. Ley N° 20.123. Regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Chile. 16 de octubre de 2006. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2006. 563 h. pp. 1 a 10

1.- La utilidad y necesidad de regular la actividad de las empresas de servicios transitorios.

Esto debido a la constatación empírica de que las empresas se proveían cada vez más de trabajadores contratados a través de terceros, que los ponían a su disposición. Por lo que, el vínculo de subordinación y dependencia se configuraba con un empleador distinto al formal, situación no regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Muchas veces esto se prestaba para la comisión de abusos sobre los trabajadores que se encontraban en una situación de informalidad, con relaciones laborales al margen de las normas protectoras del Código del Trabajo y de la Seguridad Social<sup>269</sup>. Es decir, busca la formalización de estas relaciones laborales debido a que la situación anterior generaba repercusiones no sólo laborales, sino que también previsionales. En este sentido, el profesor Humeres nos dice que “hoy en día, en que se discute mucho acerca de la cobertura del Sistema de Seguridad Social, hay que señalar que gran parte de la falta de la misma se origina en que el trabajador está fuera del Sistema y no es un problema del mismo, sino que del empleo y de formalización. Hacia allá está apuntando también este Proyecto de Ley”<sup>270</sup>.

También se tuvo en cuenta de que en ciertos casos calificados, pero que frecuentemente ocurren en las empresas, era conveniente para ellas disponer de mano de obra temporal, para enfrentar los cambios en el mercado y, por

---

<sup>269</sup> Alrededor de un millón 200 mil trabajadores, que representan el 35% de la fuerza laboral chilena, están afectos a esos tipos de contrataciones. Con esta ley se busca evitar que se burlen los derechos de quienes prestan servicios a una empresa principal, por el solo hecho de que sus contratos están bajo el RUT o razón social de un tercero ajeno a la relación de trabajo bilateral. Se termina con el “enganchador” como figura semilegal y, en especial, se elimina el “enganchador agrícola”. LA NACIÓN DOMINGO. Ley 20.123 sobre Régimen de Subcontratación. La Nación Domingo, Santiago, Chile, 03 dic., 2006. Dossier Especial. 8 h. p. 2

<sup>270</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. La ley de subcontratación y sus implicancias en las relaciones de trabajo al interior de la empresa. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley N.º 20.123: 4 y 5 julio de 2006. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2006. 28 h. p. 9

ende, en la producción sin necesidad de configurar un contrato de trabajo con el trabajador que viene a cumplir una función temporal.

La normativa busca limitar los riesgos inherentes a la ampliación de la actividad empresarial, o a la realización de nuevos proyectos o inversiones, ajustando las plantillas a las distintas etapas que supone su implementación, lo que nosotros ya hemos señalado que es parte de la flexibilidad numérica externa de entrada.

Además, el proyecto de ley nos indica que contiene diversos instrumentos legales destinados a garantizar que el suministro de trabajadores sea un instrumento de adaptabilidad de las empresas y que cumpla la función de proteger eficazmente a todos quienes presten servicios para terceras empresas. Ejemplos de esto:

a) La delimitación de la subcontratación, que regulaban los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, exclusivamente a la ejecución de obras o servicios por cuenta y riesgo del contratista, excluyéndose la subcontratación de mano de obra, cuestión que generaba evidente desmedro a los derechos de los trabajadores. El proyecto llena un vacío legal al definir el trabajo en régimen de subcontratación, dando mayor certeza a estas relaciones de trabajo.

b) Establecimiento de presunciones legales a favor de los trabajadores transitorios. Todo trabajo suministrado deberá ajustarse a las normas del proyecto, si no, se establecen sanciones en caso de incumplimiento. Se trata de evitar y sancionar la cesión fraudulenta e ilegal de trabajadores o el encubrimiento de relaciones de trabajo permanentes entre el trabajador suministrado y la usuaria. Además, se establece una presunción de derecho que la relación laboral del trabajador suministrado se configura con la empresa

usuaria cuando no se cumple con la normativa, o sea, se le aplica la normativa laboral común, en especial el principio de la primacía de la realidad, ya que el trabajo transitorio es un régimen de excepción, ello sin perjuicio de las sanciones administrativas que se contemplan. Lo anterior quedó finalmente plasmado en el texto definitivo de la Ley N° 20.123, en los artículos: 183-L, que se ubica en la parte referente a las empresas de servicios transitorios; 183-N y 183-P, al referirse al contrato de puesta a disposición; y 183-T, 183-U y 183-AA, en la parte correspondiente al contrato de servicios transitorios.

c) Especial protección a la mujer trabajadora. Como una forma de promover el empleo a través de las empresas de servicios transitorios, con contratos de corta duración, la mujer trabajadora conoce de antemano la extinción del mismo. Por esta razón, el fuero maternal no se compatibiliza con este tipo de trabajo, por lo que se excluye, debido a la naturaleza misma de este tipo de servicios temporales y con determinados plazos máximos. Las demás garantías de protección a la maternidad contenidas en el Código del Trabajo, el derecho a las prestaciones familiares y a subsidio maternal en caso que se cumplan los requisitos generales para su procedencia, no se ven afectadas.

2.- El carácter excepcional de la contratación de trabajadores a través de empresas de servicios transitorios.

Como ya hemos dicho, el suministro de trabajo a través de este tipo de empresas es una figura de excepción, siendo la única forma de que las empresas privadas accedan a ello, el cumplir con la normativa propuesta. El Ejecutivo espera al normar la materia, que se favorezca la contratación de trabajadores desempleados.

3.- Se trata de una regulación que favorece a trabajadores “atípicos” como son los denominados “temporeros”, de la tercera edad y los discapacitados.

Esta regulación protege a una serie de trabajadores “atípicos”, ya que se trata de formas de contratación no reguladas en la legislación nacional. El proyecto regula la contratación de trabajadores agrícolas de temporada, propicia su contratación exigiendo una garantía menor para las empresas de servicios transitorios. Respecto de los trabajadores que en razón de su edad tienen dificultades de encontrar o mantenerse en el mercado de trabajo y de los trabajadores con discapacidad, el proyecto los excluye del cómputo para determinar la garantía que deben dar las empresas de servicios transitorios, incluso a los trabajadores con discapacidad se les permite renovar su contratación temporal. Por último, para fomentar la contratación de estos tipos de trabajadores se consideran menos requisitos para las empresas de servicios transitorios y permite contratarlos por períodos superiores.

En este punto debemos señalar que este objetivo no se cumplió a cabalidad, así lo veremos al momento de analizar las normas generales de la Ley N° 20.123, específicamente al comentar el artículo 183-AC, que trata sobre los trabajadores con discapacidad.

4.- La regulación propuesta recoge lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos por Chile, como el Convenio N° 181, de la O.I.T.

Si bien el objetivo de nuestra investigación es determinar si la Ley N° 20.123 cumple los estándares contenidos en la normativa emanada de la O.I.T., en especial el Convenio antes referido, cuestión que será desarrollada en los próximos capítulos, el proyecto de ley señala que además de revisar la realidad de nuestro país, la regulación que han hecho otros países, la evolución en la

legislación comparada (instituciones, problemas de aplicación y soluciones), también ha tenido particularmente en cuenta el Convenio N° 181 de la O.I.T., sobre agencias de empleo privadas, adoptado en 1997. Cabe adelantar que este convenio no ha sido ratificado por nuestro país.

Además, también se trata de evitar por medio de esta legislación, el dumping social, especialmente en el sector exportador, para así cumplir con los compromisos asumidos por Chile en los diversos tratados de libre comercio que ha suscrito.

Estos cuatro puntos anteriores son las ideas matrices de la Ley N° 20.123 y, como se puede apreciar, recogen las situaciones de hecho, riesgos y peligros que habíamos descrito junto a Ermida Uriarte. El Ejecutivo asume la necesidad de normar este tipo de relaciones laborales con el fin de compatibilizar la necesaria flexibilidad de las empresas, promover el empleo y colocar bajo la tutela de la norma laboral a los trabajadores sujetos a estos tipos de contrataciones.

Finalmente, podríamos señalar que el contenido de este proyecto de ley se estructuraba sobre los siguientes aspectos fundamentales: 1.- Adecuaciones formales; 2.- Concepto de subcontratación; 3.- El régimen de las empresas de servicios transitorios; 4.- Carácter excepcional del contrato de trabajo de servicios transitorios; 5.- Responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena; 6.- Función fiscalizadora de la Dirección del Trabajo; 7.- Limitaciones para las empresas de servicios transitorios; 8.- La constitución de garantías de cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales; 9.- El registro de empresas de servicios transitorios ante la Dirección del Trabajo; y 10.- Sanciones a cesión de trabajadores que no se ajuste al régimen previsto en el proyecto.

Obviamente el proyecto de ley original sufrió cambios durante su tramitación legislativa<sup>271</sup>, pero en lo fundamental, es decir, en sus ideas matrices, se mantuvo, lo que quedó reflejado en el texto definitivo de la Ley N° 20.123. Dentro de las modificaciones sufridas, resulta de importancia señalar el Veto Presidencial de 5 de junio de 2006<sup>272</sup>, que introdujo una serie de observaciones aditivas, sustitutivas y modificativas al proyecto de ley, en cuanto a su contenido. Éstas fueron: 1.- Los servicios discontinuos o esporádicos; 2.- Se acota el ámbito de responsabilidad de la empresa principal; 3.-Certificación del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas y subcontratistas; 4.- Se amplía el giro de las empresas de servicios transitorios; 5.- Disminución del monto de la multa que se indica así como de la consignación exigida para apelar por su aplicación; 6.- Se reduce el monto de la garantía y se amplía el plazo de ajuste de la misma; y 7.- Se uniforma y ajusta la nomenclatura utilizada en el proyecto<sup>273</sup>.

Todas estas cuestiones serán analizadas a continuación cuando tratemos las figuras del trabajo en régimen de subcontratación y de las empresas de servicios transitorios, en base a la normativa definitiva y actualmente en vigencia.

---

<sup>271</sup> También hubo muchos aportes a la discusión por parte de los principales actores involucrados, es decir, empleadores y trabajadores. A modo de ejemplo se pueden revisar dos artículos acerca del tema, publicados en julio de 2002, uno perteneciente a la Confederación de la Producción y del Comercio y otro a la Central Unitaria de trabajadores en: RAMÍREZ WELSH, Marcela. Op. Cit. pp. 90 a 101

<sup>272</sup> El Veto Presidencial señala expresamente que el proyecto en su normativa recoge las líneas centrales de la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en estas materias, así como los principios del Derecho del Trabajo universalmente reconocidos. Siendo el objetivo de la nueva normativa ampliar la tutela del Derecho del Trabajo a formas no típicas de contratación laboral. HISTORIA DE LA LEY N° 20.123. Op. Cit. 498 a 502

<sup>273</sup> Propuso reemplazar en todas aquellas disposiciones donde se utilice la expresión “el mandante” o “por el mandante”, por la expresión “la empresa principal” y en todas aquellas donde se utilice la expresión “temporarios” por “transitorios”. Lo cual fue recogido en el texto final de la ley. HISTORIA DE LA LEY N° 20.123. Op. Cit. 501-502



El análisis a continuación se hará de la siguiente manera: primero citaremos el artículo en cuestión y luego lo comentaremos ya sea desde la historia de la ley, desde un punto de vista teórico o doctrinal, o desde la práctica. Esto debido a que un análisis, llámasele, dogmático, exegético, o pormenorizado de esta normativa, escapa a las finalidades de esta investigación.

### **2.2.3. Adecuaciones formales**

La Ley N° 20.123<sup>274</sup> consta de siete artículos los que regulan las siguientes materias:

En su artículo 1° deroga los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, los que, como vimos en el apartado anterior, hasta ese momento regulaban a la subcontratación, pero no eran suficientes para enfrentar lo que ocurría en la realidad, en orden a proteger efectivamente los derechos de los trabajadores sometidos a este régimen de trabajo.

En el artículo 2° agrega un inciso segundo y uno tercero, nuevos, al artículo 92 bis del Código del Trabajo. El primero de ellos establece una multa a beneficio fiscal, de acuerdo al artículo 477 (506) del Código del Trabajo, cuando se sancione a empresas que utilicen servicios de intermediarios agrícolas o de empresas contratistas no inscritas en el respectivo registro que lleva la Inspección del Trabajo. El segundo inciso nuevo señala que “cuando los servicios prestados se limiten sólo a la intermediación de trabajadores a una

---

<sup>274</sup> LEY N° 20.123. Regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Chile. 16 de octubre de 2006. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

faena, se aplicará lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 183-A, debiendo entenderse que dichos trabajadores son dependientes del dueño de la obra, empresa o faena”<sup>275</sup>. Como veremos, este artículo 183-A trata de lo que se entiende por trabajo en régimen de subcontratación y en su inciso segundo agrega que además de la presunción señalada, el empleador estará sujeto a las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478 (507) del Código del Trabajo.

En definitiva, cuando se intermedie un packing o una viña, no habrá subcontrato, sino que una responsabilidad directa de la empresa usuaria, los trabajadores ya no podrán ser utilizados transitoriamente de una faena a otra, con sólo una responsabilidad subsidiaria o solidaria de la empresa principal.

La Dirección del Trabajo a este respecto ha señalado:

“1) Las disposiciones que regulan el trabajo en régimen de subcontratación y el que se presta por intermedio de empresas de servicios transitorios son aplicables a las relaciones laborales en el sector agrícola, incluido el trabajo agrícola de temporada.

2) En las actividades agrícolas de temporada procede que las empresas celebren contratos de puesta a disposición de trabajadores transitorios siempre que concurren las expresas y taxativas circunstancias previstas en el artículo 183-Ñ de la ley.

3) La sola circunstancia de ser temporal el trabajo agrícola a que se refiere el artículo 93 del Código del ramo no habilita ni sirve de fundamento para la celebración de un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, pues la mera existencia de un contrato de trabajo por faena de temporada no presupone la concurrencia de los aumentos ocasionales

---

<sup>275</sup> Op. Cit.

o extraordinarios de actividad que exige el artículo 183-Ñ letra e) del Código del Trabajo.

4) Las disposiciones de la Ley 20.123 excluyen en forma terminante que las personas que realizan actividades de intermediarios o enganchadores se atribuyan simultáneamente la condición jurídica de empleadores, determinando paralelamente un concepto de intermediación laboral al margen de la relación de trabajo.

5) Las empresas que utilicen servicios de intermediarios agrícolas o enganchadores, de empresas contratistas y subcontratistas, deberán hacerlo sólo con aquellos que se encuentren inscritos en el Registro especial que lleva la respectiva Inspección del Trabajo, ya que de lo contrario incurrirán en infracción al inciso 2º del artículo 92 bis del Código del Trabajo, sancionable de conformidad al artículo 477 del mismo Código”<sup>276</sup>.

Continuando con el análisis del articulado de la Ley N° 20.123, su artículo 3º es el de más importancia para nuestra investigación, ya que agrega al Libro I del Código del Trabajo, un Título VII, nuevo, bajo el nombre de “Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”<sup>277</sup>. El cual consta de dos párrafos, el primero de ellos trata sobre el trabajo en régimen de subcontratación y, el segundo, acerca de las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios. En todo lo no regulado se le aplicarán las normas laborales de la legislación común.

---

<sup>276</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 4375/099, de 25.10.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 02 de noviembre de 2007]

<sup>277</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit. En el proyecto original se proponía regular estas figuras agregando un capítulo V al Título II del Libro I del Código del Trabajo, es decir, en la parte relativa a los contratos especiales. Pero en pos de una mejor sistematización de estas instituciones, finalmente se terminó optando por darles un título aparte. HISTORIA DE LA LEY N° 20.123. Op. Cit. p. 10

Este título nuevo será analizado en específico al tratar las figuras del trabajo en régimen de subcontratación y de las empresas de servicios transitorios.

Por su parte, el artículo 4° agrega los siguientes incisos cuarto y final al artículo 184 del Código del Trabajo: "La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento del respectivo Organismo Administrador de la Ley N° 16.744, todas aquellas infracciones o deficiencias en materia de higiene y seguridad, que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a las empresas.

Copia de esta comunicación deberá remitirse a la Superintendencia de Seguridad Social.

El referido Organismo Administrador deberá, en el plazo de 30 días contado desde la notificación, informar a la Dirección del Trabajo y a la Superintendencia de Seguridad Social, acerca de las medidas de seguridad específicas que hubiere prescrito a la empresa infractora para corregir tales infracciones o deficiencias. Corresponderá a la Superintendencia de Seguridad Social velar por el cumplimiento de esta obligación por parte de los Organismos Administradores"<sup>278</sup>.

Recordemos que el artículo 184 del Código del Trabajo trata sobre la protección de los trabajadores, obligando al empleador a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores en cuanto a higiene, seguridad, prevención de accidentes y enfermedades profesionales. Con la inserción de estos incisos se hace parte en el cumplimiento de los objetivos del artículo 184 en cuestión, al organismo administrador de la Ley sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales que corresponda. Lo que en la práctica redundará en una mayor fiscalización, pero a la vez asistencia y orientación para que el empleador

---

<sup>278</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

pueda cumplir con sus obligaciones en estas materias, lo que en definitiva se traduce en una mejor protección para los trabajadores.

Algo parecido ocurre con el artículo 5° que intercala en el artículo 477 (506) del Código del Trabajo (que trata sobre las infracciones al Código del Trabajo y a sus leyes complementarias, que no tengan una sanción especial), un inciso séptimo nuevo, pasando el actual inciso séptimo a ser final: "Tratándose de empresas de veinticinco trabajadores o menos, la Dirección del Trabajo podrá autorizar, a solicitud del afectado, y sólo por una vez en el año, la sustitución de la multa impuesta por infracción a normas de higiene y seguridad, por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo.

Dicho programa deberá implementarse con la asistencia técnica del Organismo Administrador de la Ley N° 16.744, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora y deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo"<sup>279</sup>.

La Dirección del Trabajo mediante la Circular N° 70, de 30 de julio de 2007, estableció el procedimiento para tramitar solicitudes de sustitución de multas administrativas impuestas por infracciones a normas de higiene y seguridad a empresas de 25 o menos trabajadores<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> Op. Cit.

<sup>280</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Circular N° 70. Establece procedimiento para tramitar solicitudes de sustitución de multas administrativas impuestas por infracciones a normas de higiene y seguridad a empresas de 25 o menos trabajadores. Chile. 30 de julio de 2007. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

En cuanto al fraude laboral, el artículo 6° señala que debe sustituirse el inciso primero del artículo 478 (507) del Código del Trabajo, por el siguiente: "Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 474 (503). En este caso, el empleador quedará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondiere respecto de los trabajadores objetos de la simulación"<sup>281</sup>.

Como vimos en el apartado que trataba el sistema de flexibilidad laboral en Chile antes de la Ley N° 20.123, este artículo 478 era uno de los pocos que se refería a la intermediación de terceros, y hacía responsables solidariamente tanto al empleador como a los terceros por los derechos laborales y previsionales del trabajador. Ahora con la modificación, el empleador que ha hecho fraude o encubrimiento es el responsable directo de ello.

También esta ley introduce modificaciones a la Ley N° 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, a través de su artículo 7°, de la siguiente forma:

“a) Incorpórase a continuación del artículo 66, el siguiente artículo 66 bis:

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

---

<sup>281</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

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

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

b) Agréganse en el artículo 76 los siguientes incisos cuarto, quinto y final:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, en caso de accidentes del trabajo fatales y graves, el empleador deberá informar inmediatamente a la Inspección del Trabajo y a la Secretaría Regional Ministerial de Salud que corresponda, acerca de la ocurrencia de cualquiera de estos hechos. Corresponderá a la Superintendencia de Seguridad Social impartir las instrucciones sobre la forma en que deberá cumplirse esta obligación.

En estos mismos casos el empleador deberá suspender de forma inmediata las faenas afectadas y, de ser necesario, permitir a los trabajadores la evacuación del lugar de trabajo. La reanudación de faenas sólo podrá

efectuarse cuando, previa fiscalización del organismo fiscalizador, se verifique que se han subsanado las deficiencias constatadas.

Las infracciones a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto, serán sancionadas con multa a beneficio fiscal de cincuenta a ciento cincuenta unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los servicios fiscalizadores a que se refiere el inciso cuarto"<sup>282</sup>.

Como vemos en el artículo anterior, la ley, a través de dichas modificaciones, toma especiales recaudos en cuanto a la salud, prevención y seguridad de los trabajadores, estableciendo diversas obligaciones para los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, desde vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad; pasando por la creación de un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores, para lo cual, la empresa principal deberá confeccionar un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas; hasta el deber del mandante de velar por la constitución de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad, cuando la empresa tenga 25 trabajadores o más, o un Departamento de Prevención de Riesgos, cuando el número de trabajadores sea superior a 100, para tales faenas. Los requisitos para la constitución y funcionamiento de los mismos están determinados por el Reglamento N° 76 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> Op. Cit.

<sup>283</sup> En su artículo primero señala: "El presente reglamento establece normas para la aplicación del artículo 66 bis de la Ley N° 16.744, sobre materias relativas a la seguridad y salud en el trabajo, para aquellas empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, así como para sus empresas contratistas y subcontratistas, con la finalidad de proteger la vida y salud de todos los trabajadores que laboren en dichos lugares, cualquiera sea su dependencia. MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Reglamento N° 76. Para la aplicación del artículo 66 bis de la Ley N°



Quizás las exigencias anteriores en materia de salud, seguridad y prevención, sean un tanto onerosas para las pequeñas y medianas empresas (pymes) sobretodo debido al hecho de que se debe tomar en cuenta a todos los trabajadores de la empresa para los cómputos ya señalados.

Por último, establece el deber de información para el empleador en caso de accidentes del trabajo fatales y graves, lo que deberá hacer a la Inspección del Trabajo y a la Secretaría Regional Ministerial de Salud, según procedimiento que determine Superintendencia de Seguridad Social<sup>284</sup>. También establece el deber del empleador de suspender de forma inmediata las faenas afectadas, hasta que el organismo fiscalizador permita su reanudación. Impone multas a beneficio fiscal en caso de infracciones a lo dispuesto.

En cuanto a los artículos transitorios de esta ley, estos son dos, y señalan lo siguiente:

“Artículo primero transitorio.- Las empresas que a la fecha de publicación de la presente ley, desarrollen actividades reguladas por la misma, deberán presentar su solicitud de inscripción, dentro del plazo de 180 días a contar de su vigencia.

Artículo segundo transitorio.- Esta ley entrará en vigencia 90 días después de la fecha de su publicación<sup>285</sup>.

---

16.744, incorporado por la Ley N° 20.123, que establece normas en materia de seguridad y salud en el trabajo para obras, faenas o servicios en que presten servicios trabajadores sujetos a régimen de subcontratación. Chile. 18 de enero de 2007. [en línea]. Ministerio del Trabajo y Previsión Social de Chile. <<http://www.mintrab.gob.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>284</sup> SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL. Circular N° 2.345. Imparte instrucciones acerca de las obligaciones impuestas a las empresas por los incisos cuarto y quinto del artículo 76 de la Ley N° 16.744, en virtud de lo establecido en la Ley N° 20.123. Chile. 10 de enero de 2007. [en línea]. Superintendencia de Seguridad Social. Gobierno de Chile. <<http://www.suseso.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

<sup>285</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

Por ende, si la ley entró en vigencia 90 días después de la fecha de publicación, es decir, el 14 de enero de 2007, las empresas que desarrollaban actividades que regula esta ley, tenían como plazo 180 días a partir de esa fecha para presentar su solicitud de inscripción, de acuerdo al artículo 183-K<sup>286</sup>.

Como lo dijimos anteriormente, pasaremos ahora a analizar el artículo 3º de esta ley, que contiene el articulado que regula el trabajo en régimen de subcontratación y a las empresas de servicios transitorios.

#### **2.2.4. Trabajo en régimen de subcontratación**

Regulado en el Párrafo 1º de la Ley N° 20.123, desde el artículo 183-A al artículo 183-E del Código del Trabajo.

##### **2.2.4.1. Definición**

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

---

<sup>286</sup> Así también lo ha señalado la Dirección del Trabajo. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 5476/099 de 28.12.06. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478 (507)<sup>287</sup>.

El proyecto original de la ley agregaba a la definición de contratista o subcontratista la frase “con sus propios elementos”, es decir, con su propio capital, insumos y tecnología. Hoy en día no es requisito.

El Veto Presidencial, a petición del Senado, excluyó expresamente de la subcontratación a las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica, entre la empresa principal y el contratista. Señaló que se trata de servicios ocasionales, aislados, que obedecen a una causa específica extraordinaria, que se expresa en un contrato civil o comercial, con un objeto determinado y que queda limitado en el tiempo, responden a la urgencia, transitoriedad y brevedad de las necesidades que cubren. Toda otra prestación que no responda a estos estándares, es decir, que impliquen permanencia, habitualidad, periodicidad o secuencia en el tiempo, queda sujeta al régimen de trabajo en subcontratación. La habitualidad en el tiempo de las labores que desarrollan los dependientes del contratista para la persona o empresa principal, sea ejecutando obras o prestando servicios, es el elemento esencial que permite determinar la presencia de este régimen de trabajo en subcontratación. Más que un cambio en la regulación, es una precisión, lo que aporta una mayor definición legal del concepto y, por ende, una menor discrecionalidad judicial en su determinación y aplicación<sup>288</sup>.

---

<sup>287</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>288</sup> La Dirección del Trabajo ha elaborado un documento que fija los criterios para la fiscalización del trabajo en régimen de subcontratación, con el objetivo de evitar el suministro ilegal de trabajadores. Señala como principal criterio a considerar: la existencia de subordinación y

En esta línea, el profesor Humeres Noguera se pregunta por el caso en que se trate de trabajos “de carácter más permanente que podrían entenderse comprendidos dentro de esta normativa, aunque no fuesen tan esporádicos ni discontinuos, como podría ser el caso de una enfermera que atiende a domicilio a una persona enferma durante uno, dos o tres meses...¿existiría en dicho caso a un sub contrato con el enfermo? ¿Sería en este caso la persona que encargue el servicio, responsable directo con lo que ocurre con el servicio de enfermería en su casa? Va a ser un tema de interpretación”<sup>289</sup>, concluye el profesor.

Tradicionalmente se señala que en la subcontratación la idea es que, por una parte, se subcontraten los trabajos complementarios y no el principal de la empresa principal y, por la otra, la obra o servicio “debe ser el resultado final de la función productiva de la empresa contratista, y no simplemente un paso de la función productiva de la empresa mandante o principal”<sup>290</sup>. Pero la Dirección del Trabajo ha dicho otra cosa en virtud de esta nueva normativa: “del artículo 183-A del Código del Trabajo se infiere que el legislador no estableció restricciones ni limitaciones respecto a las obras o servicios que la empresa principal puede externalizar, circunstancia que autoriza para afirmar que no existe impedimento jurídico alguno para que ésta subcontrate obras, faenas o servicios propios de su giro.

El criterio enunciado se confirma si se considera que conforme a la historia fidedigna de la ley N° 20.123, mediante indicación del H. Senador Sr.

---

dependencia. Y como criterios complementarios: el riesgo de las labores ejecutadas en régimen de subcontratación; la utilización de medios propios de la empresa principal para desarrollar las labores en régimen de subcontratación; la existencia de un supervisor; el ejercicio de determinadas atribuciones por parte de la empresa principal: control de ingreso o medidas de seguridad; y la subcontratación de labores del giro principal. Este documento se puede obtener en la página web de este Servicio: DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Criterios de Fiscalización. Trabajo en régimen de subcontratación: suministro ilegal de trabajadores. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 24 de septiembre de 2007]

<sup>289</sup> HUMERES NOGUERA, Héctor. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 14

<sup>290</sup> RAZETO BARRY, Manuel, SÁNCHEZ MEDINA, Francisco. Op. Cit. p. 83

Ruiz de Giorgio se propuso introducir un inciso final al artículo 152-A del proyecto primitivo el cual prohibía expresamente subcontratar las actividades inherentes al giro principal de una empresa.

La señalada indicación fue posteriormente retirada por su autor acogiendo con ello los argumentos de los Senadores Parra, Fernández y Boeninger, quienes manifestaron su desacuerdo con la misma, entre otras razones, por estimar que tal restricción restringiría el ámbito de aplicación del sistema de subcontratación.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la conclusión a que se ha arribado en este punto, se corrobora aún más si se tiene presente lo dispuesto por el artículo 66 bis de la ley 16.744, incorporado por el artículo 7º de la ley Nº 20.123, norma ésta que impone a los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de obras, faenas o servicios propios de su giro, obligaciones específicas en materia de higiene y seguridad, las que se encuentran reglamentadas en el decreto supremo Nº 76, publicado en el Diario Oficial de 18.01.2007, las cuales no resultan exigibles si las obras o servicios subcontratados se refieren a actividades accesorias o complementarias<sup>291</sup>.

Además, recordemos los datos arrojados por la ENCLA 2006, los cuales nos indican que la subcontratación de la actividad principal es mayoritaria (32,6%)<sup>292</sup>.

Siguiendo junto a Razeto Barry y Sánchez Medina, podemos decir que si bien la ley aporta mucho en dar una definición clara de trabajo en régimen de subcontratación, “en el sentido de que será empleador único y exclusivo la empresa contratista, la reforma legal propuesta sigue considerando un conjunto

---

<sup>291</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen Nº 2468/053, de 09.07.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 20 de agosto de 2007]

<sup>292</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Pulso Nº 6 (Encuesta Encla). Op. Cit.

de obligaciones para la empresa mandante o principal, que dan cuenta de una percepción del legislador de “empleador indirecto”.

Estas normas se fundamentan en que, pese a que la subordinación del trabajador se presenta respecto de la empresa contratista, quien aprovecha y se apropia, en definitiva, del trabajo realizado, es la empresa mandante o principal<sup>293</sup>.

#### **2.2.4.2. Responsabilidad de la empresa principal por las obligaciones laborales y previsionales del contratista para con sus trabajadores; de los contratistas respecto de las mismas obligaciones para con los trabajadores de sus subcontratistas; y de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales y previsionales de los subcontratistas**

El artículo 183-B dispone que: “La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiese hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

---

<sup>293</sup> RAZETO BARRY, Manuel, SÁNCHEZ MEDINA, Francisco. Op. Cit. p. 84

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural<sup>294</sup>.

El proyecto original de la ley hablaba aquí de responsabilidad subsidiaria, al igual que lo hacía el antiguo artículo 64 del Código del Trabajo, el cual fue derogado por esta ley.

El Veto Presidencial precisó la responsabilidad de la empresa principal ya que las normas que había aprobado el Congreso podían suponer una extensión de la responsabilidad de la empresa principal a las obligaciones de hacer o a las obligaciones de dar derivadas del cumplimiento por equivalencia de las obligaciones de hacer, debido a la amplitud de lo que significa hablar de obligaciones laborales y previsionales, por esta razón señaló expresamente que la empresa principal sería responsable de las obligaciones “de dar”, excluyendo las de naturaleza contractual.

Debemos precisar que el artículo hace una distinción entre:

a) La responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones laborales y previsionales de dar de sus contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral<sup>295</sup> y, en los mismos términos, el

---

<sup>294</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>295</sup> La Dirección del Trabajo ha dicho que: “en opinión de este Servicio, la responsabilidad de que se trata sólo procederá respecto de las indemnizaciones que corresponde pagar cuando el término de la relación laboral se produce por aplicación de alguna de las causales previstas

contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos. Es decir, responden directamente por dichas obligaciones, por ende, el trabajador puede dirigirse, indistintamente, en contra de cualquiera de ellos, o en contra de ambos conjuntamente.

b) La responsabilidad subsidiaria de la empresa principal por las obligaciones laborales y previsionales del subcontratista. Es decir, la empresa principal responde de dichas obligaciones sólo en el evento que el contratista no lo haga respecto de sus subcontratistas. Por ende, la empresa principal se puede excusar exigiendo que primero el trabajador se dirija en contra del subcontratista (su empleador directo) y del contratista, y en caso de que aquellos no respondan, la empresa principal estará obligada a responder. En este punto se establece la misma responsabilidad que existía con el derogado artículo 64 del Código del Trabajo.

De este modo, el trabajador al poder demandar no sólo a su empleador directo, sino que a todos los obligados, ve sus derechos aumentados.

---

en el artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio escrito del empleador, comprendiéndose en ellas, la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163 y la sustitutiva del aviso previo, si correspondiere, prevista esta última en los incisos 2º del artículo 161 y 4º del artículo 162 del mismo Código.

Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de esta Dirección, la responsabilidad solidaria que asiste tanto a la empresa principal como al contratista, debe hacerse extensiva a las indemnizaciones que, en conformidad al artículo 168 del Código del Trabajo, debe fijar el juez que conoce del reclamo por despido, en caso de que habiéndose puesto término al contrato de trabajo del afectado por aplicación de causales distintas a las anteriormente consignadas, declare que tal aplicación es injustificada, indebida o improcedente". DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 141/05, de 10.01.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]. Este dictamen fija el sentido y alcance de los artículos 183-A, 183-B, 183-C y 183-D del Código del Trabajo, incorporados por la Ley N° 20.123.



Nuevamente citando al profesor Humeres, éste advierte lo difícil que será para la empresa principal conocer todos los supuestos de hecho que pueden significar incumplimientos por parte de los contratistas y subcontratistas, incluso nos dice que las empresas principales van a tener que llegar a tener una especie de “contralor”, para poder asegurar que se cumplan todas las obligaciones laborales y previsionales por parte de todos los involucrados. “Esto implica otra manera de ver el tema, lo que obligará a establecer una supervisión muy directa de estos trabajadores subcontratados, cuyo es el efecto deseado por el Legislador”<sup>296</sup>.

Lo anterior, es lo que se conoce como principio de autocontrol de las empresas, el que está presente en toda esta normativa. Consiste en que los propios actores se controlen entre sí para que los trabajadores no vean vulnerados sus derechos y los empleadores no sean sancionados por infringir la normativa laboral y previsional. Con este objetivo la ley crea, en primer lugar, un sistema de incentivos para el cumplimiento normativo y, en segundo lugar, un sistema de fiscalización del cumplimiento normativo. Carlos Concha Gutiérrez nos dice respecto a lo primero que en la historia de la ley “**no se instaura un sistema coercitivo** (sic) -como sería establecer a todo evento la responsabilidad solidaria- **sino un sistema de incentivos** (sic) en que la empresa tiene la **opción de asumir la responsabilidad subsidiaria o solidaria** (sic) de acuerdo a si vela o no porque sus contratistas cumplan las exigencias legales para con sus trabajadores”<sup>297</sup>. En cuanto a lo segundo señala que “Las **empresas mandantes** serían las que están en mejor **posición para asegurar** (sic) el respeto de los derechos laborales y de las

---

<sup>296</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 15

<sup>297</sup> CONCHA GUTIÉRREZ, Carlos. La ley de subcontratación y sus implicancias en el actual modelo organizativo de la empresa, desde la óptica del Derecho Corporativo. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley N.º 20.123: 4 y 5 julio de 2006. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2006. 51 h. p. 12

condiciones de higiene y seguridad de los trabajadores contratistas”<sup>298</sup>. Además, de un sistema de supervisión y certificación estatal. Todo esto lo veremos a medida que vayamos avanzando por la normativa en comento.

Finalmente podemos decir, que en el inciso final de este artículo se exceptúa de toda responsabilidad a la empresa principal, cuando sea persona natural, en los casos de construcción de edificaciones a suma alzada, al igual que lo hacía el antiguo artículo 64 del Código del Trabajo. Pero nada asegura que no se utilice esta parte de la disposición como un resquicio para ocultar a una persona jurídica, tras la fachada de persona natural, al encargar la construcción de una edificación por un precio único prefijado.

#### **2.2.4.3. Derecho de la empresa principal y del contratista a ser informado y derecho de retención**

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

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

---

<sup>298</sup> *Ibíd.*

Inspección del Trabajo respectiva emitirá dichos certificados. Asimismo, el reglamento definirá la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o instituciones competentes podrán certificar debidamente, por medios idóneos, el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores.

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

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

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas<sup>299</sup>.

El Veto Presidencial introdujo la idea, surgida en la discusión de la ley, de dictar el Reglamento aludido en el artículo anterior, con el objeto de implementar un sistema expedito y seguro de aplicación del derecho de información y de certificación eficaz del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de las empresas contratistas y subcontratistas respecto de sus trabajadores. Así se dictó finalmente el Reglamento N° 319 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social que fija el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del Trabajo respectiva emitirá los certificados que

---

<sup>299</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

acrediten el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores. Asimismo, el Reglamento define la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o instituciones competentes podrán certificar debidamente, por medios idóneos, el cumplimiento de las referidas obligaciones<sup>300</sup>.

Hasta el momento la Dirección del Trabajo no ha tenido problemas con la emisión de estos certificados de estado de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, así como con su obligación de informar a la empresa principal de las infracciones a la legislación laboral y previsional por parte de los contratistas y subcontratistas. Pero siempre existirá el riesgo de que esto no sea así, debido al ingente volumen de pequeñas y medianas empresas (pymes) que son contratistas y subcontratistas.

En cuanto al derecho de retención, podemos decir que aliviana la carga del sistema de cobro previsional al evitar demandas por no cumplimientos en esta materia.

---

<sup>300</sup> MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Reglamento N° 319. Aprueba el Reglamento del artículo 183-C, inciso segundo, del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 20.123, sobre acreditación de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales. Chile. 20 de enero de 2007. [en línea]. Ministerio del Trabajo y Previsión Social de Chile. <<http://www.mintrab.gob.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]. Además, la Dirección del Trabajo mediante la Circular N° 148, estableció el procedimiento para solicitar y emitir los certificados de cumplimientos de obligaciones laborales y previsionales y los certificados de antecedentes laborales y previsionales. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Circular N° 148. Establece procedimiento para solicitar y emitir certificado de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales y certificado de antecedentes laborales y previsionales. Chile. 29 de diciembre de 2006. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

#### **2.2.4.4. Responsabilidad de la empresa principal y del contratista en caso de ejercer el derecho a ser informado y el derecho de retención**

Según el artículo 183-D: “Si la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

Se aplicará también, lo dispuesto en el inciso precedente, en el caso que, habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, la empresa principal o contratista, según corresponda, hiciera efectivo el derecho de retención a que se refiere el inciso tercero del artículo precedente”<sup>301</sup>.

En este caso la ley entiende que la empresa principal efectuó los controles legales adecuados. Los deberes de control dicen relación con la información y la retención que le otorga la ley, es decir, pedir los certificados de incumplimientos laborales y retener dineros para pagar lo adeudado a los trabajadores, ya sea porque lo detectó al revisar la información o fue alertado por la Dirección del Trabajo. De ahí que responda sólo subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y

---

<sup>301</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena.

“La conclusión que puede extraerse de todo esto es que, en definitiva, lo que ha hecho el legislador en esta materia es mandar en el tema de la fiscalización a las empresas. Y dicha empresa, si desea minimizar su responsabilidad, debe fiscalizar y controlar, y, si es del caso, retener. Su riesgo, en caso contrario, implica asumir la solidaridad”<sup>302</sup>. Es lo que hemos llamado principio de autocontrol de las empresas.

Sin embargo, siguiendo a Rodríguez Quiroz<sup>303</sup>, cabe señalar algunos problemas de interpretación que se pueden producir. Primero, puede estimarse que el artículo 183-B que establece la responsabilidad solidaria, independiente de si la empresa ejerció o no su derecho a información o retención, es el artículo que prima, lo que convertiría al artículo 183-D en una norma superflua. Aunque, lo correcto sería pensar que aquí estamos en presencia de un caso en que la ley extingue la solidaridad por el hecho de ejercer el derecho de información y retención. Segundo, sólo el artículo 183-B limita expresamente la responsabilidad de la empresa principal y del contratista a las obligaciones laborales y previsionales de dar, pero no ocurre lo mismo en los artículos 183-C y 183-D, sólo hablan de obligaciones legales y previsionales, “pudiendo darse la situación insólita en que favoreciendo la norma a la empresa principal por el cambio de tipo de responsabilidad, sin embargo la extiende en su cuantía”<sup>304</sup>.

---

<sup>302</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 17

<sup>303</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. La ley de subcontratación y sus implicancias en la responsabilidad civil de las empresas relacionadas. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley N.º 20.123: 4 y 5 julio de 2006. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2006. 44 h. p. 12

<sup>304</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 13

Ninguna de estas normas fue modificada por el Veto Presidencial, el cual limitó la responsabilidad a las obligaciones laborales y previsionales de dar, en el artículo 183-B.

#### **2.2.4.5. Otras obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista**

Veamos cuales son según lo dispuesto en el artículo 183-E: “Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán las obligaciones y responsabilidades señaladas en el inciso precedente, cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1° al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador<sup>305</sup>.

Con respecto al inciso segundo de este artículo, diremos nuevamente que nada asegura que no se utilice esta parte de la disposición como un resquicio para ocultar a una persona jurídica, tras la fachada de persona natural, al encargar la construcción de una edificación por un precio único

---

<sup>305</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

prefijado, ahora en lo relativo a la protección de la vida y salud de los trabajadores.

El último inciso debe entenderse que al hablar de “empleador” se está refiriendo al contratista o subcontratista. De lo contrario, podríamos caer en la aprehensión que señala Rodríguez Quiroz en cuanto a que “se estaría gravando al dueño de la obra, empresa o faena con todas las obligaciones que impone la calidad de empleador, respecto de quienes trabajan para el contratista y subcontratista, lo cual incluye pero no se agota en las obligaciones pecuniarias tales como remuneraciones, indemnizaciones, etcétera. Cabe hacer notar que en este caso –a diferencia de las normas anteriores- el texto no excluye los contratos de construcción por suma alzada, cuando quien encarga el trabajo es una persona natural, lo cual hace aún más extensiva su aplicación”<sup>306</sup>.

Por último, debe tenerse en cuenta lo dicho al comentar el artículo 7º de esta ley, que modifica la ley N° 16.744, estableciendo otras obligaciones, cargas y sanciones a la empresa principal y a los contratistas.

---

<sup>306</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 14



## **2.2.5. Empresas de servicios transitorios**

Reguladas en el Párrafo 2º de la Ley Nº 20.123, desde el artículo 183-F al artículo 183-AE del Código del Trabajo<sup>307</sup>.

### **2.2.5.1. Definiciones fundamentales**

El artículo 183-F, señala las definiciones claves para entender esta nueva normativa. Dispone que para los fines del Código del Trabajo, se entiende por:

“a) Empresa de Servicios Transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.

b) Usuaria: toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código.

c) Trabajador de Servicios Transitorios: todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a

---

<sup>307</sup> Para ver la aplicación práctica de esta nueva normativa por la Dirección del Trabajo, es preciso revisar: DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Orden de Servicio Nº 03. Imparte criterios de actuación e instrucciones para la aplicación de las normas referidas a las empresas de servicios transitorios y su incidencia en el proceso de fiscalización. Chile. 26 de diciembre de 2006. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2<sup>o</sup><sup>308</sup>.

En el proyecto original de la ley la definición de empresas de servicios transitorios terminaba en “capacitación”.

El Veto Presidencial amplió el giro de las empresas de servicios transitorios a la formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos. La cuestión aquí será determinar qué comprende la afinidad en materia de recursos humanos.

Podemos concluir, según los comentarios de Rodríguez Quiroz<sup>309</sup>, que no pueden ser empresas de servicios transitorios, las personas naturales, comunidades, sociedades de hecho y otras agrupaciones sin personalidad jurídica. De acuerdo al objeto social exclusivo, debe tratarse de sociedades, excluyéndose a las fundaciones y corporaciones. Además, pueden ser sociedades civiles o comerciales; colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita, o anónimas, no hay restricción en este punto<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>309</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 15-16

<sup>310</sup> Incluso: “No existe inconveniente legal para que una empresa individual de responsabilidad limitada se constituya como empresa de servicios transitorios, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2° del Título VII del Libro I del Código del Trabajo”. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 1195/027, de 29.03.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

### **2.2.5.2. Fiscalización y Jurisdicción**

El artículo 183-G dispone que: “La Dirección del Trabajo fiscalizará el cumplimiento de las normas de este párrafo 2º en el o los lugares de la prestación de los servicios, como en la empresa de servicios transitorios. Asimismo, podrá revisar los contenidos del Contrato de Servicios Transitorios, o puesta a disposición, entre ambas empresas, a fin de fiscalizar los supuestos que habilitan la celebración de un contrato de trabajo de servicios transitorios”<sup>311</sup>.

Además de la señalada en el artículo anterior, el proyecto indicaba que entre dichas facultades de fiscalización se entendían incorporadas: la identificación de las partes de la relación laboral y de la usuaria; y las conductas fraudulentas en las que incurrieren.

Lo dispuesto en el artículo podría acarrear problemas, ya que el fiscalizar supuestos de hecho es una labor más propia de los Tribunales de Justicia. El profesor Humeres nos recuerda que “la Jurisprudencia de la Corte a la fecha sostiene que la Dirección del Trabajo no puede intervenir en la interpretación de los contratos, sino sólo en lo relativo al cumplimiento de la ley”<sup>312</sup>.

Por su parte el artículo 183-H establece que “Las cuestiones suscitadas entre las partes de un contrato de trabajo de servicios transitorios, o entre los trabajadores y la o las usuarias de sus servicios, serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo”<sup>313</sup>.

### **2.2.5.3. De las Empresas de Servicios Transitorios**

---

<sup>311</sup> LEY Nº 20.123. Op. Cit.

<sup>312</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 27

<sup>313</sup> LEY Nº 20.123. Op. Cit.

### **2.2.5.3.1. Objeto Social Exclusivo**

Según vimos el artículo 183-F, señala que su objeto social exclusivo es poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional.

La Dirección del Trabajo, en este sentido, nos dice que “cabe señalar que el citado giro es, además de exclusivo, excluyente, en cuanto impide que otros sujetos de derecho se dediquen a la actividad que, por la estructura y el sentido de la nueva normativa legal, corresponde únicamente a las empresas de servicios transitorias”<sup>314</sup>.

Luego, el artículo prosigue señalando que también puede dedicarse a la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos. Pero estas actividades son “de naturaleza complementaria y accesoria a dicho giro principal, no quedando ellas reguladas en su ejecución por la normativa legal recién citada”<sup>315</sup>. Volveremos sobre este punto al analizar las agencias de empleo privadas, en el capítulo siguiente.

### **2.2.5.3.2. Independencia**

---

<sup>314</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 1189/026, de 29.03.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

<sup>315</sup> Op. Cit.

Esta es una de las normas base de esta nueva normativa, ya que según el artículo 183-I: “Las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios.

La infracción a la presente norma se sancionará con su cancelación en el Registro de Empresas de Servicios Transitorios y con una multa a la usuaria de 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado, mediante resolución fundada del Director del Trabajo.

La empresa afectada por dicha resolución, podrá pedir su reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva<sup>316</sup>.

Para comprender mejor lo dispuesto en este artículo, hay que tener en cuenta los artículos 86 y 87 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, en los cuales se definen lo que son sociedades matrices, filiales y coligadas<sup>317</sup>.

---

<sup>316</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>317</sup> La ley N° 18.046 entiende que es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores. La sociedad en comandita será también filial de una anónima, cuando ésta tenga el poder para dirigir u orientar la administración del gestor (artículo 86). Por otra parte, señala que es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10 % o más, de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma. La sociedad en comandita será también coligada de una anónima, cuando ésta pueda participar en la designación del gestor o en la orientación de la gestión de la empresa que éste ejerza (artículo 87). Artículos 86 y 87. LEY N° 18.046. Ley sobre sociedades anónimas. Chile. 22 de octubre de 1981. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

Rodríguez Quiroz nos advierte que también debe tenerse en cuenta la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, especialmente en lo que respecta a lo que se entiende por personas relacionadas<sup>318</sup>. “Sin embargo la prohibición es aún más amplia, ya que comprende toda clase de interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo entre la Empresa de Servicios Transitorios y la Usuaría”<sup>319</sup>.

El proyecto original de la ley establecía una multa de 20 unidades tributarias mensuales y para reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, debía consignarse previamente la mitad de la multa aplicada, en los casos que correspondía.

El Veto Presidencial disminuyó la multa a las 10 unidades tributarias que finalmente aparecen en la ley. Además, para facilitar la debida defensa del afectado, rebajaba a la tercera parte de la multa, el monto a consignar para poder apelar de la sanción. Lo que finalmente no fue incluido en la ley. Ya no es necesaria consignación alguna<sup>320</sup>.

Lo indicado en el inciso primero de este artículo ayuda a que las empresas no recurran a esas figuras para vulnerar los derechos de los trabajadores, en especial sus derechos colectivos, como el de sindicación y negociación colectiva. En el fondo se persigue que las empresas entre sí sean verdaderos terceros independientes.

---

<sup>318</sup> Específicamente los artículos 96 a 100. LEY N° 18.045. Ley de mercado de valores. Chile. 22 de octubre de 1981. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>319</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 21

<sup>320</sup> El Tribunal Constitucional por sentencia de 30 de agosto de 2006, dictada en los autos Rol N° 536-2006, declaró: “1. Que la frase “previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere” contenida en el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero del proyecto introduce en el Código del Trabajo, es inconstitucional y debe eliminarse de su texto”. HISTORIA DE LA LEY N° 20.123. Op. Cit. p. 529

El hecho de imponer una sanción tan fuerte como la cancelación del Registro de Empresas de Servicios Transitorios, para la empresa que vulnere esta norma, es otra manera de plasmar el principio de autocontrol de las empresas.

#### **2.2.5.3.3. Garantía permanente**

Otro artículo fundamental para darle gravedad al ejercicio de esta actividad, es el artículo 183-J, el cual indica que: “Toda empresa de servicios transitorios deberá constituir una garantía permanente a nombre de la Dirección del Trabajo, cuyo monto será de 250 unidades de fomento, aumentada en una unidad de fomento por cada trabajador transitorio adicional contratado por sobre 100 trabajadores; 0,7 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 150 trabajadores, y 0,3 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 200.

El monto de la garantía se ajustará cada doce meses, considerando el número de trabajadores transitorios que se encuentren contratados en dicho momento.

La garantía estará destinada preferentemente a responder, en lo sucesivo, por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias, y luego las multas que se le apliquen por infracción a las normas de este Código.

La garantía deberá constituirse a través de una boleta de garantía, u otro instrumento de similar liquidez, a nombre de la Dirección del Trabajo y tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días, y será devuelta dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta.

La garantía constituye un patrimonio de afectación a los fines establecidos en este artículo y estará excluida del derecho de prenda general de los acreedores.

La sentencia ejecutoriada que ordene el pago de remuneraciones y/o cotizaciones previsionales adeudadas, el acta suscrita ante el Inspector del Trabajo en que se reconozca la deuda de dichas remuneraciones, así como la resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa, se podrá hacer efectiva sobre la garantía, previa resolución del Director del Trabajo, que ordene los pagos a quien corresponda. Contra dicha resolución no procederá recurso alguno.

En caso de término de la empresa de servicios transitorios el Director del Trabajo, una vez que se le acredite el cumplimiento de las obligaciones laborales de origen legal o contractual y de seguridad social pertinentes, deberá proceder a la devolución de la garantía dentro del plazo de seis meses, contados desde el término de la empresa.

La resolución que ordene la constitución de dicha garantía, no será susceptible de ser impugnada por recurso alguno<sup>321</sup>.

El proyecto original de la ley señala que la garantía se constituye en virtud de que en este tipo de relaciones triangulares está involucrada la persona del trabajador y su dignidad, por lo que, se hace necesaria aquella para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones laborales involucradas y garantizar la seriedad y solvencia de estas empresas en el mercado de trabajo, aludiendo a que la mayoría de las legislaciones han adoptado este sistema. Además, el monto de la garantía ascendía a 500 unidades de fomento. En lo que respecta a los fines para los cuales se constituyen estas garantías, la ley estableció una jerarquía ya que, primero, señala a las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios y, en segundo

---

<sup>321</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.



lugar, a las multas que se le apliquen por infracción a las normas de este Código, utilizando la expresión “y luego”, en cambio en el proyecto se utilizaba la expresión “como asimismo”. En cuanto al ajuste del monto de la garantía, el proyecto lo establecía cada tres meses y según el número de trabajadores transitorios contratados por la empresa, el año anterior. En el tema de la boleta de garantía, el proyecto exigía que fuese renovable; no hablaba de instrumentos similares; y mandataba expresamente a la Dirección del Trabajo para fiscalizar la constitución y mantenimiento de dichas garantías.

El Veto Presidencial rebajó la garantía a 250 unidades de fomento y amplió el plazo de ajuste de dicha garantía a doce meses, tal como fue recogido en la el texto definitivo de la ley. La justificación dada para esto fue permitir que las pequeñas y medianas empresas no tuvieran mayores barreras de entrada para dedicarse al giro de empresas de servicios transitorios, sin dejar de lado los recursos necesarios para responder por las obligaciones legales y previsionales. En cuanto al aumento del plazo de ajuste se dijo que era para permitir que las empresas de servicios transitorios se adaptaran de manera más paulatina.

La Dirección del Trabajo ha determinado lo que debe entenderse por “boleta de garantía”, según la Recopilación de Normas de Bancos y Financieras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, contenidas en la Circular N°3.195, de 04.10.02, conforme a las cuales “La boleta de garantía es una caución que constituye un Banco a petición de su cliente llamado el “Tomador” a favor de otra persona llamada “Beneficiario” que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario”. Además, ha expresado que no existe inconveniente jurídico para que un tercero constituya la garantía exigida a las empresas de servicios transitorios, a favor de la Dirección del Trabajo, pero

siempre teniendo presente lo dispuesto en el artículo 183-I, es decir, este tercero no puede ser la usuaria que contrata servicios con la empresa de servicios transitorios, a favor de la cual constituye la garantía<sup>322</sup>.

Por último, cuando el artículo habla de instrumentos de similar liquidez, “debe entenderse todo aquel que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de ser transformable de inmediato en dinero efectivo”<sup>323</sup>.

#### **2.2.5.3.4. Inscripción obligatoria**

Otra de las disposiciones importantísimas es el artículo 183-K, preceptúa que: “Las empresas de servicios transitorios deberán inscribirse en un registro especial y público que al efecto llevará la Dirección del Trabajo. Al solicitar su inscripción en tal registro, la empresa respectiva deberá acompañar los antecedentes que acrediten su personalidad jurídica, su objeto social y la individualización de sus representantes legales. Su nombre o razón social deberá incluir la expresión "Empresa de Servicios Transitorios" o la sigla "EST".

La Dirección del Trabajo, en un plazo de sesenta días, podrá observar la inscripción en el registro si faltara alguno de los requisitos mencionados en el inciso precedente, o por no cumplir la solicitante los requisitos establecidos en

---

<sup>322</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 2158/042, de 12.06.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

<sup>323</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 4786/090, de 02.11.06. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]. Este mismo Dictamen señala que la póliza de seguro no puede ser considerada como un instrumento de similar liquidez a la boleta de garantía, toda vez que carece del requisito esencial que caracteriza a ésta, cual es su liquidez inmediata. Sin embargo, existe una excepción: “la ”Póliza de Garantía de Ejecución Inmediata para Empresa de Servicios Transitorios” inscrita en los registros de la Superintendencia de Valores y Seguros bajo el código Pol 1 07 004, puede ser considerada de similar liquidez a una boleta de garantía bancaria, conforme lo establece el artículo 183-J del Código del Trabajo”. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 465/011, de 01.02.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007].

el artículo 183-F, letra a), al cabo de los cuales la solicitud se entenderá aprobada si no se le hubieran formulado observaciones.

En igual plazo, la empresa de servicios transitorios podrá subsanar las observaciones que se le hubieran formulado, bajo apercibimiento de tenerse por desistida de su solicitud por el solo ministerio de la ley. Podrá asimismo, dentro de los quince días siguientes a su notificación, reclamar de dichas observaciones o de la resolución que rechaza la reposición, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante para que ésta ordene su inscripción en el registro.

La Corte conocerá de la reclamación a que se refiere el inciso anterior, en única instancia, con los antecedentes que el solicitante proporcione, y oyendo a la Dirección del Trabajo, la que podrá hacerse parte en el respectivo procedimiento.

Inmediatamente después de practicada la inscripción y antes de empezar a operar, la empresa deberá constituir la garantía a que se refiere el artículo anterior<sup>324</sup>.

En el proyecto original de la ley se señalaba, por un lado, que si la Dirección del Trabajo requería información o antecedentes adicionales para pronunciarse, el plazo se suspendía y se reanudaba cuando el solicitante cumplía con lo solicitado, adjuntando por escrito los documentos requeridos. Por otro lado, indicaba que la empresa afectada por la resolución que rechazare la solicitud de inscripción, podía solicitar su reposición ante el Director del Trabajo, quien debía pronunciarse dentro de quinto día, y de cuya resolución negativa podía reclamarse ante la Corte de Apelaciones respectiva.

En el texto definitivo del artículo podemos ver que se consagra un recurso de reposición ante la Dirección del Trabajo, en contra de la resolución

---

<sup>324</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

que formula observaciones a la inscripción en el registro, y un recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva, en contra de esa misma resolución o ante la que rechace la reposición.

En el caso de que la empresa subsane los defectos observados por la Dirección del Trabajo pero ésta no considere que eso ha ocurrido, no cabe el recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva, “debiendo impugnarse la resolución respectiva por vía de otras acciones establecidas en la legislación laboral o común”<sup>325</sup>.

Por último, debemos destacar que en esta disposición se le da valor positivo al silencio de la autoridad y valor negativo al silencio de la empresa solicitante.

#### **2.2.5.3.5. Sanciones a la empresa de servicios temporales por infracción a la normativa vigente**

Comienza el artículo 183-L indicando que: “Toda persona natural o jurídica que actúe como empresa de servicios transitorios sin ajustar su constitución y funcionamiento a las exigencias establecidas en este Código, será sancionada con una multa a beneficio fiscal de ochenta a quinientas unidades tributarias mensuales, aplicada mediante resolución fundada del Director del Trabajo, la que será reclamable ante el Juzgado del Trabajo competente, dentro de quinto día de notificada”<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 22

<sup>326</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

En el proyecto de ley se establecía la obligación de consignar el 50% de la multa para interponer la acción, lo cual finalmente no fue recogido en el texto final de la ley. De haber sido así lo más probable es que hubiese corrido la misma suerte que la consignación que se exigía en el artículo 183-I, la cual fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, tal como lo vimos al analizar dicho artículo. Además, de esta forma no se obstaculiza la debida defensa del afectado, sobretodo si pensamos en la pequeñas y medianas industrias que se dediquen al giro de empresas de servicios transitorios.

Prosigue el artículo 183-M instruyendo que: “El Director del Trabajo podrá, por resolución fundada, ordenar la cancelación de la inscripción del registro de una empresa de servicios transitorios, en los siguientes casos:

a) por incumplimientos reiterados y graves de la legislación laboral o previsional, o

b) por quiebra de la empresa de servicios transitorios, salvo que se decrete la continuidad de su giro.

Para los efectos de la letra a) precedente, se entenderá que una empresa incurre en infracciones reiteradas cuando ha sido objeto de tres o más sanciones aplicadas por la autoridad administrativa o judicial, como consecuencia del incumplimiento de una o más obligaciones legales, en el plazo de un año. Se considerarán graves todas aquellas infracciones que, atendidos la materia involucrada y el número de trabajadores afectados, perjudiquen notablemente el ejercicio de los derechos establecidos en las leyes laborales, especialmente las infracciones a las normas contenidas en los Capítulos II, V y VI del Título I del LIBRO I de este Código, como asimismo las cometidas a las normas del Título II del LIBRO II del mismo texto legal.

De la resolución de que trata este artículo, se podrá pedir su reposición dentro de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será

reclamable, dentro del plazo de diez días, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante”<sup>327</sup>.

Si bien la ley trata de precisar los conceptos de “infracciones reiteradas” e “infracciones graves”, no precisa que se entiende por “notable”. Según el profesor Humeres deberemos esperar a que la jurisprudencia se uniforme al respecto, para dejar de lado la incertidumbre<sup>328</sup>.

El artículo pone el acento en las disposiciones contenidas en los capítulos II, V y VI del Título I del LIBRO I; y las del Título II del LIBRO II del Código del Trabajo. Es decir, en las disposiciones del Libro I, que trata sobre el contrato individual de trabajo y de la capacitación, en su Título I, que trata acerca del contrato individual de trabajo, y específicamente en los capítulos que norman la capacidad para contratar y otras normas relativas al trabajo de menores, las remuneraciones, y la protección a las mismas, respectivamente; así como también en las normas de protección a la maternidad del Libro II, sobre la protección de los trabajadores.

Se establece un recurso de reposición, ante la Dirección del Trabajo, en contra de la resolución que ordene la cancelación de la inscripción, con un plazo de cinco días desde su notificación, y una acción de reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva, en contra de la resolución que niegue lugar a la reposición, con un plazo de diez días desde su notificación.

Por último, recordemos que la otra forma de que el Director del Trabajo, mediante resolución fundada, ordene la cancelación de la inscripción, es la establecida en el artículo 183-I, por violar dicha disposición, es decir, que la

---

<sup>327</sup> Op. Cit.

<sup>328</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 22

empresa de servicios transitorios tenga alguna relación o interés con la empresa usuaria.

#### **2.2.5.4. Del contrato de puesta a disposición de trabajadores**

##### **2.2.5.4.1. Concepto**

El artículo 183-N nos habla de que: “La puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios a una usuaria por una empresa de servicios transitorios, deberá constar por escrito en un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, que deberá indicar la causal invocada para la contratación de servicios transitorios de conformidad con el artículo siguiente, los puestos de trabajo para los cuales se realiza, la duración de la misma y el precio convenido.

Asimismo, el contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios deberá señalar si los trabajadores puestos a disposición tendrán o no derecho, durante la vigencia de dicho contrato, a la utilización de transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria.

La individualización de las partes deberá hacerse con indicación del nombre, domicilio y número de cédula de identidad o rol único tributario de los contratantes. En el caso de personas jurídicas, se deberá, además, individualizar a el o los representantes legales.

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

La falta de contrato escrito de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2º. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiera aplicar conforme a este Código”<sup>329</sup>.

Se puede advertir que la ley no elaboró un concepto de contrato de puesta a disposición, como sí lo hizo con el trabajo en régimen de subcontratación, pero “podría sostenerse que se trata de “una convención que obliga a poner a disposición de una empresa un determinado número de trabajadores para desempeñar trabajos transitorios a cambio de un precio prefijado”. Esa parecería ser la idea que está detrás de ese contrato de puesta a disposición con otra empresa, lo que implica un contrato comercial de carácter netamente comercial”<sup>330</sup>. O puede concluirse que “se trata de una convención escrita, celebrada entre una Empresa de Servicios Transitorios y una empresa usuaria, en cuya virtud la primera se obliga a poner a disposición de la segunda un número determinado de trabajadores para que ejecuten en la empresa usuaria tareas de carácter transitorio u ocasional, en los casos en que la ley lo permite y por los plazos máximos que la ley permite, obligándose la empresa usuaria a pagar a la Empresa de Servicios Temporarios un precio determinado”<sup>331</sup>.

El último inciso del artículo, también apela al principio de autocontrol de las empresas.

---

<sup>329</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>330</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 22

<sup>331</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 27



#### **2.2.5.4.2. Excepcionalidad del contrato**

Esto queda en evidencia al ver lo señalado en el artículo 183-Ñ: “Podrá celebrarse un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios cuando en la usuaria se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados;

b) eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza;

c) proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados;

d) período de inicio de actividades en empresas nuevas;

e) aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; o

f) trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria”<sup>332</sup>.

Analizando las causales que permiten la celebración de un contrato de puesta a disposición de trabajadores, la letra a) es la causal más objetiva ya que está sometida a circunstancias que son fáciles de determinar. En cuanto a las otras causales podríamos decir que estamos en presencia de conceptos

---

<sup>332</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

jurídicos indeterminados, por ejemplo, en la letra b), ¿quién determina los eventos extraordinarios?; en la letra d), ¿qué se entiende como “empresa”, el concepto que da el Código del Trabajo en su artículo 3º<sup>333</sup>, o como emprendimiento, en el sentido de generar un nuevo negocio?; y en los casos de las letras e) y f), ¿cómo se determina que estamos en presencia de las situaciones allí descritas?. Obviamente esto traerá más de un problema de aplicación práctica, por lo que, esperamos que la Dirección del Trabajo se uniforme en la materia, tomando en cuenta su vasta experiencia en casos similares, para poder tener una jurisprudencia clara y precisa, ahora, en el caso específico de las empresas de servicios transitorios, acorde a la nueva normativa. Probablemente también se produzcan conflictos entre los empleadores y la Dirección del Trabajo al momento de fiscalizar estos supuestos, ya que como lo hemos señalado anteriormente, al tratarse de cuestiones de hecho, es una función más propia de los tribunales de justicia.

De todas formas, queda en evidencia la intención del legislador de limitar este tipo de contrataciones a labores temporales, excluyendo las de carácter permanente.

#### **2.2.5.4.3. Plazo del contrato**

Los plazos están establecidos en el artículo 183-O, de la siguiente manera: “El plazo del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios deberá ajustarse a las siguientes normas.

---

<sup>333</sup> Según el artículo 3º del Código del Trabajo se entiende por empresa para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotadas de una individualidad legal determinada. Artículo 3º. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

En el caso señalado en la letra a) del artículo anterior, la puesta a disposición del trabajador podrá cubrir el tiempo de duración de la ausencia del trabajador reemplazado, por la suspensión del contrato o de la obligación de prestar servicios, según sea el caso.

En los casos señalados en las letras b) y e) del artículo anterior, el contrato de trabajo para prestar servicios en una misma usuaria no podrá exceder de 90 días. En el caso de las letras c) y d) dicho plazo será de 180 días, no siendo ambos casos susceptibles de renovación

. Sin embargo, si al tiempo de la terminación del contrato de trabajo subsisten las circunstancias que motivaron su celebración, se podrá prorrogar el contrato hasta completar los 90 ó 180 días en su caso”<sup>334</sup>.

En el texto del proyecto aprobado por el Senado, algunos plazos eran mayores, así para las letras b) y e) del artículo 183-Ñ, el plazo era de 180 días, y para el caso de las letras c) y d) del mismo artículo, el plazo era de 360 días, por lo que, se produjo una reducción de los plazos en el texto definitivo de la ley.

Cabe hacer la precisión de que en los casos de las letras c) y d) del artículo 183-Ñ, se trataría de un plazo común de 180 días ya que correría para todos los contratos por igual desde que se suscribió el primero de ellos, es decir, cuando se inició el proyecto nuevo o las actividades en la nueva empresa. Los plazos correspondientes a las otras letras del artículo 183-Ñ, serían individuales.

---

<sup>334</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

Otra cuestión interpretativa, que surge de la redacción del texto, consiste en que nosotros entendemos que los casos en que no es posible la renovación del contrato de puesta a disposición de trabajadores, sólo se limitan a los supuestos contenidos en las letras c) y d) del artículo 183-Ñ, ya que textualmente lo dispone el artículo 183-O. Por lo tanto, las demás causales señaladas en el artículo 183-Ñ, pueden ser objeto de renovación. Además, entendemos que el inciso final del artículo 183-O, habla de prórroga y no de renovación, por lo que, en ese caso específico se trata de prolongar el contrato de puesta a disposición hasta los 90 o 180 días, según sea el caso, cuando subsisten las circunstancias que motivaron su celebración, es decir, estamos hablando de un contrato que se celebró en un primer momento por un plazo inferior a 90 o 180 días, según corresponda.

En cambio, para Rodríguez Quiroz, el plazo de 90 días para las letras b) y e) del artículo 183-Ñ, es un plazo no renovable. Además, señala que para los casos de las letras b), c), d) y e) del artículo 183-Ñ, el contrato puede prorrogarse hasta completar otros<sup>335</sup> 90 o 180 días, respectivamente, si al término del plazo original subsisten las circunstancias que motivaron la contratación<sup>336</sup>.

#### **2.2.5.4.4. Trabajos prohibidos**

Están estipulados en el artículo 183-P: “Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 183-Ñ, no se podrá contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, en los siguientes casos:

---

<sup>335</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>336</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 33

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

La contravención a lo dispuesto en este artículo excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2º. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común.

Además, la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa equivalente a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado<sup>337</sup>.

En cuanto a la letra a), “¿Un supervisor de planta estaría aquí también? ¿Se lo podría reemplazar? No es un gerente, pero tiene, según el artículo 4º, un poder de representación”<sup>338</sup>.

Con respecto a la letra b), curioso resulta el hecho de que se prohíba contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva, ya que en el artículo 381 del Código del Trabajo existe la posibilidad de que el empleador contrate trabajadores para el reemplazo de trabajadores que hayan declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva, cuando se cumplan determinados requisitos, allí señalados. Podemos concluir que en Chile se pueden contratar trabajadores para reemplazar a quienes han declarado una huelga en el caso señalado

---

<sup>337</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>338</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 23

anteriormente, pero esto no se puede hacer a través de empresas de servicios transitorios. En todo caso, como se verá, el artículo 183-P, letra b), concuerda con lo dispuesto en el Convenio 181 de la O.I.T.

Cabe señalar que en el proyecto original de la ley se hablaba de trabajadores en huelga de manera genérica, lo que fue eliminado por el Senado y repuesto, pero limitado al caso que aparece en el texto definitivo, por la Cámara de Diputados.

Debemos agregar que entre las prohibiciones no se contempla como causal la realización de trabajos considerados especialmente peligrosos para la seguridad o salud de los trabajadores suministrados, lo que sí existe en el derecho comparado<sup>339</sup> y que se incluía en el proyecto original, pero fue eliminada en el Senado.

Además, el Senado había introducido la prohibición de contratar para el reemplazo de trabajadores despedidos por la usuaria, por determinadas causales y dentro del plazo de 12 meses desde el despido. Esto fue eliminado por la Cámara de Diputados.

Por último, señalaremos que en los incisos 2º y 3º de este artículo se consagra nuevamente el principio de autocontrol de las empresas, al establecer la ley que por no cumplir con sus disposiciones se entenderá que el trabajador es dependiente de la usuaria (presunción de derecho), además de las multas que correspondan. Adviértase que ni en este caso ni en otros, en donde la sanción es la misma para la empresa usuaria, la ley habla que el trabajador se entenderá como dependiente de la usuaria de manera indefinida, por lo que,

---

<sup>339</sup> Por ejemplo, en España, Francia e Italia. Al respecto ver: SALA FRANCO, Tomás. La regulación legal de las empresas de trabajo temporal (E.T.T.) en algunos países europeos. En: VERGARA, Mónica. Op. Cit. pp. 84-102

debe entenderse que lo será sólo por el tiempo que dure la misión o, si se prefiere, el plazo que se estipuló en el contrato de puesta a disposición, al término del cual la usuaria deberá decidir si sigue contando con los servicios del trabajador o lo despide, cumpliendo con la normativa de la legislación laboral común. El único caso en que la ley habla de contrato a plazo indefinido es en el artículo 183-T, cuando el trabajador sigue prestando sus servicios después de expirado el plazo de su contrato de trabajo, la usuaria pasa a ser su empleador.

#### **2.2.5.4.5. Cláusula prohibida**

Dispone el artículo 183-Q que: “Será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios que prohíba la contratación del trabajador por la usuaria a la finalización de dicho contrato”<sup>340</sup>.

Se privilegia la libertad de trabajo, garantizada constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 19 N° 16, de la Constitución Política de la República de Chile. Esta disposición también está de acuerdo con el Convenio 181 de la O.I.T.

---

<sup>340</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

## **2.2.5.5. Del contrato de trabajo de servicios transitorios**

### **2.2.5.5.1. Definición**

El inciso primero del artículo 183-R dictamina que: “El contrato de trabajo de servicios transitorios es una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido”<sup>341</sup>.

Podemos decir que se le critica que no señale expresamente otras obligaciones por parte del empleador, es decir, por parte de la empresa de servicios transitorios, limitándose a señalar sólo el pago de remuneración.

### **2.2.5.5.2. Obligación de escrituración**

Los incisos siguientes del artículo 183-R establecen que: “El contrato de trabajo de servicios transitorios deberá celebrarse por escrito y contendrá, a lo menos, las menciones exigidas por el artículo 10 de este Código.

La escrituración del contrato de trabajo de servicios transitorios deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador.

---

<sup>341</sup> Op. Cit.



Cuando la duración del mismo sea inferior a cinco días, la escrituración deberá hacerse dentro de dos días de iniciada la prestación de servicios.

Una copia del contrato de trabajo deberá ser enviada a la usuaria a la que el trabajador prestará servicios”<sup>342</sup>.

Vemos que la norma, al señalar las menciones que debe contener este contrato, alude al artículo 10 del Código del Trabajo. Dicho artículo, en su número 6, dispone que se debe señalar el plazo del contrato, por lo cual, podemos concluir que no hay inconveniente en que entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios se puede celebrar un contrato de servicios transitorios de duración indefinida, o uno a plazo, independiente del tiempo que duren las misiones que deban realizar en las empresas usuarias. Creemos que se podrían dar varios problemas debido a la tendencia de creer que el contrato de trabajo de servicios transitorios, tiene o debe tener el mismo plazo que el contrato de puesta a disposición. A este respecto se puede citar como ejemplo el caso de Alemania, donde la ley “impone la celebración de un contrato laboral por tiempo indefinido entre E.T.T. y trabajadores temporales, cobrando éstos incluso el salario en los períodos de inactividad entre dos misiones sucesivas. La ley admite, no obstante, la posibilidad de pactar un contrato de duración determinada, siempre que sea por iniciativa del trabajador y el plazo fijados sea distinto a la duración de las misiones que vaya a desempeñar”<sup>343</sup>.

Por último, señalar que ya no es necesario enviar copia del contrato a la Inspección del Trabajo respectiva, idea que estuvo presente en más de algún anteproyecto de esta ley.

---

<sup>342</sup> Op. Cit.

<sup>343</sup> SALA FRANCO, Tomás. En: VERGARA, Mónica Op. Cit. p. 94

#### **2.2.5.5.3. Prohibición de cobro de comisión**

“Artículo 183-S.- En ningún caso la empresa de servicios transitorios podrá exigir ni efectuar cobro de ninguna naturaleza al trabajador, ya sea por concepto de capacitación o de su puesta a disposición en una usuaria”<sup>344</sup>.

Esta prohibición está en plena consonancia con lo dispuesto por la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 181), tal como lo veremos en el apartado respectivo, y tiene por finalidad poner el acento en que estamos en presencia de una relación laboral y no sólo ante una mera intermediación de trabajadores.

#### **2.2.5.5.4. Transformación a contrato de plazo indefinido**

Este importante efecto se contiene en el artículo 183-T, y dice relación con que: “En caso de que el trabajador continúe prestando servicios después de expirado el plazo de su contrato de trabajo, éste se transformará en uno de plazo indefinido, pasando la usuaria a ser su empleador y contándose la antigüedad del trabajador, para todos los efectos legales, desde la fecha del inicio de la prestación de servicios a la usuaria”<sup>345</sup>.

Esta disposición tiene por objeto proteger al trabajador, para evitar abusos por parte de la usuaria, en orden a disponer de trabajadores contratados bajo el sistema de suministro de trabajadores, pero que en la realidad son verdaderos dependientes de ella, cuestión o vicio que se daba a

---

<sup>344</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>345</sup> Op. Cit.

menudo hasta antes de esta ley y que como vimos fue uno de los motivos de su dictación.

Cabe precisar que tiene similitud con el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo, en cuanto a transformarlo en contrato de duración indefinida si el trabajador sigue prestando servicios a la usuaria expirado el plazo del contrato de trabajo, pero no señala la expresión “con conocimiento del empleador”. Esto podría deberse a que al estar en presencia de una relación de trabajo triangular, el empleador es la empresa de servicios transitorios y no la empresa usuaria, ante la que efectivamente presta los servicios el trabajador.

Podría presentarse el problema de ¿qué sucede si ocurre la situación descrita en el artículo y, a la vez, existe un contrato de trabajo indefinido con la empresa de servicios transitorios?; o ¿qué ocurre con las obligaciones derivadas de la relación entre la empresa de servicios transitorios y el trabajador, mientras ésta estuvo vigente?, ¿se extinguen?, ¿las asume la empresa usuaria? Habrá que ver que resuelven la jurisprudencia administrativa y judicial ante estas interrogantes.

La empresa usuaria deberá velar por que se respeten los plazos de los contratos, para evitar las consecuencias antes descritas. Una vez más se apela al principio de autocontrol de las empresas.

#### **2.2.5.5.5. Simulación o fraude a la ley**

Otra disposición fundamental para velar por el correcto cumplimiento de esta normativa es el artículo 183-U: “Los contratos de trabajo celebrados en supuestos distintos a aquellos que justifican la contratación de servicios

transitorios de conformidad con el artículo 183-Ñ, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley, excluyendo a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2º. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan”<sup>346</sup>.

Una vez más nos encontramos ante el principio de autocontrol de las empresas de servicios transitorios y ante el problema de determinar si ¿se trata de cuestiones objetivas o situaciones de hecho?; ¿quién debe evaluar estas situaciones propuestas en la disposición legal, la Dirección del Trabajo, apelando al artículo 183-G, o sólo los Tribunales de Justicia?

Agreguemos que esta norma debe complementarse con el artículo 478 del Código del Trabajo, que modifica esta ley, en su artículo 6º, y que ya analizamos en su oportunidad.

#### **2.2.5.5.6. Indemnización compensatoria del feriado**

Señalada en el artículo 183-V: “El trabajador de servicios transitorios que haya prestado servicios, continua o discontinuamente, en virtud de uno o más contratos de trabajo celebrados con una misma empresa de servicios transitorios, durante a lo menos 30 días en los doce meses siguientes a la fecha del primer contrato, tendrá derecho a una indemnización compensatoria del feriado.

---

<sup>346</sup> Op. Cit.

Por cada nuevo período de doce meses contado desde que se devengó la última compensación del feriado, el trabajador de servicios transitorios tendrá derecho a ésta.

La indemnización será equivalente a la remuneración íntegra de los días de feriado que proporcionalmente le correspondan al trabajador según los días trabajados en la respectiva anualidad. La remuneración se determinará considerando el promedio de lo devengado por el trabajador durante los últimos 90 días efectivamente trabajados. Si el trabajador hubiera trabajado menos de 90 días en la respectiva anualidad, se considerará la remuneración de los días efectivamente trabajados para la determinación de la remuneración”<sup>347</sup>.

Se consagra así una indemnización especial para el trabajador transitorio, con cargo a la empresa de servicios transitorios a la que le prestó sus servicios, en el tiempo y forma señalados.

#### **2.2.5.5.7. Control de asistencia**

Lo establece el artículo 183-W de la siguiente manera: “Será obligación de la usuaria controlar la asistencia del trabajador de servicios transitorios y poner a disposición de la empresa de servicios transitorios copia del registro respectivo.

En el registro se indicará, a lo menos, el nombre y apellido del trabajador de servicios transitorios, nombre o razón social y domicilio de la empresa de servicios transitorios y de la usuaria, y diariamente las horas de ingreso y salida del trabajador”<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> Op. Cit.

<sup>348</sup> Op. Cit.

La ley ha explicitado este deber por parte de la usuaria, lo que en otras circunstancias implicaría subordinación y dependencia entre el trabajador y la usuaria, lo que no se da en este tipo de relaciones.

#### **2.2.5.5.8. Organización y dirección del trabajo**

La ley en su artículo 183-X fija estos temas del siguiente modo: “La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios. Además, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, el que deberá ser puesto en su conocimiento mediante la entrega de un ejemplar impreso, en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 156 de este Código.

La usuaria deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios relativas a la prestación de los servicios, tales como duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos.

Sólo podrán pactarse horas extraordinarias entre el trabajador de servicios transitorios y la empresa de servicios transitorios al tenor del artículo 32 de este Código”<sup>349</sup>.

---

<sup>349</sup> Op. Cit.

En este artículo se refleja claramente lo que ya hemos señalado en nuestra investigación en cuanto a que en este tipo de relaciones laborales, de carácter triangular, el poder disciplinario o sancionatorio queda en manos de la empresa de servicios transitorios, es decir, del empleador, y el poder de organización y dirección del trabajo queda en manos de la empresa usuaria, ya que será en sus dependencias o en los lugares que ella determine donde el trabajador prestará sus servicios, sin perjuicio de que la usuaria deberá cumplir con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios<sup>350</sup>.

En cuanto al pacto de horas extras, cabe preguntarnos ¿es necesaria una situación temporal nueva que demande pactar horas extras o basta con la que se produjo y que llevó a contratar al trabajador temporal? Debemos relacionar los artículos 183-X, 183-Ñ y 32 del Código del Trabajo.

#### **2.2.5.5.9. Protección de garantías constitucionales**

Pilar de toda normativa debe ser el respeto a las garantías constitucionales, es por esto que el artículo 183-Y manda que: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a

---

<sup>350</sup> Incluso la Dirección del Trabajo ha señalado que: “si la empresa usuaria ha obtenido un sistema excepcional de jornada de trabajo y de descanso, conforme al artículo 38 del Código del Trabajo, corresponde aplicar el mismo directamente al trabajador transitorio cedido por una empresa de servicios transitorios, toda vez que este trabajador se va a desempeñar efectivamente al interior del proceso productivo de la empresa usuaria, quedando afecto, precisamente, al régimen legal de jornada de los trabajadores de esta empresa. Lo anterior, sin perjuicio, de que deben dejar constancia en el contrato de trabajo transitorio respectivo del hecho de que la empresa usuaria se encuentra en un sistema excepcional de jornada de trabajo y descansos”, “no siendo necesario, en consecuencia, que la empresa de servicios transitorios obtenga una nueva autorización para dicho trabajador de aquella que ya ha sido obtenida por la empresa usuaria respectiva”. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 2249/048, de 19.06.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

La usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral<sup>351</sup>.

En este punto la legislación está acorde con lo dispuesto en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política; con la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal<sup>352</sup>; con el artículo 154 bis del Código del Trabajo; así como también con los principios e instrumentos, específicos acerca del tema, de la Organización Internacional del Trabajo, lo que se verá más adelante en el apartado correspondiente.

#### **2.2.5.5.10. Remuneración**

Regulada en el artículo 183-Z: “En la remuneración convenida, se considerará la gratificación legal, el desahucio, las indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, y cualquier otro concepto que se devengue en proporción al tiempo servido, salvo la compensación del feriado que establece el artículo 183-V<sup>353</sup>”.

Es decir, el trabajador no tiene derecho a ellos en forma separada, salvo el tema de la compensación del feriado. Algo similar se establece en el artículo 44 inciso 4° del Código del Trabajo, para contratos que tengan una duración de

---

<sup>351</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>352</sup> La Constitución asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. Artículo 19 N° 4. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Op. Cit. p. 17; y LEY N° 19.628. Sobre protección de la vida privada. Chile. 28 de agosto de 1999. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

<sup>353</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.



treinta días o menos, pero en la remuneración está incluido el feriado, además de todos los derechos que se devenguen en proporción al tiempo servido. Ambos casos se tratan de ficciones legales.

#### **2.2.5.5.11. Intermediación por empresa no inscrita**

Aquí también estamos en presencia de un precepto que aboga por el correcto cumplimiento de esta ley, así el artículo 183-AA dispone que: “La usuaria que contrate a un trabajador de servicios transitorios por intermedio de empresas no inscritas en el registro que para tales efectos llevará la Dirección del Trabajo, quedará, respecto de dicho trabajador, excluida de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2º. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se registrará por las normas de la legislación laboral común.

Además, la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa equivalente a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado<sup>354</sup>.

Otro ejemplo más del principio de autocontrol o autorregulación de las propias empresas, en este caso, de las usuarias. Se presume de derecho que el trabajador es dependiente de la usuaria pero no señala en qué condición, por lo que, deberá entenderse que lo es por el plazo que dure la causal que motivó su contratación. Pensar que debe suponerse como contratado indefinidamente sería un exceso y una interpretación en ese sentido sería teleológicamente errada.

---

<sup>354</sup> Op. Cit.

Debe recordarse que la empresa de servicios transitorios que actúe sin ajustarse a la normativa también es sancionada con multa a beneficio fiscal, tal como lo señala el artículo 183-L del Código del Trabajo.

#### **2.2.5.5.12. Responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria**

Descrita en el inciso primero del artículo 183-AB, en los siguientes términos: “La usuaria será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las empresas de servicios transitorios a favor de los trabajadores de éstas, en los términos previstos en este Párrafo”<sup>355</sup>.

Debe entenderse que se refiere sólo a los trabajadores que le prestaron servicios a la usuaria y no a todos los trabajadores de la empresa de servicios transitorios, de lo contrario sería un exceso para la usuaria.

Hagamos el alcance de que el artículo señala una responsabilidad subsidiaria, para la empresa usuaria, que es similar a lo que ocurre en el caso de la subcontratación cuando la empresa principal ejerce su derecho a ser informada y el derecho de retención, según el artículo 183-D del Código Del Trabajo.

#### **2.2.5.5.13. Responsabilidad directa de la empresa usuaria**

Establecida en los incisos siguientes del artículo 183-AB: “No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, será de responsabilidad directa de la usuaria

---

<sup>355</sup> Op. Cit.

el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley N° 16.744, especialmente las medidas de prevención de riesgos que deba adoptar respecto de sus trabajadores permanentes. Asimismo, deberá observar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 66 bis de la ley N° 16.744.

Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la ley N° 16.744, la usuaria denunciará inmediatamente al organismo administrador al que se encuentra afiliada o adherida la respectiva empresa de servicios transitorios, la ocurrencia de cualquiera de los hechos indicados en la norma legal antes citada. Al mismo tiempo, deberá notificar el siniestro a la empresa de servicios transitorios.

Serán también de responsabilidad de la usuaria, las indemnizaciones a que se refiere el artículo 69 de la ley N° 16.744. Sin perjuicio de lo anterior, la empresa de servicios transitorios deberá constatar que el estado de salud del trabajador sea compatible con la actividad específica que desempeñará<sup>356</sup>.

Algo parecido sucede en cuanto a la responsabilidad directa de la empresa usuaria en lo referente a higiene, seguridad y prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, con lo establecido para el caso de la subcontratación en el artículo 183-E.

Hay que recordar que ya vimos que esta misma ley, en su artículo 7º, incorpora el artículo 66 bis a la ley N° 16.744.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 69 de la ley N° 16.744, éste dispone que en casos en que el accidente o enfermedad profesional se debe a culpa o dolo del empleador o de un tercero, otorga al organismo administrador

---

<sup>356</sup> Op. Cit.

del seguro una acción de repetición contra el empleador o el tercero para obtener el reembolso de las prestaciones que otorgó o tenga que otorgar al trabajador por dicha causa. Además, la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño pueden reclamar al empleador o al tercero responsable, las otras indemnizaciones a que tengan derecho, incluso el daño moral. En el caso del trabajo suministrado, como el empleador es la empresa de servicios transitorios, el artículo 183-AB señala expresamente a la empresa usuaria como responsable de estas indemnizaciones. Pero hace la salvedad de que la empresa de servicios transitorios debe constatar que la salud del trabajador sea compatible con el trabajo a realizar, de lo contrario podría ser la responsable, al tener dolo o culpa en el accidente o enfermedad, por no constatar la salud del trabajador antes de ponerlo a disposición de la usuaria.

#### **2.2.5.6. Normas Generales**

##### **2.2.5.6.1. Trabajadores con discapacidad**

“Artículo 183-AC.- En el caso de los trabajadores con discapacidad, el plazo máximo de duración del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios establecido en el párrafo segundo del inciso primero del artículo 183-O, será de seis meses renovables”<sup>357</sup>.

En este artículo se concreta una de las motivaciones de la ley al promover la contratación y empleo de personas pertenecientes a grupos determinados o trabajadores “atípicos”, como es el caso de los discapacitados. Pero debemos hacer la salvedad que indica Rodríguez Quiroz al analizar la

---

<sup>357</sup> Op. Cit.

historia de la ley, en cuanto a las normas especiales relativas a trabajadores agrícolas de temporada y otros con especial necesidad de fomento de empleo, entre los que se encontraban los discapacitados, pero además los jóvenes entre 18 y 24 años. El autor nos indica que el texto original del proyecto de ley contenía normas para todos estos tipos de trabajadores, en especial en lo referente al cómputo de trabajadores para determinar la garantía permanente que debían constituir las empresas de servicios transitorios, obviamente este tipo de trabajadores no se computaban o la garantía aumentaba en un menor valor. Luego el Senado suprimió la exigencia de garantía, por lo que, se eliminaron las normas relativas a esos grupos de trabajadores. Por último, la Cámara de Diputados reestableció la exigencia de la garantía, pero no hizo lo mismo con las normas que trataban a dichos grupos de trabajadores, excepto en lo relativo al plazo de duración del contrato y a la posibilidad de renovarlo en el caso de los discapacitados, tal como lo estableció el texto final de la ley, en su artículo 183-AC. En todo lo demás, a estos tipos de trabajadores les son aplicables las normas generales de la ley<sup>358</sup>. De ahí que podamos concluir que en esta materia la ley finalmente no cumplió a cabalidad con uno de los objetivos originales del proyecto de ley, que era favorecer a trabajadores “atípicos” como son los denominados “temporeros”, jóvenes, de la tercera edad y los discapacitados.

#### **2.2.5.6.2. Obligación de capacitación**

Consagrada en el artículo 183-AD: “Las empresas de servicios transitorios estarán obligadas a proporcionar capacitación cada año calendario, al menos al 10% de los trabajadores que pongan a disposición en el mismo

---

<sup>358</sup> RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. pp. 42-43

período, a través de alguno de los mecanismos previstos en el Párrafo 4º del Título I de la ley N° 19.518.

La Dirección del Trabajo verificará el cumplimiento de la obligación establecida en este artículo”<sup>359</sup>.

Aclaremos que la Ley N° 19.518 fija el nuevo estatuto de capacitación y empleo, el título I trata sobre la capacitación y su párrafo 4º, sobre la capacitación y su financiamiento. De los mecanismos allí descritos la empresa de servicios transitorios deberá elegir uno de ellos para capacitar a sus trabajadores, con los respectivos beneficios tributarios que procedan.

Debemos recordar que el artículo 183-S establece que la empresa de servicios transitorios no puede efectuar cobro alguno a sus trabajadores por concepto de capacitación.

#### **2.2.5.6.3. Fuero maternal**

El artículo 183-AE nos dice que: “Las trabajadoras contratadas bajo el régimen contemplado en este Párrafo, gozarán del fuero maternal señalado en el inciso primero del artículo 201, cesando éste de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria.

Si por alguna de las causales que establece el presente Párrafo se determinare que la trabajadora es dependiente de la usuaria, el fuero maternal se extenderá por todo el período que corresponda, conforme a las reglas generales del presente Código”<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>360</sup> Op. Cit.

Sobre este punto ya nos referimos al momento de presentar las motivaciones que inspiraban el proyecto de ley que regularía las empresas de servicios transitorios. Sin perjuicio de ello, este tema será tratado nuevamente y de manera más específica en un próximo apartado de esta investigación. A modo de comentario, podemos señalar que la Central Unitaria de Trabajadores proponía que en este tipo de contrataciones se siguiera el mismo criterio que para los contratos a plazo fijo, por ende, el término del contrato de la trabajadora sujeta a fuero maternal debía ser autorizado por el juez competente<sup>361</sup>.

#### **2.2.5.7. Breve comentario acerca del intento de introducir un nuevo concepto de empresa**

Finalizando el análisis de la ley N° 20.123, podríamos recordar la polémica causada por el intento de introducir un nuevo concepto de empresa durante la tramitación de esta ley.

La cuestión se inició por la indicación que nació en la Cámara de Diputados, en orden a introducir un nuevo concepto de empresa, distinto al señalado en el artículo 3° del Código del Trabajo, ya que se estimaba que era necesario para la eficacia de las nuevas normas, por estar en presencia del fenómeno de triangulación de las relaciones laborales o intermediación, y para evitar “el outsourcing viciado por la simulación o el fraude a la ley”<sup>362</sup>.

El artículo propuesto (183 ter) entendía como empresa, para los efectos de esta ley, toda organización de medios personales, materiales, e inmateriales,

---

<sup>361</sup> RAMÍREZ WELSH, Marcela. Op. Cit. p. 100

<sup>362</sup> Ver: CONCHA GUTIÉRREZ, Carlos. Op. Cit. p. 5

ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos. Concepto que difiere al del artículo 3º del Código del Trabajo.

Los senadores de oposición dedujeron un requerimiento en conformidad al artículo 93, N° 3 de la Constitución, con el objeto que se declarará la inconstitucionalidad del artículo 183 ter del Código del Trabajo.

Finalmente el Tribunal Constitucional, por sentencia de 21 de agosto de 2006, decretó la inconstitucionalidad de dicho artículo, debido a que la disposición había tenido su origen en una indicación parlamentaria y no del Presidente de la República, ya que trataba materias de su iniciativa exclusiva, según la Constitución Política.

“En efecto, la aplicación del concepto de empresa que formula el artículo 183 ter a las distintas situaciones de subcontratación contenidas en el proyecto de ley, determina los sujetos obligados al pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores como, asimismo, la clase de responsabilidad civil de la persona denominada mandante o empresa principal en la subcontratación. Por consiguiente, se trata de disposiciones que modifican normas sobre seguridad social o que inciden en ella tanto del sector público como del sector privado, las cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, N° 6, de la Constitución Política, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República”<sup>363</sup>.

---

<sup>363</sup> Op. Cit. p. 29



Para ahondar más en esta materia y ver en detalle lo sucedido, se puede consultar el libro de Carlos Cocha Gutiérrez<sup>364</sup>, ya citado, o dirigirse directamente a la Historia de la Ley<sup>365</sup>.

### **2.2.6. Principales efectos de la inserción de la Ley N° 20.123 en el sistema de Flexibilidad Laboral en Chile**

A modo de conclusión de este apartado, podemos decir que la Ley N° 20.123 vino a llenar un vacío existente en nuestra legislación, en cuanto a las empresas de servicios transitorios, que como hemos dicho reiteradamente, funcionaban desde hace varios años en ausencia de una normativa específica que las regulara, lo que generaba desprotección e incertidumbre en los derechos y libertades de los trabajadores sujetos a este tipo de relaciones. A su vez, vino a perfeccionar las normas que regulaban el trabajo en régimen de subcontratación, dictando una nueva normativa al respecto y derogando la anterior.

Debemos señalar que el análisis específico de la ley con respecto a los derechos y libertades de los trabajadores sujetos a trabajo en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios, será hecho más adelante en nuestra investigación, una vez que analicemos los principios, normas y directrices acerca de la materia, que tenga la Organización

---

<sup>364</sup> Op. Cit. p. 29 y ss. Relacionar a su vez con los artículos 96 a 100 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, en lo relativo a grupos empresariales y personas relacionadas. LEY N° 18.045. Op. Cit.

<sup>365</sup> HISTORIA DE LA LEY N° 20.123. Op. Cit. pp. 520 a 529

Internacional del Trabajo. Es en este punto donde podremos apreciar mejor los efectos de la nueva ley.

Veamos ahora como queda el sistema de flexibilidad laboral en Chile con la inclusión de esta nueva normativa.

### **2.2.7. Segunda Matriz de Flexibilidad Laboral en Chile**

El Sistema de Flexibilidad Laboral en Chile con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123<sup>366</sup>

#### 1.- Flexibilidad Funcional

1.1.- Libertad para pactar pluralidad de funciones en el contrato de trabajo – artículo 10 n° 3 del Código del Trabajo

1.2.- Facultad para modificar unilateralmente las funciones del trabajador y lugar de desempeño – artículo 12 inciso 1° del Código del Trabajo

#### 2.- Flexibilidad Salarial

2.1.- Remuneración a trato – artículo 44 inciso 1° del Código del Trabajo

---

<sup>366</sup> Fuentes: LABRA VICENCIO, Manuel. Op. Cit.; ACEVEDO COGNIAN, Maximiliano, VALERA MILLAS, Constanza. Op. Cit.; ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad laboral en Chile: Las empresas y las personas. Op. Cit.; LIZAMA PORTAL, Luis. ¿Qué y cuánta flexibilidad en el derecho del trabajo chileno? Op. Cit.; y CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

- 2.2.- Remuneración por comisiones – artículo 42 letra c) del Código del Trabajo
- 2.3.- Participación - artículo 42 letra d) del Código del Trabajo
- 2.4.- Remuneración por día, hora o semana – artículo 44 inciso 1º del Código del Trabajo
- 2.5.- Los reajustes legales no se aplican a las remuneraciones y beneficios pactados en contratos y convenios colectivos – artículo 43 del Código del Trabajo
- 2.6.- El monto mensual de la remuneración no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual, artículo 44 inciso 3º del Código del Trabajo, salvo los siguientes casos:
  - 2.6.1.- Para los trabajadores con jornada parcial (proporcional)
  - 2.6.2.- Trabajadores menores de 18 y mayores de 65 años (ingreso mínimo mensual inferior)
  - 2.6.3.- Trabajadores de casa particular (remuneración mínima, en dinero, equivalente a 75% del ingreso mínimo legal)
  - 2.6.4.- Trabajadores menores de 21 años contratados como aprendices (remuneración se pacta libremente)

### 3.- Flexibilidad Numérica

#### 3.1.- Flexibilidad Numérica Externa

##### 3.1.1.- Flexibilidad Numérica Externa de Entrada

- 3.1.1.1.- Personal no estable con relación laboral con la empresa
  - 3.1.1.1.1.- Contrato de aprendizaje base – artículo 78 del Código del Trabajo
  - 3.1.1.1.2.- Contrato de aprendizaje promovido – Ley N° 19.518 (SENCE)
  - 3.1.1.1.3.- Contrato de capacitación – Ley N° 19.518 (SENCE)

3.1.1.1.4.- Contrato de empleo-formación – artículo 183 bis del Código del Trabajo

3.1.1.1.5.- Contrato de plazo fijo – artículo 159 n° 4 del Código del Trabajo

3.1.1.1.6.- Contrato por obra o faena – artículo 159 n° 5 del Código del Trabajo

3.1.1.1.7.- Contrato a prueba – artículo 147 del Código del Trabajo

3.1.1.1.8.- Contrato con duración hasta de 30 días – artículo 44 inciso 4° del Código del Trabajo

3.1.1.1.9.- Contrato especial de aprendizaje – Ley N° 19.284 (sobre plena integración social de personas con discapacidad)

3.1.1.2.- Personal sin relación laboral con la empresa

3.1.1.2.1.- Prestaciones de servicios que no dan derecho a contrato de trabajo – artículo 8 del Código del Trabajo:

3.1.1.2.1.1.- Servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público

3.1.1.2.1.2.- Trabajo efectuado discontinua o esporádicamente a domicilio

3.1.1.2.1.3.- Práctica profesional realizado por egresado de una institución de educación superior o de la enseñanza media técnico-profesional

3.1.1.2.1.4.- Contrato a honorarios (arrendamiento de servicios que se encuentra establecido en el Código Civil)<sup>367</sup>

3.1.1.2.2.- Trabajo en Régimen de Subcontratación – artículos 183-A a 183-E del Código del Trabajo

3.1.1.2.3.- Empresas de Servicios Transitorios – artículos 183-F a 183-AE del Código del Trabajo

3.1.2.- Flexibilidad Numérica Externa de Salida

---

<sup>367</sup> Si bien no es una figura propiamente laboral, es otra herramienta más que existe en nuestro ordenamiento jurídico, de la cual puede hacer uso el empleador. De hecho muchas veces se mal utiliza este contrato para encubrir relaciones típicamente laborales.

3.1.2.1.- Despido por necesidades de la empresa – artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo

3.1.2.2.- Despido por desahucio escrito del empleador – artículo 161 inciso 2º del Código del Trabajo

3.1.2.3.- Finiquito simple para contratos con duración hasta de 30 días – artículo 177 del Código del Trabajo

3.1.2.4.- Posibilidad de pactar pago fraccionado de indemnizaciones – artículo 169 del Código del Trabajo

## 3.2.- Flexibilidad Numérica Interna

3.2.1.- Flexibilidad en la duración del tiempo de trabajo

3.2.1.1.- Trabajadores sin limitación de jornada del artículo 22 del Código del Trabajo:

3.2.1.1.1.- Trabajadores que prestan servicios a distintos empleadores

3.2.1.1.2.- Gerentes, administradores y apoderados con facultades de administración

3.2.1.1.3.- Trabajadores que laboren sin fiscalización superior inmediata

3.2.1.1.4.- Los que presten servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos

3.2.1.1.5.- Los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajeros, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento

3.2.1.1.6.- Trabajadores que se desempeñan a bordo de naves pesqueras

3.2.1.1.7.- Trabajadores que laboran fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante medios informáticos o de telecomunicaciones (teletrabajo)

3.2.1.1.7.- Deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas

3.2.1.1.8.- Trabajadores de artes y espectáculos – artículo 145-C del Código del Trabajo

3.2.1.2.- Extensión de jornada de los dependientes del comercio – artículo 24 del Código del Trabajo

3.2.1.3.- Jornadas mayores – artículo 27 del Código del Trabajo

3.2.1.4.- Extensión de la jornada por caso fortuito o fuerza mayor – artículo 29 del Código del Trabajo

3.2.1.5.- Horas extraordinarias – artículo 30 del Código del Trabajo

3.2.1.6.- Posibilidad empresarial de denegar el descanso para colación – artículo 34 del Código del Trabajo

3.2.1.7.- Jornada parcial – artículo 40 bis del Código del Trabajo

3.2.1.8.- Permisos por enfermedad del hijo menor de 18 años – artículo 199 bis del Código del Trabajo

3.2.2.- Flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo

3.2.2.1.- Amplia facultad empresarial de funcionar días domingos y festivos – artículo 38 del Código del Trabajo

3.2.2.2.- Trabajadores sin derecho a descanso dominical – artículo 38 inciso 5º del Código del Trabajo:

3.2.2.2.1.- Trabajadores contratados por un plazo de no más de 30 días

3.2.2.2.2.- Aquellos cuya jornada de trabajo no sea superior a 20 horas semanales

3.2.2.2.3.- Los contratados para trabajar sólo sábados, domingos o festivos

3.2.2.3.- Sistemas excepcionales de distribución de jornada – artículo 38 inciso 7º del Código del Trabajo

3.2.2.4.- Jornada bisemanal – artículo 39 del Código del Trabajo

3.2.2.5.- Libertad para fijar horario diurno y nocturno de trabajo

3.2.2.6.- Libertad empresarial para establecer sistemas de turnos rotativos de trabajo – artículo 36 del Código del Trabajo

3.2.2.7.- Facultad empresarial de alterar la distribución de jornada de trabajo convenida hasta en 60 minutos - artículo 12 inciso 2º del Código del Trabajo

3.2.2.8.- Posibilidad de pactar contratos part time o con reducción de jornada, con facultad empresarial de alterar la distribución de la jornada de trabajo – artículo 40 bis c) del Código del Trabajo

3.2.2.9.- Posibilidad de pactar fraccionamiento o acumulación de las vacaciones anuales – artículo 70 del Código del Trabajo

3.2.2.10.- Facultad empresarial para imponer una fecha de vacaciones anuales – artículo 76 del Código del Trabajo

3.2.2.11.- Jornada de trabajadores agrícolas – artículos 88 y 90 del Código del Trabajo

### **CAPÍTULO III**

## **DERECHOS Y LIBERTADES DE TRABAJADORES EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN Y DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS A LA LUZ DE LA O.I.T.**

En este capítulo analizaremos los derechos y libertades de los trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios a la luz de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.).

Para lo cual, en primer lugar, y de manera resumida, revisaremos la historia, funcionamiento, estructura y normas de la O.I.T. Luego, pasaremos a analizar las reuniones específicas de las Conferencias Internacionales del Trabajo que trataron los temas de la subcontratación y de las empresas de servicios transitorios, cuestiones centrales en nuestra investigación, y los instrumentos que hayan emanado de ellas. A continuación veremos, a modo de catálogo, cuales son estos derechos y libertades que consagra el Derecho Internacional del Trabajo para estos tipos de trabajadores, a través de las

reuniones, principios, directrices y normas emanadas de la O.I.T. Finalmente, contrastaremos estos derechos y libertades consagrados por la O.I.T., con la legislación nacional, especialmente con la norma en análisis en esta investigación, la Ley N° 20.123.

### **3.1. La Organización Internacional del Trabajo**

#### **3.1.1. Reseña histórica**

La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) nació producto de la realidad social y económica de los países de Europa y de América del Norte del siglo XIX, es decir, en plena era de la revolución industrial, con los costos humanos asociados a ella y sus consecuentes disturbios sociales. Lo que generó un movimiento intelectual, político y social que se fue consolidando durante todo ese siglo.

Ya desde esa época se tuvo la idea de que una legislación internacional del trabajo podría dar protección a los trabajadores, que se encontraban en una desprotección casi absoluta.

A principios del siglo XX se desarrollan los primeros instrumentos jurídicos que tienden a proteger a los trabajadores, tanto a nivel nacional (Alemania y sus primeras leyes sociales) como internacional (Suiza y las Conferencias de Berna).

Durante la Primera Guerra Mundial los sindicatos se reunieron en varias ocasiones y determinaron que en el futuro tratado que sellara la paz, debía considerarse la adopción de normas laborales internacionales y la creación de



una oficina internacional del trabajo, como compensación por los sacrificios de los trabajadores en la época de guerra.

Y así ocurrió, la Comisión para la Legislación Laboral Internacional que creó el Tratado de Versalles, elaboró la Constitución de la O.I.T. en 1919.

Se esgrimieron razones de tipo humanitario, político y económico para adoptar esta decisión, las cuales finalmente quedaron plasmadas en el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T., de la siguiente manera:

“...“existen condiciones de trabajo que entrañan injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos” (...) “el descontento causado por la injusticia constituye una amenaza para la paz y armonía universales” (...) “si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países” (...) “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social” ...”<sup>368</sup>.

Todas estas ideas fueron reafirmadas en la Declaración de Filadelfia de 1944, que es un anexo a la Constitución de la O.I.T., y en su conjunto establecen los fines y objetivos de ella.

Hasta la Segunda Guerra Mundial la O.I.T. tuvo un primer período fructífero, a diferencia de la Sociedad de las Naciones, antecesora de la Organización de Naciones Unidas (O.N.U.).

Respecto a esta última, hay que señalar que desde 1945 se entiende a la O.I.T. como una agencia especializada de la O.N.U.

---

<sup>368</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La OIT en América Latina y el Caribe: Acción y desafíos. Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, O.I.T., 2003. 67 h. p. 4

Después de la Segunda Guerra Mundial, la O.I.T. inició un período en que sus convenios se enfocan en los derechos humanos y en la cooperación técnica, a diferencia del primer período en que su trabajo estuvo más abocado a desarrollar las primeras normas internacionales del trabajo y a garantizar su aplicación. Pero en este segundo período los temas más importantes fueron y siguen siendo: la libertad de asociación, la eliminación del trabajo forzoso y de las diferentes formas de discriminación, entre otros.

Otro hito de importancia en la historia de la O.I.T., lo marca la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que se adoptó en 1998 por la Conferencia Internacional del Trabajo. Esta se traduce en “una reafirmación universal de la obligación, surgida del propio hecho de la pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de ciertos convenios de la O.I.T., incluso aunque tales convenios no hayan sido ratificados: libertad de asociación, reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, abolición efectiva del trabajo infantil y eliminación de la discriminación en relación con el empleo y la ocupación. A su vez, la Declaración contiene un reconocimiento de la responsabilidad por parte de la O.I.T. de ayudar a sus Miembros a lograr esos objetivos”<sup>369</sup>.

Los convenios señalados corresponden a los tenidos como convenios fundamentales de la O.I.T., a saber: Convenio N° 29, sobre trabajo forzoso, de 1930; Convenio N° 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, de 1948; Convenio N° 98, sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949; Convenio N° 100, sobre igualdad de

---

<sup>369</sup> Op. Cit. p. 6

remuneración, de 1951; Convenio N° 105, sobre abolición del trabajo forzoso, de 1957; Convenio N° 111, sobre discriminación en el empleo y ocupación, de 1958; Convenio N° 138, sobre edad mínima para el empleo, de 1973; y Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999<sup>370</sup>.

En dicha declaración se establece que dichos derechos se les reconocen a todas las personas, por ende, son universales. Además, señala que la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, no se logran sólo con el progreso económico.

La Conferencia Internacional del Trabajo también estableció un seguimiento de esta declaración, contenido en un anexo, lo que se traduce, en palabras simples, en memorias e informes sobre la situación de los derechos fundamentales señalados en ella, ya sea en los países que hayan ratificado o no los convenios relativos a la materia.

Como vimos, la O.I.T. debe brindar ayuda a sus Estados miembros para lograr los objetivos de la declaración, lo cual se materializa en cooperación técnica a través del Programa InFocus (Programas Internacionales Focales) para promover la declaración. La ayuda va desde el asesoramiento en reformas legislativas, pasando por la capacitación y formación de funcionarios gubernamentales, hasta potenciar la capacidad de los agentes sociales tripartitos. Este programa tiene tres propósitos fundamentales: concienciar sobre la declaración a nivel nacional, regional e internacional; profundizar en todos esos niveles señalados, la idea de que los principios y derechos fundamentales de la declaración refuerzan el desarrollo, la democracia y la

---

<sup>370</sup> Todos estos convenios, así como el Acta de Constitución de la O.I.T. y la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, se pueden obtener de la página web de la O.I.T.: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Portal Institucional. [en línea]. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

igualdad; y promover políticas nacionales que los materialicen, de acuerdo a la realidad de cada país.

Esta declaración respondía a las crecientes preocupaciones de la comunidad internacional que se venían desarrollando frente a la globalización, a la liberalización del comercio y a la flexibilización del mundo del trabajo, y su impacto en las personas<sup>371</sup>.

Otro ejemplo de esta preocupación es el Informe final de la Comisión de Estudio del Bundestag alemán, titulado “Globalización de la economía mundial: retos y respuestas” (14º período legislativo, junio 2002). El cual más allá de las visiones económicas y financieras indicó que: “La dimensión social de la globalización se refiere al impacto que este proceso tiene en la vida y en el trabajo de las personas, así como en sus familias y en sus sociedades. Incluye las preocupaciones y los problemas relacionados con el impacto de la globalización en el empleo, las condiciones de trabajo, los ingresos y la protección social”<sup>372</sup>. Además de otros tópicos que exceden del mundo del trabajo.

Por su parte, en febrero de 2002, la Organización Internacional del Trabajo constituyó la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización. El informe final fue publicado en febrero de 2004.

---

<sup>371</sup> Al respecto se pueden consultar: CORDOVA, Efrén. Derechos fundamentales y comercio internacional: Armonización de la eficacia económica con la protección social. En: V CONGRESO Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001. pp.273 a 315; y ERMIDA URIARTE, Oscar. Derechos laborales y comercio internacional. En: V CONGRESO Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001. pp. 285 a 324

<sup>372</sup> CORREA GAUDIO, Diana. La Organización Internacional del Trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad Central de Chile, Facultad de Derecho, 2005. 132 h. p. 82

En su prefacio dice: “La dimensión social de la globalización (...) se trata de la dimensión de la globalización que la gente experimenta en su vida diaria y en su trabajo: la totalidad de sus aspiraciones a una participación democrática y a la prosperidad material”<sup>373</sup>.

El informe incluye prioridades esenciales, entre las que destacan:

“4. Unas políticas y reformas institucionales encaminadas a integrar la economía informal en la corriente principal de la economía, recurriendo a medidas encaminadas a elevar la productividad, los ingresos y la protección y a asegurar que existe un marco jurídico e institucional para la propiedad y los derechos laborales, así como para el desarrollo de las empresas.

5. La conversión del trabajo decente en un objetivo fundamental de las políticas económicas, dando prioridad a la creación de empleo, salvaguardando los derechos fundamentales en el trabajo, reforzando la protección social y promoviendo el diálogo social. Las políticas deberían tomar en consideración los aspectos de género y basarse en un nuevo contrato social que refleje los intereses tanto de los empleadores como de los trabajadores”<sup>374</sup>.

En cuanto al trabajo decente, tema de actual y vital importancia, debemos señalar que: “El trabajo decente resume las aspiraciones de los individuos en lo que concierne a sus vidas laborales, e implica oportunidades de obtener un trabajo productivo con una remuneración justa, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas para el desarrollo personal y la integración social, libertad para que los individuos manifiesten sus preocupaciones, se organicen y participen en la toma de

---

<sup>373</sup> Op. Cit. p. 85

<sup>374</sup> Op. Cit. p. 88

aquellas decisiones que afectan a sus vidas, así como la igualdad de oportunidades y de trato para mujeres y hombres.

El trabajo decente debería constituir la esencia de las estrategias globales, nacionales y locales para lograr el progreso económico y social. Es indispensable para los esfuerzos destinados a reducir la pobreza, y como medio para alcanzar un desarrollo equitativo, global y sostenible. Mediante sus actividades en el ámbito del empleo, la protección social, las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo y del diálogo social, la OIT se esfuerza para fomentar el trabajo decente.

En cada una de estas esferas, los individuos de todo el mundo se ven enfrentados a carencias, lagunas y exclusiones en forma de desempleo y subempleo, trabajos de baja calidad e improductivos, trabajo inseguro e ingresos inestables, denegación de derechos, desigualdad de género, explotación de los trabajadores migrantes, falta de representación y participación, así como de insuficiente protección y solidaridad en caso de enfermedad, discapacidad y vejez. Los programas de la OIT se proponen hallar soluciones a todos estos problemas<sup>375</sup>.

De ahí que las proyecciones y prioridades de este nuevo milenio para la O.I.T., se pueden resumir en cuatro objetivos estratégicos<sup>376</sup>:

- 1.- Promover y materializar los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
- 2.- Crear mayores oportunidades para que hombres y mujeres consigan empleos e ingresos dignos.
- 3.- Ampliar la cobertura y eficacia de la protección social universal.

---

<sup>375</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El trabajo decente. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org/public/spanish/decent.htm>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

<sup>376</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La OIT en América Latina y el Caribe: Acción y desafíos. Op. Cit. p. 11

#### 4.- Fortalecer el sistema tripartito y el diálogo social.

Por último, señalaremos que desde 1999 la O.I.T. tiene como Director General al chileno Juan Somavia.

### **3.1.2. Estructura y funcionamiento**

La O.I.T. es una organización multilateral que tiene una estructura tripartita, conformada por los representantes de los gobiernos, de las organizaciones de empleadores y de las organizaciones de trabajadores, de todos sus Estados miembros. Quienes en su conjunto fijan y desarrollan las políticas y programas de esta institución, en un pie de igualdad<sup>377</sup>.

Este tripartismo también es promovido por la O.I.T. dentro de sus Estados miembros, a través del diálogo social.

Los órganos directivos superiores de la O.I.T. están conformados por:

#### **3.1.2.1. La Conferencia Internacional del Trabajo**

Es el órgano supremo de la O.I.T., cada Estado miembro tiene derecho a enviar a cuatro delegados, los cuales, siguiendo con el tripartismo de la O.I.T., se distribuyen así: dos representantes del gobierno; un representante de los trabajadores; y un representante de los empleadores. Cada uno de los cuales tiene derecho a voz y a voto, independientemente entre si.

---

<sup>377</sup> “d) El tripartismo es incompatible con cualquier forma de totalitarismo, suponiendo pluralismo real e independencia por parte de los sectores sociales que lo constituyen;”. En: MONTT BALMACEDA, Manuel. Principios de Derecho Internacional del Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, 1998. 339 h. p. 71

La Conferencia Internacional del Trabajo sesiona cada año en el mes de junio, en su sede ubicada en Ginebra.

En resumen se puede decir que la Conferencia Internacional del Trabajo es un foro mundial para la discusión por parte de gobiernos, trabajadores y empleadores, sobre asuntos de orden social, laboral, normas internacionales del trabajo y políticas generales de la O.I.T. Su labor es eminentemente legislativa, ya que adopta los convenios y recomendaciones que se someten a su aprobación.

Dentro de las Conferencias se generan variados informes que sirven de base para las discusiones y para la adopción de instrumentos internacionales.

Bianualmente la Conferencia acuerda su programa y presupuesto. Este último es financiado por los Estados miembros.

### **3.1.2.2. El Consejo de Administración**

Este órgano dirige el trabajo entre las sesiones anuales de la O.I.T. Es un consejo ejecutivo que se reúne tres veces al año, también en Ginebra, su función es determinar las actuaciones que se llevarán a cabo para ejecutar la política de la O.I.T. Además, es el encargado de preparar el borrador de programa y presupuesto, que luego será sometido a aprobación por la Conferencia. También elige al Director General, el cual tiene una duración de cinco años en su cargo, renovables.



El Consejo de Administración está formado por 56 miembros, los cuales se reparten, por un lado, en 28 representantes de los gobiernos, 10 de estos puestos son ocupados permanentemente por los Estados más importantes a nivel industrial, que son: Alemania, Brasil, China, Estados Unidos, Francia, India, Italia, Japón, Reino Unido y Federación de Rusia; los representantes de los demás países miembros se eligen cada tres años en la Conferencia Internacional del Trabajo, por los delegados gubernamentales. Se tiene en cuenta la distribución geográfica para ello. Por otro lado, se reparten en 14 representantes de los trabajadores y 14 de los empleadores. Éstos eligen a sus propios representantes en colegios electorales separados.

### **3.1.2.3. La Oficina Internacional del Trabajo**

Es el secretariado permanente, sede operativa, centro de investigación y casa editora de la O.I.T. Su administración y gestión son descentralizadas, a través de oficinas regionales, de zona y de correspondencia (unas cuarenta en todo el mundo). Su sede se encuentra en Ginebra. Entre otras tareas, redacta los textos de los informes, de los convenios y recomendaciones que luego se someterán a su aprobación por la Conferencia Internacional del Trabajo.

Por último, señalaremos que a nivel regional, los Estados miembros celebran reuniones periódicas para analizar temas de especial interés para su región, en las conferencias regionales. También hay que decir que, tanto el Consejo de Administración, como la Oficina Internacional del Trabajo, son asesorados por comisiones tripartitas sobre las principales industrias, y por

comités de expertos en diversas materias. Estas comisiones sesionan en reuniones especiales, las que pueden darse en reuniones sectoriales o coloquios, seminarios y otras reuniones de expertos.

### **3.1.3. Normas Internacionales del Trabajo**

Se pueden identificar cuatro tipos de normas que emanan de la O.I.T.:

#### **3.1.3.1. Las normas de fondo**

Se encuentran en el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T. y en la Declaración de Filadelfia, tal como ya lo vimos al pasar revista a la historia de esta organización.

#### **3.1.3.2. Los convenios internacionales del trabajo**

Los convenios pueden definirse como tratados internacionales sometidos a la ratificación de los Estados miembros de la O.I.T.

Sus características esenciales son: a) Que emanan de un organismo internacional, por ende, es un instrumento multilateral; b) Que en su adopción, en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, hay una participación tripartita; y c) Que aun no siendo ratificados por los Estados, son normas que dan origen a ciertas obligaciones para ellos, “como son las de someter su texto a las autoridades competentes y de mantener informada a la O.I.T. sobre el estado de la legislación positiva interna en relación a la materia del convenio”<sup>378</sup>.

---

<sup>378</sup> MONTT BALMACEDA, Manuel. Op. Cit. p. 123

### **3.1.3.3. Las recomendaciones**

Las recomendaciones, que generalmente dicen relación con los mismos temas de los convenios, son instrumentos que no obligan a los Estados miembros, sino más bien, vienen a orientar la política y acción nacional en el cumplimiento de los convenios y directrices de la O.I.T.

Tienen lugar en tres situaciones: a) En el caso de que la materia en cuestión no se encuentra en un estado tal que se pueda lograr un convenio a su respecto; b) Para complementar, hacer precisiones, fortalecer, lo dicho en un convenio. Este es el caso específico de esta investigación, la cual tiene como parámetro el Convenio N° 181, que versa sobre las agencias de empleo privadas, dentro de las cuales se consideran a las empresas de servicios transitorios, como complemento de él se dictó la Recomendación N° 188; c) En el caso en que el asunto controvertido requiera de un pronunciamiento internacional, pero a la vez, sea imposible llegar a un acuerdo entre los Estados miembros para la dictación de un convenio que establezca una normativa común para todos ellos, debido a la heterogeneidad de legislaciones y prácticas de cada Estado miembro respecto a ese tema. Aquí también nos encontramos con un ejemplo que tiene relación directa con nuestra investigación, ya que lo anterior es lo que ha ocurrido con el tema de la subcontratación, donde la naturaleza del asunto es tan compleja y las realidades de los países respecto a ella, tan diversas, que ni siquiera se ha llegado a la dictación de una recomendación específica sobre la materia, lo que no perjudica la rica documentación (informes, proyectos de convenio y recomendación) que surgen de las 85ª y 86ª Conferencias Internacionales del Trabajo, celebradas en 1997 y 1998 respectivamente, las cuales trataron el tema de la subcontratación.

#### **3.1.3.4. Las resoluciones y conclusiones de las reuniones especiales**

Estas vienen a servir de orientación para las políticas sociales de los Estados en áreas específicas, con análisis más técnicos, todo bajo la égida de la O.I.T.

Todos estos tipos de normas que emanan de la O.I.T., han tratado una diversidad de temas: libertad de asociación y negociación colectiva, igualdad de trato y de oportunidades, abolición del trabajo forzoso y del trabajo infantil, fomento del empleo y de la formación profesional, seguridad social, condiciones de trabajo, administración e inspección del trabajo, prevención de los accidentes laborales, protección de la maternidad, así como protección de los migrantes y de otras categorías de trabajadores (gente de mar, jóvenes, mujeres, discapacitados, etc.).

¿Y cuál es el papel que juegan todas estas normas, concretamente, en la realidad de los países? Podemos responder esta pregunta con lo dicho por la propia O.I.T.: “Las normas internacionales del trabajo desempeñan un importante papel en la elaboración de leyes nacionales, políticas y decisiones judiciales, y en las disposiciones de los convenios colectivos. Aun en los países que no han ratificado un determinado convenio, guían la acción gubernamental y permiten el funcionamiento eficaz de las instituciones y de los procedimientos previstos por la legislación nacional del trabajo, así como la aplicación de buenas prácticas en materia de empleo. Así pues, tienen un impacto tanto

sobre la legislación como sobre la práctica nacional, que va más allá de una simple adaptación de la legislación a los requisitos del convenio ratificado”<sup>379</sup>.

Ejemplo de que las normas internacionales emanadas de la O.I.T. tienen influencia concreta en los países<sup>380</sup>, aun cuando no se haya ratificado el convenio específico, es lo que sucedió en nuestro país con el Convenio N° 181, ya señalado, al momento de la elaboración de la ley N° 20.123. Como vimos en el capítulo anterior, dentro de los fundamentos del proyecto de ley estaba el hecho de que con esta nueva normativa Chile estaría acorde con lo dispuesto a nivel internacional, a través de este convenio, aun cuando Chile no lo haya ratificado. Al respecto el profesor Humeres nos señala que: “ese instrumento internacional tiene a la fecha 20 ratificaciones, sobre un total de 178; vale decir, no ha tenido una gran acogida en el mundo de los países que están en la OIT. Respecto a América Latina, el único que lo ha aprobado es Uruguay, el año 2004; Chile, a la fecha, no lo ha hecho”<sup>381</sup>.

### **3.1.3.5. Control de aplicación de las normas**

La O.I.T. debe supervisar la aplicación de las normas internacionales del trabajo, lo puede hacer de las siguientes maneras:

#### **3.1.3.5.1. Memorias e Informes**

Dice relación con los informes que cada Estado miembro de la O.I.T. está invitado a presentar de forma periódica, indicando las medidas legislativas y

---

<sup>379</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La OIT en América Latina y el Caribe: Acción y desafíos. Op. Cit. p. 15

<sup>380</sup> Para ilustrarse de cómo la O.I.T. ha influido desde sus albores a la legislación laboral chilena, ver: CORREA GAUDIO, Diana. Op. Cit. pp. 7 a 21

<sup>381</sup> HUMERES NOGUER, Héctor. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. 10

prácticas adoptadas para aplicar los convenios que el país haya ratificado. También, debe informar de esto a las organizaciones de trabajadores y empleadores.

Estos informes son analizados por la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la O.I.T. Dicha comisión presenta un informe cada año a la Conferencia Internacional del Trabajo, que es estudiado por un comité tripartito de la Conferencia, la Comisión de aplicación de normas.

Algo similar ocurre respecto a las recomendaciones.

A través de este tipo de control la O.I.T. busca estar al tanto de las medidas adoptadas por los países para llevar a cabo lo dispuesto en los convenios y recomendaciones.

#### **3.1.3.5.2. Reclamaciones**

Medio de control contra un Estado miembro, iniciado por alguna organización de trabajadores o de empleadores, por incumplir lo dispuesto en algún convenio que haya ratificado.

Se presentan ante el Consejo de Administración de la O.I.T., si éste admite la reclamación, nombra a un comité tripartito que estudiará la cuestión y le presentará un informe con sus conclusiones y recomendaciones.

#### **3.1.3.5.3. Quejas**

Consiste en el derecho que tiene cualquier Estado Miembro de presentar una queja contra otro Estado Miembro ante la Oficina Internacional del Trabajo, si considera que no ha cumplido un convenio que hayan ratificado ambos Estados.

También se puede iniciar este proceso por el propio Consejo de Administración o como consecuencia de una queja hecha por un delegado en la Conferencia Internacional del Trabajo.

En ambos casos se entrega el asunto a una Comisión de Encuesta, que estudia el tema y entrega un informe con sus recomendaciones. Si el Estado cuestionado no acepta estas recomendaciones, puede recurrir a la Corte Internacional de Justicia.

Existen otros procedimientos de control especiales, como lo son para el caso de la protección de la libertad sindical y para otras situaciones específicas.

#### **3.1.3.6. Consideraciones finales**

Como conclusión, podemos decir que las normas emanadas de la O.I.T. son las fuentes por excelencia del Derecho Internacional del Trabajo, entendido como “el conjunto de normas y principios propios del Derecho del Trabajo, emanados de fuente internacional”<sup>382</sup>.

Aunque existen otras fuentes, que son fundamentalmente: las normas de Naciones Unidas, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; también están las normas adoptadas por organizaciones internacionales regionales como son la Carta

---

<sup>382</sup> MONTT BALMACEDA, Manuel. Op. Cit. p. 23

Social de Europa, la Convención Europea sobre Derechos Humanos, la Convención Árabe sobre las Normas del Trabajo, la Convención General sobre Seguridad Social Africana, la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; por último, están los tratados bilaterales, especialmente, hoy en día, los tratados de libre comercio<sup>383</sup>.

De todos estas fuentes podemos señalar una lista de principios laborales que se consagran en ellas: “el derecho a la no discriminación; el derecho a evitar el trabajo forzoso, es decir, la garantía del trabajo libremente aceptado o buscado; el derecho de reunión pacífica; el derecho de asociación; el derecho de sindicación; la seguridad social; el derecho al trabajo libremente elegido o aceptado; el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo; la protección contra el desempleo; la remuneración equitativa y satisfactoria que asegure a la persona, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana; el derecho al descanso; el derecho al disfrute del tiempo libre; el derecho a una limitación razonable del trabajo; el derecho a vacaciones periódicas; el derecho a un nivel de vida que asegure a la persona, así como a su familia, el bienestar y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez y vejez y en todos los otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de la persona. El derecho a la maternidad, a cuidados y asistencia especiales para la mujer en esa condición; el derecho a la instrucción técnica y profesional generalizada; el derecho a la protección de la familia, como núcleo esencial de la sociedad y también como derecho a la protección del Estado para las

---

<sup>383</sup> Nuevamente señalamos que para el tema de la relación entre tratados de libre comercio, derechos laborales y cláusulas sociales, se pueden ver: DA COSTA PALMA, Valentina, RAMÍREZ PÉREZ, Germana. Op. Cit. y SÁEZ CARLIER, Felipe. Op. Cit.



distintas necesidades que surgen de la relación familiar; derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren, en especial, la seguridad e higiene en el trabajo; la remuneración de los días festivos”<sup>384</sup>.

Por último, diremos junto a Morgado Valenzuela que “las normas internacionales de la O.I.T., por su contenido temático, comprenden tanto derechos humanos clasificados como civiles y políticos en las normas internacionales correspondientes, como también conciernen a los derechos humanos que responden a la denominación de derechos económicos, sociales y culturales. De lo expuesto fluye, entonces, que los derechos laborales son objeto de dos tipos de normas internacionales, las relativas a los derechos humanos y las concernientes al trabajo”<sup>385</sup>. Lo que, según Américo Plá Rodríguez, constituye un “límite y estímulo” para el legislador nacional<sup>386</sup>.

### **3.2. Análisis de las reuniones 85ª y 86ª de la Conferencia Internacional del Trabajo**

Ahora pasaremos a analizar las Conferencias Internacionales que han tratado específicamente el tema de los trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios, siendo el objetivo de nuestra investigación contrastar la nueva normativa creada para regular estas figuras, a través de la Ley N° 20.123, con las normas, principios y directrices emanadas de la O.I.T.

#### **3.2.1. Antecedentes**

---

<sup>384</sup> MORGADO VALENZUELA, Emilio. Los derechos humanos y el derecho del trabajo. Revista Debate Laboral (6): 5-10, 1990. p. 7

<sup>385</sup> Op. Cit. p. 8

<sup>386</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los derechos humanos y el derecho del trabajo. Revista Debate Laboral (6): 11-24, 1990

La O.I.T. ha tratado de regular la externalización y tercerización de las actividades productivas en general, centrándose para ello en las figuras de la subcontratación y del suministro de personal, así ha ocurrido en las reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1994, 1995, 1997, 1998 y, más recientemente, el año 2006 se volvió a tocar este punto al hablar sobre la relación de trabajo y de cómo evitar su encubrimiento a través de algún subterfugio, en especial, a través de terceros. En el caso de la subcontratación, no se ha llegado a acuerdos, ni teóricos ni prácticos que permitan la adopción de instrumentos internacionales del trabajo. En el caso de las empresas de servicios transitorios, se logró llegar a acuerdo en la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1997, adoptando el Convenio N° 181 y Recomendación N° 188, sobre las agencias de empleo privadas, donde se incluyen a las empresas de servicios transitorios.

Pero existen antecedentes previos a estas reuniones que delatan una preocupación desde antiguo de la O.I.T. por normar de alguna forma lo que sucede con los trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios. Tenemos como ejemplo de lo anterior los siguientes casos en que, ya fuese específicamente o de manera general al tratar otros tópicos de las relaciones de trabajo, se establecían normas que afectaban a estas figuras y a los trabajadores involucrados en ellas<sup>387</sup>:

a) Convenio N° 34, sobre las agencias retribuidas de colocación, de 1933. Este convenio buscaba suprimir las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos. Responde a la necesidad de evitar que dichas empresas lucrarán con el suministro de personal, ya que dicha situación respondía a tratar

---

<sup>387</sup> En esta parte nos hemos basado en el trabajo que analiza las reuniones 85ª y 86ª de la O.I.T., de: GONZÁLEZ ASTUDILLO, Nadia. Op. Cit.; en el trabajo que analiza el Convenio N° 181 de la O.I.T., de: CARREÑO SANTELICES, Christian. Op. Cit.; y en diversos documentos emanados de la O.I.T., los cuales irán siendo citados cuando corresponda.

al trabajo como una “mercancía”. Además, como vimos en el primer capítulo de esta investigación, en este período había un rechazo muy amplio a cualquier forma de flexibilización del mercado de trabajo.

b) Convenio N° 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948. Se busca proteger estos derechos y libertades de los trabajadores, cualquiera sea el régimen de trabajo en el que se desempeñen.

c) Convenio N° 94, sobre las cláusulas de trabajo de 1949. Dentro de su articulado hace referencia a los contratos celebrados por las autoridades públicas para obras que debían llevarse a cabo por subcontratistas o cesionarios de contratos.

d) Convenio N° 96, sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949. Este convenio vino a actualizar las normas del Convenio N° 34. Además, a diferencia del anterior, este convenio daba a los Estados Miembros dos alternativas: 1.- Optar por la supresión progresiva de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos y la reglamentación de las demás agencias de colocación; o 2.- Optar por la reglamentación de las agencias retribuidas de colocación, comprendidas las agencias de colocación con fines lucrativos. Como vemos se va relativizando el rechazo a las agencias de colocación con fines lucrativos y se va abriendo la posibilidad a la flexibilización del mercado de trabajo por esta vía. Cabe agregar que en esta época todas las agencias de empleo eran entes públicos.

e) Convenio N° 97, sobre los trabajadores migrantes, de 1949. Complementado por la Recomendación N° 86. Se incluyen normas en caso de que existan trabajadores migrantes sometidos a trabajo en régimen de subcontratación.

f) Convenio N° 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949. Se busca proteger estos derechos y libertades de los trabajadores, cualquiera sea el régimen de trabajo en el que se desempeñen.

g) Convenio N° 110, sobre las plantaciones, de 1958. Aquí también hay normas acerca de los trabajadores que se desempeñen en las plantaciones como subcontractados, cuestión muy extendida en este sector económico.

h) Convenio N° 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958. Busca evitar discriminaciones entre los trabajadores, independientemente del régimen laboral en que cumplan sus funciones.

i) Convenio N° 122, sobre la política de empleo, de 1964. Hace referencia a los trabajadores que nos ocupan en nuestra investigación, ya que la subcontratación y el suministro de personal son herramientas muy utilizadas en las políticas de empleo para fomentar éste último.

j) Convenio N° 138, sobre la edad mínima, de 1973. Busca proteger a los trabajadores menores de edad, estableciendo límites para determinar cuándo y en qué actividades se pueden desempeñar, independientemente del régimen laboral en el que se encuentren.

k) Convenio N° 143, sobre los trabajadores migrantes (complementado), de 1975. Responde a lo mismo señalado anteriormente.

l) Convenio N° 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982. Complementado por la Recomendación N° 166. Establece disposiciones para tratar el tema de recurrir al trabajo en régimen de subcontratación por

razones económicas o estructurales y que esto genere supresión de empleos estables.

m) Convenio N° 168, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 1988. Responde a razones similares a las de las letras i) y l).

n) Convenio N° 169, sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989. Dispone protección para los trabajadores que pertenezcan a pueblos indígenas y tribales, y que se desempeñen a través de contratistas de mano de obra.

o) Convenio N° 162, sobre el asbesto, de 1986.

p) Convenio N° 167, sobre seguridad y salud en la construcción, de 1988.

q) Convenio N° 176, sobre seguridad y salud en las minas.

Estos tres últimos convenios dicen relación con normas que protegen la seguridad y salud de los trabajadores en situaciones donde existen varios empleadores en un mismo lugar de trabajo.

Como vimos al analizar la O.I.T., señalamos que dentro de sus normas podemos encontrar a las resoluciones y conclusiones de las reuniones especiales, las que vienen a servir de orientación para las políticas sociales de los Estados en áreas específicas, con análisis más técnicos. Esto también se dio en el tema de la externalización y tercerización de las actividades productivas en general, y en las figuras de la subcontratación y del suministro de personal, en específico. A modo de ejemplo se pueden señalar, entre otras:

a) Octava reunión de la Comisión del Petróleo (Ginebra, 1973):

Anterior a esta reunión, ya en 1956 (quinta reunión), se había discutido sobre las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados en la industria del petróleo pero, al año 1973, las medidas propuestas aún no se habían materializado, sumado a esto, la tendencia a la subcontratación en esta industria se hacía cada vez más extensa debido a la especialización requerida de los trabajadores y de la percepción de lo beneficiosa que podía llegar a ser la subcontratación en cuanto a la generación de empleo.

Dentro de sus conclusiones se establecían distintas propuestas, tanto para los Estados, como para las empresas privadas del área: mayor protección para los trabajadores en régimen de subcontratación y para trabajadores de empresas de servicios transitorios que no estén amparados por la legislación o los convenios colectivos; preferir el personal permanente para labores técnicas antes que contratar personal externo; limitar la contratación temporal a situaciones específicas y acotadas; establecer cláusulas en los contratos suscritos entre la empresa principal y los contratistas, y entre éstos y los subcontratistas en su caso, con la obligación para contratistas y subcontratistas de equiparar salarialmente y en otras condiciones laborales a los trabajadores subcontratados con los trabajadores de la empresa principal; por último, señalaremos la obligación para los gobiernos de asegurar las condiciones mínimas de empleo, seguridad e higiene para estos tipos de trabajadores.

b) Segunda reunión técnica tripartita para la industria del vestido (Ginebra, 1980):

Debido a las peculiares características de esta industria es frecuente recurrir a las figuras de subcontratación y de suministro de personal. En la discusión se presentó el problema, que se mantiene hasta el día de hoy, de

definir y establecer los límites del trabajo suministrado. Además se discutieron los problemas propios de esta industria como consecuencia de su forma de organización, producción y comercialización, así como por la diversidad de actores que intervienen en el proceso, y por una alta subcontratación no declarada para evitar pagar contribuciones sociales o por involucrar a trabajadores inmigrantes ilegales. Como conclusión se alertó a los gobiernos de esta situación y se les instó a regularizar la situación y a proteger a los trabajadores involucrados en esta industria.

c) Duodécima reunión de la Comisión de Construcción, Ingeniería Civil y Obras Públicas (Ginebra, 1992):

En sus conclusiones llama a los Estado Miembros de la O.I.T. a: cumplir con su legislación laboral, protegiendo a todo tipo de trabajadores, en concordancia con las normas de la O.I.T.; legislar sobre los trabajadores subcontratados en el caso que no existiese normativa; controlar las condiciones mínimas de empleo, seguridad e higiene de los trabajadores subcontratados; y propender a una equiparación de condiciones laborales de estos trabajadores con el resto.

Como vemos, independiente del área de la industria en que nos encontremos, todas estas reuniones (así como otras reuniones en otras áreas) concluyen propuestas similares en orden a proteger a los trabajadores subcontratados y suministrados, en sus condiciones de empleo, seguridad e higiene.

### **3.2.2. 85ª Conferencia Internacional del Trabajo**

### **3.2.2.1. Generalidades, informes y análisis**

Ya hemos señalado la preocupación permanente de la O.I.T. por establecer normas para los trabajadores sujetos a régimen de subcontratación y de empresas de servicios temporales, es por esto que en las reuniones del Consejo de Administración de los años 1993, 1994 y 1995, se examinaron diversos informes acerca de estos temas (legislación y práctica comparadas) para poder incluirlos como puntos a discutir en una Conferencia Internacional del Trabajo. Así la Conferencia Internacional del Trabajo en su 81ª reunión, de 1994, consideró que la O.I.T. debía proceder a revisar el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949 (que incluye el tema de las empresas de servicios transitorios), y en la reunión del año 1995, el Consejo de Administración decidió inscribir el tema del trabajo en régimen de subcontratación como materia a discutir en la 85ª reunión, para el año 1997.

De la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo emanaron informes e instrumentos jurídicos internacionales. De los primeros haremos una pequeña reseña a continuación, en cuanto a los segundos, los analizaremos más adelante de manera independiente.

El informe VI (1) consiste en una síntesis de la investigación que llevó a cabo la Oficina Internacional del Trabajo, a la cual aludimos anteriormente. Nos presenta el panorama del trabajo en régimen de subcontratación, incluyendo al suministro de personal, en los diversos países del mundo, a nivel legislativo, jurisprudencial y práctico, dejando en evidencia cuáles son los problemas que presenta la subcontratación, por los cuales, hasta el día de hoy no se puede llegar a un consenso en el seno de la O.I.T. respecto al tema.

Se analizó el marco conceptual de lo que se entiende por trabajo en régimen de subcontratación, tratando de diferenciar entre subcontratación de la



producción de bienes y/o prestación de servicios y la subcontratación de mano de obra. Ahondaremos más sobre este punto del marco conceptual al analizar la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, por ser más atinente con la estructura de nuestro trabajo.

Además, se analizó el contexto del mercado de trabajo en el que se dan estas figuras, lo que dice relación directa con el tema de la flexibilidad laboral, cuestión abordada ampliamente por nosotros en el capítulo primero de esta investigación, por lo que, nos remitimos a él.

Por último, digamos que anexo a este informe se incluyó un cuestionario para recoger las posiciones de los distintos Estados Miembros ante una eventual adopción de un instrumento internacional sobre la materia, se les preguntaba sobre la forma que debería tener el o los instrumentos; el contenido que debería tener el preámbulo; los métodos de aplicación del mismo; las definiciones fundamentales (trabajo en régimen de subcontratación, trabajador en régimen de subcontratación, subcontratista, intermediario); el alcance de dicho instrumento; el contenido mismo del instrumento (libertades, derechos, garantías, medidas de seguridad e higiene para los trabajadores; deberes de los Estados Miembros; responsabilidades y autorizaciones); problemas especiales, etc.<sup>388</sup>. El objetivo de este cuestionario era que los Estados Miembros enviaran sus respuestas, así como sus observaciones de carácter general del informe VI (1). El resultado de esto se contiene en el informe VI (2) de la misma reunión, que pasamos a reseñar a continuación.

El informe VI (2) además de las respuestas y observaciones de los gobiernos, también incluye las de las organizaciones más representativas de los

---

<sup>388</sup> Para apreciar en extenso el contenido de este cuestionario, véase: GONZÁLEZ ASTUDILLO, Nadia. Op. Cit. pp. 37 a 40

empleadores y trabajadores de cada país (conjuntas o separadas, en acuerdo o en contradicción).

Resumiendo las respuestas enviadas se puede decir que: la mayoría de los países estuvo de acuerdo en adoptar un instrumento internacional, los países que se oponían postulaban que era un tema muy amplio y complejo, que escapaba a la competencia de la O.I.T. ya que mezclaba asuntos económicos y laborales, por lo que, aún no era el momento para adoptar un instrumento internacional; la mayoría de los países optó por celebrar un convenio complementado por una recomendación, los demás países preferían una recomendación, por las características de ella y las funciones que cumple (las que ya revisamos al analizar la O.I.T. al comienzo de este capítulo) y por la complejidad y extensión del tema; en cuanto a las definiciones hubo una gran variedad de ellas; con respecto al alcance que debería tener el instrumento, la gran mayoría estuvo por que cubriera todos los sectores de la economía (con algunas exclusiones como el caso de las agencias de empleo privadas); también la gran mayoría sostuvo que los trabajadores subcontratados gozaran de los mismos derechos que los demás trabajadores en seguridad, higiene, salud y pago de cotizaciones sociales; lo mismo ocurrió en cuanto a la igualdad de trato para estos trabajadores cuando el trabajo fuera el mismo y no concurrieran circunstancias objetivas para una diferenciación, si el trabajo se realiza en la empresa usuaria y bajo su control, y cuando se recurra a la subcontratación exclusivamente con el objeto de eludir cargas sociales; lo que dice relación con la atribución de responsabilidades, fue el tema con mayores dificultades, pero se llegaron a ideas comunes como que la responsabilidad debería recaer principalmente en la empresa que tuviese la relación directa e inmediata con los trabajadores, y limitar la responsabilidad para los casos en que la empresa usuaria fuese insolvente o concurriera en abusos o fraude.

Las conclusiones de este informe VI (2) señalan que: se debe adoptar un convenio complementado por una recomendación; que en su preámbulo se debe reconocer que debido al aumento del trabajo en régimen de subcontratación, es conveniente adoptar instrumentos internacionales con miras a la protección de los trabajadores; en cuanto al método de aplicación, debía optarse por la legislación o por otro medio compatible con la práctica nacional; se señala lo que se debe entender por trabajo en régimen de subcontratación (cuestión que, como dijimos, analizaremos más adelante); y con respecto al ámbito de aplicación y contenido del convenio (libertades, derechos, garantías y responsabilidades) se sostuvo lo mismo que lo indicado en el párrafo anterior<sup>389</sup>.

Muchos de estos tópicos serán nuevamente abordados cuando analicemos la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, ya que es tributaria de la 85ª Conferencia en el tema de la subcontratación, y logra plasmar muchas de las ideas antes expuestas en un proyecto de convenio y recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación.

Para finalizar la revisión de la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo, separaremos lo que ocurrió con el trabajo en régimen de subcontratación y lo que sucedió con las agencias de empleo privadas (dónde se incluyen las empresas de servicios transitorios), concluyendo, en palabras de la propia O.I.T., lo siguiente:

a) En cuanto al trabajo en régimen de subcontratación:

---

<sup>389</sup> Para un análisis más exhaustivo de esta Conferencia, véase: GONZÁLEZ ASTUDILLO, Nadia. Op. Cit. pp. 15 a 45

“Una discusión preliminar del trabajo en régimen de subcontratación, sostenida en la última reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, desbrozó el camino hacia la eventual adopción de un convenio y una recomendación al respecto el año próximo.

El convenio previsto se centraría en lograr una protección adecuada para los trabajadores subcontratados. Los delegados celebraron un vivo debate sobre el significado del término "trabajo en régimen de subcontratación" y sobre la cuestión, íntimamente vinculada a la anterior, del ámbito de la norma prevista. Si bien el convenio se aplicaría a la totalidad de los trabajadores subcontratados, quedarían excluidos de la cobertura los trabajadores amparados en un contrato de trabajo legal con la empresa usuaria, así como los trabajadores de las agencias de empleo privadas que se destinen en una empresa usuaria para realizar un trabajo bajo contrata.

"Es un buen augurio que, durante varios años, las Naciones Unidas y sus organismos especializados (entre los cuales figura la O.I.T.), vengán aplicando, no sólo una forma más pragmática y objetiva de considerar los problemas mundiales, sino también una visión clara y un sentido de la responsabilidad cada vez mayores"<sup>390</sup>.

Se pretende que en este instrumento jurídico figuren medidas de prevención de accidentes y lesiones a los trabajadores subcontratados, de exigencia del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias contraídas con los trabajadores subcontratados, de garantía de la observancia de los derechos y obligaciones consagrados en la legislación laboral y de la seguridad social, y de promoción de la igualdad de trato a los trabajadores subcontratados y a los amparados en una relación laboral regular. En el proyecto de recomendación se incluirían unas directrices pormenorizadas para la aplicación de estas disposiciones. Asimismo, se abordarían cuestiones como la promoción de la negociación colectiva en este campo, la recogida de datos estadísticos sobre el

---

<sup>390</sup> Su Majestad, el Rey Hussein de Jordania.

trabajo en régimen de subcontratación y la protección de los trabajadores extranjeros subcontratados.

Si bien las empresas y algunos gobiernos mantuvieron su decidida oposición a la adopción de nuevas normas reguladoras del trabajo en régimen de subcontratación, tanto los trabajadores como la mayoría de los gobiernos manifestaron su apoyo a la idea. Se produjo un consenso general respecto a que el trabajo en régimen de subcontratación constituye un fenómeno creciente y de considerable importancia.

Se registró un acuerdo general en favor de la aplicación de los derechos fundamentales a los trabajadores subcontratados. El Comité acordó por unanimidad que todos los trabajadores, independientemente de su situación laboral, deben disfrutar de idéntica protección de su derecho a organizarse y a negociar colectivamente, a no ser discriminados y a una edad mínima de contratación<sup>391</sup>.

De acuerdo a lo recién citado y a lo que señalamos más arriba, volveremos sobre el tema de la subcontratación al analizar la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo.

b) En cuanto a las agencias de empleo privadas:

“Por 347 votos a favor, 5 en contra y 30 abstenciones, la Conferencia adoptó un nuevo Convenio relativo a las agencias de empleo privadas, concebido para hacer posible su funcionamiento, incrementar la eficacia de los mercados de trabajo y proteger a los solicitantes de empleo que utilicen sus servicios.

---

<sup>391</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 85a Conferencia Internacional del Trabajo. Los derechos laborales, el trabajo en régimen de subcontratación y las PYME, temas de debate en la Conferencia. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www2.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/21/21ilc.htm>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

El Convenio y la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997, constituyen un esfuerzo ambicioso para modernizar los sistemas actuales en consonancia con la realidad actual de los mercados de trabajo, evitar que el trabajo se considere una "mercancía" y ofrecer protección contra los abusos, la discriminación y el trabajo infantil.

El nuevo documento constituye una revisión del Convenio sobre agencias retribuidas de colocación, 1949 (nº 96), adoptado en una época en que la práctica totalidad de las agencias de empleo eran entes públicos. Durante los diez últimos años se había evidenciado la necesidad de revisar el convenio anterior, en el que no se reconocía la importancia creciente de la labor de las agencias de empleo privadas - que en 1994 tuvieron una cifra de negocio de 80.000 millones de dólares en Estados Unidos - y no se protegía suficientemente a los trabajadores contra los abusos y las prácticas desleales.

En el nuevo convenio de la OIT se establecen unos parámetros generales para el funcionamiento eficiente de las agencias de empleo privadas. En la recomendación se reconoce la contribución de las agencias privadas solventes al buen funcionamiento de los mercados de trabajo y la función específica que aquéllas desempeñan en los mismos. El nuevo convenio ofrecerá a las agencias de empleo privadas un marco más generoso de cooperación con los servicios públicos de empleo y, por lo tanto, la posibilidad de mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y de aportar beneficios tangibles a los solicitantes de empleo. En el texto se subraya la función de las organizaciones empresariales y de trabajadores más representativas en todos los aspectos de las políticas del mercado de trabajo que se abordan en el convenio. En el mismo se tienen en cuenta los intereses de los trabajadores, al exigirse que el funcionamiento de las agencias se ajuste a unos códigos éticos, y se reconoce a las autoridades nacionales el margen de maniobra preciso para regular las agencias privadas en función de sus intereses y realidades respectivos.

Es de destacar que en el convenio se formulan los principios y directrices generales de la protección de los trabajadores y solicitantes de empleo contra la imposición de unas condiciones de trabajo desfavorables, y se establece el marco de unas buenas relaciones laborales en una economía en rápido proceso de mundialización. El objetivo del nuevo convenio es mejorar el funcionamiento y la gestión de los mercados de trabajo mediante la colaboración de los servicios de empleo públicos y privados.

En el nuevo convenio se exhorta igualmente a los Estados miembros a evitar que las agencias privadas discriminen a los trabajadores "por motivos de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas, origen nacional, extracción social o cualesquiera otras formas de discriminación previstas en la legislación y la práctica nacional, como la edad o la discapacidad". En la norma se insta a los Estados miembros de la OIT a proteger a los trabajadores migrantes contratados o colocados en los territorios de aquéllos por agencias de empleo privadas, así como a tomar medidas contra el uso o la oferta de trabajo infantil<sup>392</sup>.

Pasemos ahora a analizar dichos instrumentos internacionales sobre las agencias de empleo privadas.

### **3.2.2.2. Convenio N° 181 O.I.T., sobre agencias de empleo privadas**

Complementando lo dicho anteriormente, señalemos que las razones para adoptarlo fueron<sup>393</sup>: a) Que las agencias de empleo privadas pueden ayudar al buen funcionamiento del mercado de trabajo; b) El contexto mundial había cambiado, por lo que, era necesario actualizar la regulación de dichas

---

<sup>392</sup> Op. Cit.

<sup>393</sup> Tomamos como referencia lo expresado en el preámbulo del Convenio N° 181. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Conferencia Internacional del Trabajo. 85ª Reunión, Ginebra, 1997. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

agencias, las que estaban normadas por el Convenio N° 96, sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado) de 1949, el cual se modificó por el nuevo Convenio N° 181<sup>394</sup>; c) La importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo; d) La necesidad de proteger a los trabajadores de los abusos; e) La necesidad de garantizar la libertad sindical y de promover la negociación colectiva y el diálogo social como elementos necesarios para el buen funcionamiento de un sistema de relaciones laborales; y f) Se tomaron en cuenta los convenios que señalamos como antecedentes de estas conferencias, así como los que señalamos como fundamentales para la O.I.T.

De esta forma, en la 85ª Conferencia Internacional del trabajo y con fecha de 19 de junio de 1997, se adoptó el Convenio N° 181, sobre agencias de empleo privadas.

A continuación pasaremos revista a las partes más importantes de dicho convenio, dejando el análisis de los derechos y libertades de los trabajadores que desarrollen sus labores en empresas de servicios transitorios, consagrados en el convenio, para un próximo apartado de este capítulo.

Debemos dejar en claro nuevamente que Chile no ha ratificado el Convenio N° 181, pero sí fue un antecedente importante en la elaboración de la Ley N° 20.123, por lo que, cuando corresponda se harán referencias o símiles de lo dispuesto en el convenio con lo dispuesto en la legislación nacional.

### **3.2.2.2.1. Estructura y vigencia**

---

<sup>394</sup> El artículo 16 de este convenio establece: “El presente Convenio revisa el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, y el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933”. Op. Cit.



En lo que respecta a su estructura, el convenio tiene un preámbulo histórico, al cual ya hemos hecho alusión, y se compone de 24 artículos, que iremos revisando en lo que nos resta de investigación.

En cuanto a su vigencia, este convenio en su artículo 18 dispone:

“1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación”<sup>395</sup>.

Ya hemos indicado que Chile no ha ratificado este convenio, pero sí lo tuvo en cuenta al momento de la elaboración de la Ley N° 20.123.

Continúa su artículo 19 señalando:

“1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que haya entrado inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el

---

<sup>395</sup> Op. Cit.

párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo, quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo”<sup>396</sup>.

Luego, en sus artículos 17 y 20 a 24, establece normas referentes a ratificaciones, declaraciones y denuncias; memorias sobre la aplicación del convenio; caso en que se adopte un nuevo convenio referente a la materia; y señala las versiones del convenio que se tendrán como auténticas<sup>397</sup>.

#### **3.2.2.2.2. Ámbito, forma y control de su aplicación**

En lo que respecta al ámbito de aplicación, esta situación, así como sus excepciones, quedan establecidas en el artículo 2 del convenio: “1. El presente Convenio se aplica a todas las agencias de empleo privadas.

2. El presente Convenio se aplica a todas las categorías de trabajadores y a todas las ramas de actividad económica. No se aplica al reclutamiento y colocación de la gente de mar.

3. El presente Convenio tiene como una de sus finalidades permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones.

---

<sup>396</sup> Op. Cit.

<sup>397</sup> Para revisar dichas normas se puede consultar el texto íntegro del convenio en los anexos contenidos en esta investigación.

4. Previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, todo Miembro podrá:

a) prohibir, en determinadas circunstancias, el funcionamiento de las agencias de empleo privadas con respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica en lo que atañe a la prestación de uno o más de los servicios a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1;

b) excluir, en determinadas circunstancias, a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, o de partes de éstas, del campo de aplicación del presente Convenio, o de algunas de sus disposiciones, siempre que se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada.

5. Todo Miembro que ratifique el Convenio deberá indicar, en las memorias que envíe en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las prohibiciones o exclusiones a las que en su caso se acoja en virtud del párrafo 4 del presente artículo, motivándolas debidamente<sup>398</sup>.

Como podemos desprender del análisis hecho de la Ley N° 20.123, en el capítulo segundo de este trabajo, que en nuestro país no se excluyeron categorías de trabajadores ni ramas de actividad económica en lo que respecta a las empresas de servicios transitorios. Sólo se establecieron ciertos requisitos para las empresas de servicios transitorios (artículos-F, 183-I y siguientes) y para la celebración de contratos de puesta a disposición (artículo 183-Ñ), y se establecieron casos en que no se podían celebrar dichos contratos (artículo 183-P), pero todas estas normas no implican excluir categorías de trabajadores o ramas de actividad económica, sino que le dan consistencia lógica y operatividad a nuestra normativa nacional.

---

<sup>398</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

En cuanto a la forma y control de la aplicación del Convenio N° 181, su artículo 14 nos dice que: “1. Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán por medio de la legislación o por otros medios conformes a la práctica nacional, como decisiones judiciales, laudos arbitrales o convenios colectivos.

2. El control de la aplicación de las disposiciones destinadas a dar efecto al presente Convenio correrá a cargo de los servicios de inspección del trabajo o de otras autoridades públicas competentes.

3. Se deberían prever y aplicar efectivamente medidas de corrección adecuadas, con inclusión de sanciones si hubiese lugar, en los casos de infracción de las disposiciones del presente Convenio”<sup>399</sup>.

Si bien Chile no ha ratificado el convenio en comento, podemos hacer la relación con lo visto en el capítulo anterior, en el sentido de que la Ley N° 20.123, en su artículo 183-G, entrega a la Dirección del Trabajo la fiscalización de las normas del párrafo segundo de dicha ley, referente a las empresas de servicios transitorios, al contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de servicios transitorios. Y en cuanto al establecimiento de sanciones en caso de infracción de la normativa, también en el capítulo anterior analizamos diversas disposiciones que se referían a ello.

### **3.2.2.2.3. Concepto de agencia de empleo privada**

El convenio en su artículo primero señala lo que se entenderá por agencia de empleo privada: “designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

---

<sup>399</sup> Op. Cit.

a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;

b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas<sup>400</sup>.

Debemos hacer las siguientes precisiones respecto a la definición anterior:

1.- La letra a) define a las agencias de colocación de empleo, las que tienen como tarea servir de nexo entre el trabajador y la empresa contratante. No existe relación triangular, ya que la agencia no contrata al trabajador, sólo actúa como mediadora.

2.- La letra b) define a las empresas de servicios transitorios, por lo que, cuando nos refiramos a las agencias de empleo privadas, siempre se debe tener en cuenta que dentro de ellas están las empresas de servicios transitorios, figura sometida a estudio en este trabajo.

3.- La letra b) no señala como requisito la temporalidad para poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador, por parte de la empresa de servicio transitorio, por lo que, puede decirse que abarca el suministro de

---

<sup>400</sup> Op. Cit.

personal temporal y permanente. Ya vimos que en Chile es requisito fundamental la temporalidad, de lo contrario estaríamos en presencia de un fraude a la Ley N° 20.123, lo que acarrearía las responsabilidades correspondientes.

4.- La letra c) se refiere a actividades complementarias que pueden realizar tanto las agencias de colocación como las empresas de servicios transitorios, así como cualquier otra persona física o jurídica. Como vimos en el capítulo segundo, estas actividades anexas están permitidas para las empresas de servicios transitorios en nuestro país.

#### **3.2.2.2.4. Las agencias de empleo privadas en Chile**

Como hemos señalado el concepto de agencias de empleo privadas entregado por la O.I.T., incluye dentro de él a las empresas de servicios transitorios (definidas en la letra b) del artículo 2 del convenio), no volveremos a referirnos a ellas, ya que ello fue realizado extensamente en el capítulo anterior, pero sí nos detendremos un instante en lo que respecta a las agencias de empleo privadas (definidas en la letra a) del artículo 2 del convenio) y su situación en nuestro país.

El antiguo Estatuto de Capacitación y Empleo, D.L. N° 1.446, que rigió hasta 1997, no definía a las agencias de empleo privadas, pero su título segundo trataba sobre la “colocación” y de su articulado se podía desprender la siguiente definición: “Agencia de empleo privada es aquel organismo privado, sin fines de lucro, constituido por agrupaciones de empleadores, sindicatos de trabajadores, o por unos y otros conjuntamente, o por otras instituciones legalmente establecidas que contemplen acciones de servicio social, que se

dediquen a relacionar a quienes buscan ocupación con quienes la ofrecen, con el fin de celebrar un contrato de trabajo”<sup>401</sup>. Carreño Santelices, autor de esta definición, nos dice que atendido el periodo histórico en que se dictó esta norma (con carácter paternalista y solidaria), representa un ejemplo del principio de subsidiariedad a favor de los entes privados, y que por el hecho de ser entes sin fines de lucro y no poder intervenir en la celebración de los contratos ni actuar como suministradoras de personal, no prosperaron como se esperaba. En definitiva, este Decreto Ley pretendía que dichas agencias actuaran como auxiliares del Estado en las políticas de empleo.

Luego, y a partir de 1997, año en que se dictó la Ley N° 19.518, que fijó el nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo, la “colocación” quedó regulada en su título segundo (“De la Información Laboral”), de la siguiente manera:

“Artículo 71.- Se entenderá por colocación el conjunto de acciones destinadas a relacionar a quienes buscan ocupación con quienes la ofrecen, con el fin de celebrar un contrato de trabajo.

Artículo 72.- El Ministerio del Trabajo y Previsión Social, a través del Servicio Nacional, será el encargado de fiscalizar el fiel cumplimiento de las normas legales y técnicas que regulen la acción de las oficinas municipales de información laboral.

Para el mejor logro de la facultad señalada en el inciso anterior, respecto de las oficinas municipales de información laboral, el Servicio Nacional tendrá en consideración la información que le proporcionen acerca de su funcionamiento, comités integrados por representantes de los trabajadores y empleadores.

---

<sup>401</sup> CARREÑO SANTELICES, Christian. Op. Cit. p. 9

Artículo 73.- En cada Municipalidad podrá funcionar una Oficina de Información Laboral, que, además de cumplir con las actividades señaladas en el artículo 7º, tendrá las siguientes funciones:

1. Recibir las ofertas y solicitudes de capacitación y de trabajo de la comuna.

2. Informar y orientar a los eventuales beneficiarios de programas de capacitación.

3. Relacionar al oferente y solicitante de trabajo.

4. Verificar los antecedentes laborales de los oferentes y demandantes, así como los requerimientos de los puestos de trabajo, conforme a normas técnicas impartidas por el Servicio Nacional.

5. Entregar periódicamente al Servicio Nacional y a los servicios públicos que la demanden, la información recogida en su Oficina en cuanto a la oferta y demanda de trabajo y capacitación.

6. Cumplir las funciones de orientación laboral, que el Servicio Nacional les indique.

El Servicio Nacional, a través de sus Direcciones Regionales, será el encargado de proponer normas técnicas y coordinar iniciativas en las materias a que se refiere este artículo.

Artículo 74.- Las Oficinas Municipales de Información Laboral no podrán negarse, expresa o tácitamente, a prestar sus servicios, ni podrán hacer discriminación alguna en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, dichas Oficinas no podrán intervenir en la celebración de los contratos de trabajo<sup>402</sup>.

De dichas normas podemos concluir que en nuestro país sólo están reguladas expresamente las oficinas municipales de información laboral, que actúan como agencias de empleo al alero del Estado, de manera gratuita, pero

---

<sup>402</sup> LEY N° 19.518. Op. Cit.



no existen normas expresas que regulen a las agencias de empleo privadas con fines de lucro, máxime si tenemos en consideración que nuestro país no ha ratificado el Convenio N° 181. Agreguemos, a modo de complemento, que una de las funciones principales de las organizaciones sindicales en nuestro país es: “Propender al mejoramiento del nivel de empleo y participar en funciones de colocación de trabajadores”<sup>403</sup>.

Por lo anterior, debido a la falta de legislación respecto al tema, es que se producen situaciones de abusos respecto a las personas que buscan empleo a través de estas agencias, ya sea en el cobro de comisiones por el servicio de colocación, o por las severas discriminaciones a las que son sometidas durante dicho proceso<sup>404</sup>.

Sin embargo, existen iniciativas parlamentarias, como el proyecto de ley presentado por el Diputado Antonio Leal<sup>405</sup>, que persiguen regular las agencias de empleo privadas con fines de lucro. Dentro de las consideraciones para presentar dicho proyecto de ley, se esgrimen las siguientes:

a) Se ha constatado que “las personas que buscan contratar personal a través de este sistema se encuentran desprotegidos pues se trata de una actividad sin regulación”<sup>406</sup>.

---

<sup>403</sup> Artículo 220, N° 11. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>404</sup> Para ilustrarse del problema de discriminación que se da en las agencias de empleo privadas con fines de lucro (conocidas como “head hunters”), se puede consultar el artículo de: ALONSO, Carla. Los caza cabezas. [en línea]. La Nación Domingo, Santiago, Chile, 27 de junio de 2004.

<[http://www.lanacion.cl/p4\\_lanacion/antialone.html?page=http://www.lanacion.cl/p4\\_lanacion/site/artic/20040626/pags/20040626192118.html](http://www.lanacion.cl/p4_lanacion/antialone.html?page=http://www.lanacion.cl/p4_lanacion/site/artic/20040626/pags/20040626192118.html)> [consulta: 13 septiembre 2007]

<sup>405</sup> El texto de este proyecto de ley se puede obtener en: ESCOBAR, Álvaro. Proyecto de ley que establece la regulación para las agencias de empleo de trabajadores con fines de lucro (Boletín n° 4125-13). [en línea]. Página Web del Diputado Álvaro Escobar. <<http://www.alvaroescobar.cl/4152-13.swf>> [consulta: 13 septiembre 2007]

<sup>406</sup> Op. Cit.

b) “En concordancia con el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen, se busca establecer normas claras que cautelen el correcto ejercicio de esta actividad conocida como agencias de empleo, cuyo propósito es la colocación de personas en puestos de trabajo, a cambio de una comisión que paga el futuro empleador”<sup>407</sup>.

c) Se toma en consideración las normas contenidas en el Convenio N° 181, en análisis, de hecho el articulado del proyecto de ley es muy similar a dicho convenio.

d) Existe la “necesidad de asegurar una mayor transparencia en la gestión de contratación de trabajadores, tanto en beneficio de quienes ofrecen su fuerza laboral como respecto de los futuros empleadores”<sup>408</sup>.

Dadas las razones anteriores, es que el proyecto de ley tiene las siguientes características: “a) Regular el funcionamiento, deberes y prohibiciones de las agencias de empleo privadas que tengan fines de lucro, las que deberán ser registradas y fiscalizadas por la autoridad; b) Establecer un Registro Nacional; y c) Determinar obligaciones y prohibiciones”<sup>409</sup>.

En su artículo primero señala: “Para los efectos de esta ley se considera agencia de empleo privada con fines de lucro, toda persona natural o jurídica que de manera directa o indirecta, sirva de nexo, contacto o intermediación funcional entre trabajadores que buscan empleo y empleadores que están en

---

<sup>407</sup> Op. Cit.

<sup>408</sup> Op. Cit.

<sup>409</sup> Op. Cit.

condiciones de ofrecerlo, con el objeto de obtener contraprestación por dicho servicio sin pasar a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”<sup>410</sup>.

Luego, en sus artículos segundo y tercero, señala los requisitos que debe contener la solicitud y el proceso de autorización de registro.

Dentro de las obligaciones para estas agencias, que establece el artículo cuarto, se destacan el hecho de que deberán “prestar sus servicios sin mediar discriminación alguna en la colocación de trabajadores, por su raza, nacionalidad o condición social”<sup>411</sup>; también tendrán que “colocar en lugares visibles, dentro de las instalaciones de la agencia, la leyenda de que sus servicios son gratuitos para los trabajadores”<sup>412</sup>; y estarán obligadas a “dar a conocer en forma veraz y ampliamente a los solicitantes respecto de las vacantes que ofrecen, especificando duración, horario, salario y el grado de riesgo del trabajo de que se trate”<sup>413</sup>.

En cuanto a las prohibiciones a las que están sometidas, el artículo quinto señala: “Queda expresamente prohibido a las agencias de empleo privadas con fines de lucro:

a) Efectuar cobro alguno a los solicitantes de empleo, sea en dinero, servicios o especie.

b) Convenir directa o indirectamente con los empleadores, a los cuales prestan sus servicios, que sus honorarios sean descontados parcial o totalmente de las remuneraciones del trabajador colocado por su conducto.

---

<sup>410</sup> Op. Cit.

<sup>411</sup> Op. Cit.

<sup>412</sup> Op. Cit.

<sup>413</sup> Op. Cit.

c) Ofrecer condiciones de empleo falsas que constituyan en cualquier medida un engaño para el solicitante o para el futuro empleador”<sup>414</sup>.

Por último, el artículo sexto se refiere al tratamiento de los datos personales de los trabajadores. Este artículo sigue la misma línea que lo dispuesto en el Convenio N° 181, en lo referente a esta materia, lo cual veremos más adelante.

#### **3.2.2.2.5. Determinación del régimen jurídico y de funcionamiento de las agencias de empleo privadas**

El artículo tercero del Convenio N° 181 establece que el régimen jurídico de estas agencias, incluidas las empresas de servicios transitorios, deberá hacerse de conformidad con la legislación y práctica nacional, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas. Además, señala que mediante un sistema de licencias o autorizaciones, se deberá determinar las condiciones por las que se regirán dichas entidades, salvo que ello esté determinado de otra forma por la legislación y práctica nacional.

Según lo estudiado en el capítulo segundo de esta investigación, Chile optó por dictar la Ley N° 20.123, para regular el régimen jurídico de las

---

<sup>414</sup> Op. Cit.

empresas de servicios transitorios, y en su elaboración se consultaron a los principales actores involucrados en este tema. Además, en la referida norma se reguló el sistema de licencias o autorizaciones (artículo 183-K) y las condiciones por las que se regirán dichas entidades (artículos 183-F letra a), 183-I a 183-L).

#### **3.2.2.2.6. Deberes respecto a los trabajadores migrantes**

En su artículo octavo se refiere específicamente a la situación de los trabajadores migrantes, los que debido a la globalización de la economía y al proceso de flexibilidad de los mercados del trabajo a nivel mundial, están en situaciones más precarias y son quienes recurren permanentemente a las agencias de empleo privadas, en general, y a las empresas de servicios transitorios, en específico, para encontrar trabajo o para desarrollar sus labores. Dicho artículo dispone: “1. Todo Miembro deberá, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, dentro de los límites de su jurisdicción y, en su caso, en colaboración con otros Miembros, para que los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas gocen de una protección adecuada y para impedir que sean objeto de abusos. Esas medidas comprenderán leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas o abusos.

2. Cuando se recluten trabajadores en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados considerarán la posibilidad de concluir acuerdos

laborales bilaterales para evitar abusos y prácticas fraudulentas en materia de reclutamiento, colocación y empleo”<sup>415</sup>.

### **3.2.2.2.7. Deber de promoción de la cooperación e información entre el sector público y privado**

El artículo 13, respecto a los deberes señalados, estipula que: “1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales y previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, todo Miembro elaborará, establecerá y revisará periódicamente las condiciones para promover la cooperación entre el servicio público del empleo y las agencias de empleo privadas.

2. Las condiciones que se mencionan en el párrafo 1 del presente artículo deberán reconocer el principio de que las autoridades públicas retienen competencias para, en última instancia:

a) formular políticas de mercado de trabajo;

b) utilizar y controlar la utilización de fondos públicos destinados a la aplicación de esa política.

3. Las agencias de empleo privadas deberán, con la periodicidad que la autoridad competente disponga, facilitarle la información que precise, teniendo debidamente en cuenta su carácter confidencial:

a) con el fin de permitirle conocer la estructura y las actividades de las agencias de empleo privadas, de conformidad con las condiciones y las prácticas nacionales;

b) con fines estadísticos.

---

<sup>415</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

4. La autoridad competente deberá compilar y, a intervalos regulares, hacer pública esa información”<sup>416</sup>.

#### **3.2.2.2.8. Cláusula de la disposición más favorable**

El artículo 15 del convenio dispone: “El presente Convenio no afecta a las disposiciones más favorables aplicables en virtud de otros convenios internacionales del trabajo”<sup>417</sup>.

Esta disposición responde a un principio de antigua data en el derecho, en general, y en el derecho laboral, en específico, en cuanto a preferir entre dos normas que versen sobre la misma materia, la que sea más favorable para el trabajador.

#### **3.2.2.2.9. Derechos y libertades**

Reiterando lo que ya señalamos en su oportunidad, los siguientes artículos serán tratados en un acápite aparte dentro de este capítulo, por referirse a derechos y libertades de los trabajadores afectos a las empresas de servicios transitorios: a) artículo 4, que trata sobre el tema de libertad sindical y negociación colectiva; b) artículo 5, que se refiere a la igualdad de oportunidades y de trato, así como a la no discriminación y a la promoción de

---

<sup>416</sup> Op. Cit.

<sup>417</sup> Op. Cit.

empleo de trabajadores más vulnerables (por ejemplo: maternidad y discapacitados); c) artículo 6, que dice relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores; d) artículo 7, referente al no cobro de las empresas por su intermediación; e) artículo 9, que prohíbe el trabajo infantil; f) artículo 10, que alude a los procedimientos de reclamo; g) artículo 11, que hace un listado de derechos y libertades a proteger por los Estados; y h) artículo 12, que trata sobre las responsabilidades de las agencias de empleo privadas frente a los derechos y libertades de los trabajadores que se desempeñen en ellas, obviamente estas responsabilidades están entrelazadas con aquellos.

### **3.2.2.3. Recomendación N° 188 O.I.T., sobre agencias de empleo privadas**

Siguiendo con el análisis de los instrumentos internacionales emanados de la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo, la Recomendación N° 188, adoptada el 19 de junio 1997, viene a complementar el Convenio N° 181 (ya analizamos las características y funciones de las recomendaciones, al ver el tema de la O.I.T.). Esta se compone de 17 puntos, divididos en tres títulos, que pasamos a revisar a continuación:

#### **3.2.2.3.1. Disposiciones generales**

Contenidas en los tres primeros puntos de esta recomendación, los cuales señalan que: a) Sus disposiciones complementan a las del Convenio N° 181 y deben aplicarse conjuntamente; b) Llama a los organismos tripartitos (gobiernos, trabajadores y empleadores) y a las organizaciones más representativas de estos últimos dos, a asociarse en la formulación y aplicación de las disposiciones de la recomendación para darle efecto práctico al Convenio



Nº 181; c) Sugiere que la legislación que verse sobre las agencias de empleo privadas se complemente con “normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional”<sup>418</sup>; y d) Convoca a los Estados Miembros a intercambiar informaciones y a compartir experiencias sobre la materia, así como informar de ello a la Oficina Internacional del Trabajo.

De las disposiciones antes descritas nos interesa destacar la señalada en la letra c), ya que en Chile, si bien no hay regulación para las agencias de empleo privadas con fines de lucro, sí la Ley Nº 20.123, que trata sobre las empresas de servicios transitorios, está profusamente complementada a través del hecho de que se insertó como parte de nuestro Código del Trabajo; a su vez existen otras leyes que se relacionan con ella y la complementan; también se han dictado (o se ha remitido a los ya existentes) reglamentos y decretos supremos para darle operatividad práctica a sus normas; así como la profusa producción de ordenanzas y dictámenes emanados de la Dirección del Trabajo respecto a dicha ley. Diversos ejemplos de lo anterior vimos en el capítulo segundo de esta obra.

### **3.2.2.3.2. Protección de los trabajadores**

Este título consiste en una serie de disposiciones (puntos 4 a 15) que tienden a proteger a los trabajadores que se desempeñen en las agencias de empleo privadas, ya sea consagrando derechos y libertades para los trabajadores, estableciendo deberes para los Estados Miembros y para las agencias de empleo, o prohibiciones para estas últimas.

---

<sup>418</sup> Segundo punto de la Recomendación Nº 188. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación Nº 188, sobre las agencias de empleo privadas. Conferencia Internacional del Trabajo. 85ª Reunión, Ginebra, 1997. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

Si bien ya hemos señalado que lo referente a derechos y libertades será tratado en un acápite especial, destaquemos algunas de estas disposiciones<sup>419</sup>:

a) Se insta a los Estados Miembros a adoptar todas las medidas que sean necesarias y apropiadas para evitar y eliminar cualquier práctica de las agencias de empleo privadas que vayan en contra de la deontología del Convenio N° 181. Por ejemplo, el establecimiento de sanciones para ellas. Ya vimos que en nuestro país en el caso de que se infrinja la Ley N° 20.123, se contemplan una serie de sanciones.

b) Se aboga por que los trabajadores de empresas de servicios transitorios cuenten con un contrato de trabajo escrito que establezca las condiciones de su empleo. También esto se consagra en la Ley N° 20.123, específicamente en su artículo 183-R.

c) Se prohíbe poner a disposición trabajadores para reemplazar a trabajadores en huelga. Esto lo contempla la Ley N° 20.123 en su artículo 183-P, letra b).

d) Se obliga a la autoridad nacional competente a reprimir la falsa publicidad y engaños por parte de las agencias de empleo privadas.

e) Entre los deberes y prohibiciones para las agencias de empleo privadas, se establecen:

1.- La prohibición de reclutar o colocar a trabajadores en labores riesgosas o peligrosas, no aceptadas, o cuando puedan ser objeto de abusos o discriminaciones. Vimos en el capítulo segundo, que en Chile la Ley N° 20.123

---

<sup>419</sup> El texto de la Recomendación N° 188 puede revisarse en los anexos de este trabajo.

no se pronuncia sobre los trabajos riesgosos o peligrosos, como sí ocurre en otras legislaciones dónde se prohíbe suministrar trabajadores para dichas labores. En cuanto a la discriminación, por un lado, los trabajadores de empresas de servicios transitorios están amparados por la Ley N° 20.123 al ser parte integrante del cuerpo del Código del Trabajo, que establece normas expresas en contra de la discriminación, pero, por otro lado, también vimos al revisar el concepto de agencia de empleo privada con fines de lucro en Chile, que la falta de legislación específica sobre el tema coloca a los trabajadores que se relacionan con dichas entidades en una situación más precaria y propensa a ser objeto de discriminación y abusos.

2.- Deber de informarles, en su idioma, a los trabajadores migrantes acerca del empleo al cual acceden y las condiciones de éste.

3.- Deber de contar con personal competentemente formado y cualificado.

f) Los Estados Miembros deben prohibir o impedir que las agencias de empleo privadas en el llamado, selección o colocación de los trabajadores incurran, directa o indirectamente, en discriminaciones de cualquier tipo.

g) También deben alentar a dichas agencias a promover la igualdad en el empleo a través de programas de acción positiva.

h) En cuanto a la protección de los datos personales de los trabajadores y del acceso a dicha información por parte de ellos, se establecen prohibiciones para las agencias de empleo privadas en cuanto a solicitar, registrar o conservar datos que no sean necesarios para el trabajo a desempeñar, así como deberes en cuanto a permitir el acceso de los trabajadores a ellos. La Ley N° 20.123 trata este tópico en su artículo 183-Y.

i) Deber de promover la utilización de modos de selección que sean apropiados, equitativos y eficaces, tanto para la autoridad nacional competente, como las propias agencias de empleo privadas

j) Por último, en lo que respecta a la terminación del contrato de trabajo, en el caso de las empresas de servicios transitorios, el punto 15 de la recomendación señala que: “Dentro del respeto debido a los derechos y obligaciones establecidos en la legislación nacional relativos a la terminación del contrato de trabajo, las agencias de empleo privadas que presten los servicios mencionados en el párrafo 1 b) del artículo 1 del Convenio no deberían:

- a) impedir que la empresa usuaria contrate a ese asalariado, o
- b) limitar la movilidad profesional de ese asalariado;
- c) imponer sanciones al asalariado que acepte un empleo en otra empresa”<sup>420</sup>.

Lo anterior se condice con lo dispuesto en el artículo 183-Q, de la Ley N° 20.123, que declara nula la cláusula del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios que prohíba a la usuaria contratar al trabajador cuando finalice dicho contrato.

### **3.2.2.3.3. Relaciones entre el servicio público de empleo y las agencias de empleo privadas**

---

<sup>420</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 188, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

Disposiciones contenidas en los puntos 16 y 17 de la Recomendación N° 188, que establecen el deber de fomentar “la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas para la puesta en práctica de una política nacional de organización del mercado de trabajo”<sup>421</sup>. Para lo cual propone la creación de entidades que comprendan a los dos actores anteriores y a las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores. En nuestro país esto se podría dar entre el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, a través de las oficinas municipales de información laboral, y los demás actores señalados, pero siempre teniendo en cuenta que se hace necesario regular a las agencias de empleo privadas con fines de lucro.

También se proponen medidas para llevar a cabo lo anterior: “a) la puesta en común de informaciones y la utilización de una terminología común para mejorar la transparencia del funcionamiento del mercado de trabajo; b) intercambios de anuncios de puestos vacantes; c) la promoción de proyectos conjuntos, por ejemplo en materia de formación; d) la conclusión de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas sobre la ejecución de ciertas actividades, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración; e) la formación del personal; f) consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales”<sup>422</sup>.

### **3.2.3. 86ª Conferencia Internacional del Trabajo**

#### **3.2.3.1. Generalidades, informes y análisis**

Como lo señalamos al analizar la conferencia anterior, en el siguiente

---

<sup>421</sup> Op. Cit.

<sup>422</sup> Op. Cit.

estudio de la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, realizada el año 1998, volveremos a tratar el tema del trabajo en régimen de subcontratación, ya que quedó pendiente para esta reunión la posibilidad de adoptar un convenio y recomendación relativos a la materia.

Al igual que lo hicimos en el estudio de la conferencia que acabamos de revisar, primero realizaremos una reseña de los informes emanados de la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo y luego analizaremos los proyectos de convenio y recomendación que se elaboraron respecto al tema en cuestión, ya que, como se explicará, no se pudo llegar a acuerdos que permitieran adoptar instrumentos internacionales en la materia.

El informe V (1) consistió en la presentación, que hizo la Oficina Internacional del Trabajo, de los textos de proyecto de convenio y de recomendación que se elaboraron teniendo en cuenta las conclusiones adoptadas por la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo. En ellos la Oficina introdujo algunos cambios de redacción para dar mayor claridad y para concordar los textos en las distintas lenguas o armonizar ciertas disposiciones. Así también, la Oficina Internacional del Trabajo insertó comentarios para tratar de obtener aclaraciones sobre algunos posibles problemas de aplicación que se plantearon durante los debates de la comisión de trabajo en régimen de subcontratación y de la sesión plenaria, de la pasada conferencia, o que se desprendieron de una lectura más detallada de las disposiciones de los instrumentos propuestos, pero en ningún caso se propusieron nuevas formulaciones ni se introdujeron reorganizaciones importantes de los textos<sup>423</sup>.

---

<sup>423</sup> Para consultar dichos textos modificados y comentados, ver: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (I). Trabajo en régimen de subcontratación y medianas empresas. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

El informe V (2 A) se realizó en base a las respuestas que la Oficina Internacional del Trabajo había recibido del informe que había enviado a los gobiernos de los Estados Miembros, el que contenía un proyecto de convenio y un proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, basados en las conclusiones de la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo. Al momento de elaborar este informe habían respondido 72 Estados Miembros, lamentablemente la respuesta de Chile no llegó a tiempo, por lo que, no fue incluida.

Este informe contiene lo esencial de las respuestas de los gobiernos y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de los Estados Miembros, que respondieron en el plazo estipulado. Está dividido en tres secciones: en la primera se presentan las observaciones de carácter general que formularon acerca de los textos propuestos, y en la segunda y tercera las observaciones que se refieren en particular al proyecto de convenio o al proyecto de recomendación, junto con los comentarios de la Oficina Internacional del Trabajo acerca de esas observaciones.

El representante del Secretario General de la Organización Internacional del trabajo, que presentó el informe, señaló “que estas respuestas indicaban que un número importante de temas de naturaleza sustantiva eran comprendidos e interpretados en forma diferente por los constituyentes de la OIT, incluyendo los puntos básicos de la definición de «trabajo en régimen de subcontratación», el alcance de los instrumentos propuestos y la terminología utilizada”<sup>424</sup>.

---

<sup>424</sup> Punto 7 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

Debido a la extensión del documento y a la complejidad y diversidad de respuestas, posiciones, comentarios y proposiciones de los distintos países, sumado a que las posiciones del gobierno, trabajadores y empleadores, dentro de un mismo país, no siempre eran coincidentes y, en algunos casos, eran abiertamente contrapuestas, nos limitaremos a lo dicho hasta aquí de este informe<sup>425</sup>.

El informe V (2 B) contiene una propuesta de convenio y una de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, dichos textos se basan en los presentados en el informe V (1). Hay que advertir que las sugerencias que la Oficina Internacional del Trabajo formuló en el informe V (1), a fin de introducir cambios en el texto de los instrumentos propuestos, no recibieron un apoyo suficiente como para que ésta pudiese modificar dicho texto. Además, debido a la diversidad de las respuestas y observaciones formuladas por los Estados Miembros, tal como lo señalamos en el informe V (2 A), la Oficina Internacional del Trabajo, por falta de tiempo, no pudo redactar un informe definitivo de los instrumentos propuestos que incluyera dichas respuestas y observaciones recibidas. Por lo anterior, es que los textos que se presentaron en el informe V (2 B) fueron objeto solamente de unos cambios mínimos de redacción<sup>426</sup>. “Asimismo, se juzgó conveniente hacer algunos pequeños cambios de redacción, en especial para lograr la plena concordancia entre las versiones en español, francés e inglés de los instrumentos propuestos”<sup>427</sup>.

---

<sup>425</sup> Para consultar el texto completo de este informe, véase: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 A). Trabajo en régimen de subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

<sup>426</sup> Los textos de los proyectos de convenio y recomendación sobre trabajo en régimen de subcontratación pueden ser revisados en los anexos de esta obra.

<sup>427</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Trabajo en régimen de subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]



Dichos proyectos de convenio y recomendación sobre trabajo en régimen de subcontratación, serán analizados más adelante de forma separada.

El informe V (2 B) addendum se confeccionó tomando en cuenta las inquietudes que surgieron en la sesión plenaria de la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo, así como las observaciones de los Estados Miembros presentadas en el informe V (2 A) de la 86ª Conferencia, ya visto. La Oficina Internacional del Trabajo, luego de consultar con el grupo de los trabajadores y el grupo de los empleadores, redactó este addendum.

La finalidad de este addendum era facilitar las discusiones de la Comisión del Trabajo en Subcontratación, conteniendo una sección introductoria que analizaba el contexto del mercado del trabajo a nivel mundial y las dificultades que había tenido la discusión del tema de la subcontratación en el seno de la O.I.T.; luego se abocaba a dilucidar el concepto de subcontratación y a revisar si otros instrumentos internacionales ya existentes habían abordado el tema; proseguía señalando los posibles elementos para un convenio y una recomendación; también hacía referencia a las cuestiones lingüísticas, ya que el problema de la terminología usada en la discusión del tema de la subcontratación no fue menor; incluía posibles opciones para la discusión por parte de la Comisión; finalmente en sus conclusiones señalaba: "El propósito de los instrumentos sobre este tema sería por tanto: (a) identificar que significa para los Miembros el concepto de trabajo en régimen de subcontratación, así como las situaciones que deben ser revisadas, (b) concluir acuerdos en los que los Miembros proporcionen protección mínima mediante las medidas que mejor se adapten a sus condiciones nacionales que permita cubrir las situaciones identificadas, y (c) que los Miembros identifiquen otras

situaciones relacionadas con trabajo en régimen de subcontratación con el propósito de llevar a cabo medidas correctoras en el futuro”<sup>428</sup>.

Los instrumentos a los que hace referencia este informe en sus conclusiones son los contenidos en su anexo<sup>429</sup>, éstos indican los cambios posibles que podrían considerarse como una base para un convenio y una recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, como una alternativa a los textos propuestos en el informe V (2 B).

Debemos señalar que hemos preferido analizar, en los puntos siguientes de este capítulo, los textos de los proyectos de convenio y de recomendación del informe V (2 B), por sobre los textos propuestos en el addendum, debido a que los consideramos más completos, más protectores de los trabajadores y más cercanos a nuestra legislación y lingüística. Aun cuando los textos del addendum, por ser más simples y acotados, pudieran servir más para lograr un acuerdo con miras a la adopción de instrumentos internacionales.

Con todo lo dicho anteriormente sobre esta conferencia y sus informes, ya podíamos advertir que finalmente no se llegaría a un acuerdo que permitiese adoptar instrumentos internacionales respecto al tema del trabajo en régimen de subcontratación.

Sintetizando los motivos de aquello, podemos decir que estos fueron:

---

<sup>428</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B) Addendum. Comisión del trabajo en subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

<sup>429</sup> Dichos textos se pueden encontrar en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B) Addendum. Op. Cit.

a) La dificultad de la temática y la diversidad de tratamientos que recibía en los distintos países. Esto se veía reflejado en que en algunos países no había legislación sobre el tema, en otros la subcontratación era regulada en su legislación laboral, en la civil o en la comercial o mercantil.

b) Por lo anterior, es que los miembros gubernamentales de la Comisión del Trabajo en Subcontratación, tuvieron muchas dificultades con las complejidades lingüísticas, conceptuales, definitorias y de criterios utilizados en los textos propuestos para definir el trabajo en régimen de subcontratación y, por ende, a los trabajadores que debían gozar de protección.

c) Las posiciones del grupo de empleadores y del grupo de trabajadores fueron muy opuestas respecto a la necesidad de nuevas medidas que (aunque preveían una ampliación de la protección de los trabajadores), podían tener consecuencias también para las relaciones comerciales.

Podemos graficar las posiciones y críticas de estos grupos de la siguiente manera:

1.- Para el grupo de los empleadores:

i) Sostenían que la cuestión del trabajo en subcontratación no debería haber figurado en el orden del día de la conferencia como asunto para la fijación de normas, en vista de su complejidad, la falta de comprensión del problema y lo inadecuado de las tareas preparatorias. También señalaban que era un tema que desbordaba la competencia de la O.I.T., ya que además de ser un tema laboral, tocaba materias eminentemente comerciales.

ii) Criticaron las tareas de la Comisión del Trabajo en Subcontratación, ya que durante la segunda ronda de debates se vieron afectadas negativamente, al igual que ocurrió en la primera ronda de debates, por la continua ausencia de alrededor de la mitad de los miembros gubernamentales de la Comisión. Esta situación poco satisfactoria, se vio reflejada claramente en los detalles de las tres votaciones nominales descritas en el informe de la Comisión, por lo cual, exigían examen y corrección.

iii) También criticaron el escaso tiempo que tuvieron para analizar los informes presentados, especialmente el V (2 B), y el hecho de que este informe no haya contenido las respuestas y observaciones que los miembros habían hecho en el informe V (2 A). Aunque valoraron el esfuerzo hecho por la Oficina Internacional del Trabajo, en orden a contener dichos tópicos en el informe V (2 B) addéndum, y a tratar de dilucidar las dificultades que se habían presentado en los debates.

iv) Les preocupaba la posibilidad de que al tratar estos temas, existiera una interferencia injustificada e inaceptable con los contratos comerciales y con los contratos de empleo. También les preocupaba la sugerencia que se había hecho de crear una tercera categoría de trabajadores<sup>430</sup>, que recibirían muchos de los beneficios que tenía un empleado sin tener la condición oficial de empleado, y la idea de que las responsabilidades por los trabajadores debían ser repartidas entre dos empresas diferentes, incluso cuando (para el grupo de los empleadores) el trabajador era claramente empleado de una de esas empresas.

---

<sup>430</sup> En el sentido de que no serían ni trabajadores por cuenta ajena ni trabajadores independientes.

v) Les inquietaba la posibilidad de que todo esto repercutiera negativamente sobre la flexibilidad del mercado laboral y en la creación de empleo.

vi) Debido a las razones anteriores, los miembros empleadores expresaron su oposición implacable a la adopción de cualquier instrumento sobre el tema de trabajo en régimen de subcontratación. Sin embargo, señalaron que las inquietudes de los miembros trabajadores relativas al problema de las relaciones de trabajo encubiertas eran atendibles, por lo que, expresaron su oposición a arreglos fraudulentos o ilegales y estuvieron abiertos a regular y adoptar algún tipo de recomendación sobre este tema, lo que finalmente tampoco se logró en esta conferencia.

## 2.- Para el grupo de los trabajadores:

Este grupo siempre estuvo a favor de la adopción de instrumentos internacionales (convenio y recomendación) que regularan la materia, pero sus postulados entraban en directa contradicción con lo que sostenían los empleadores. Lo que sostuvieron y defendieron los trabajadores es que uno de los grandes problemas era la pluralidad de significados que se podían dar al concepto de trabajo en régimen de subcontratación, lo que en la práctica sólo redundaba en desmedro de los derechos y libertades de los trabajadores sometidos a dicho régimen. También señalaron que había dos problemas jurídicos distintos, además del empleo encubierto. El primero de ellos era la necesidad de distinguir más claramente el derecho comercial (basado en contratos entre iguales) del derecho laboral, que posibilita la conclusión de contratos entre partes desiguales, pero estos contratos debían de ser también equitativos. El otro problema era la necesidad de actualizar el derecho laboral para reflejar la realidad cambiante del mundo del trabajo.

Veamos en sus propias palabras cuáles eran sus postulados:

i) “El Vicepresidente trabajador, hablando en nombre de los miembros trabajadores, comenzó señalando que «trabajo en régimen de subcontratación» podía tener varios significados. Para muchos designaba la subcontratación o contrata externa. En el sector público el término podía sugerir las contrataciones exteriores o la privatización de servicios públicos. La subcontratación podía consistir en la subcontratación de servicios o solamente de mano de obra, siendo esta última forma la que se solía llamar trabajo en subcontratación. El término también se aplica con respecto a la «subcontratación interna» cuando implica el recurso a agencias de empleo temporal, agencias de alquiler de personal, agencias de subcontratación de mano de obra y otras empresas que suministran trabajadores eventuales. «Trabajo en régimen de subcontratación» también puede referirse a la manera en que se organiza el trabajo en el sector no estructurado por conducto de acuerdos informales, concertados por intermediarios, y que predominan principalmente en el sector agrícola. La expresión puede aplicarse además a los trabajadores migrantes, a los sistemas de trabajo a destajo en el sector de las manufacturas, a ciertas clases de trabajo a domicilio y a varias formas de trabajo atípico, comprendido el trabajo temporal y el trabajo similar al realizado por cuenta propia”<sup>431</sup>.

ii) “A juicio de los miembros trabajadores, podría decirse que el trabajo en régimen de subcontratación abarca algunas de las modalidades más nuevas de trabajo, combinadas con algunas de las más antiguas. Las formas cambiantes que asume el trabajo reflejan la evolución provocada por las nuevas

---

<sup>431</sup> Punto 14 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

tecnologías<sup>432</sup> y la mundialización. Mientras que las nuevas formas de organización del comercio y de la tecnología de la información podrían considerarse factores clave en la creación de riqueza, la utilización de trabajadores en régimen de subcontratación que ellas impliquen podría también dar lugar a que aumente una vieja forma de explotación, particularmente cuando se trata de tareas difíciles, sucias o peligrosas, como las que se dan en el sector agrícola. Los miembros trabajadores recalcaron que la realización de estas modalidades de trabajo, nuevas y antiguas, necesitan ser protegidas con independencia del estatuto de relación de trabajo reconocida. Con respecto al hecho de que en muchos países la relación de trabajo se considera como una

---

<sup>432</sup> Uno de los ejemplos más novedosos de este fenómeno es el “crowdsourcing”, este neologismo consiste en “detectar la solución de los problemas empresarios a través de convocatorias viabilizadas a través de Internet, dirigidas a la gente común, es decir, a todos aquellos cuyos conocimientos puedan serles de utilidad, prometiendo un premio a quien o quienes les presenten la mejor solución”. Aquí desaparece “la continuidad de trabajo en aquellas empresas consultoras que intermediaban entre el comitente y el contratado”, por lo que, “constituye una amenaza cierta a la continuidad laboral. Y más que una amenaza, constituye ya una ruptura en la relación empleador–trabajador que sólo puede generar inseguridad, angustia e incertidumbre y la imposibilidad de imaginar la construcción de un futuro más o menos previsible”.

“¿Y qué implica esto? No exactamente “el poder trabajar cómodamente desde el propio hogar”, como lo pregonan algunos sitios de la Web (...), sino el poner a disposición de las grandes empresas durante periodos más o menos cortos, o hasta prolongados, toda la dedicación y la capacidad de numerosos seres humanos enfrentados a la incertidumbre de lograr o no el aspirado premio (...).

¿Cómo es posible planificar una vida humana, la formación de una familia, su desarrollo y prolongación en el tiempo sin la seguridad de contar con un ingreso medianamente regular?

Esta relativamente reciente innovación, no solamente ignora la creciente cifra de desocupados, sino que tiende a agravarla y a engendrar cada vez más angustiantes e insolubles situaciones sociales”.

Esto se traduciría en “seres humanos doblemente afectados, tanto aquellos que de este modo pierden sus puestos de trabajo en los departamentos de investigación y desarrollo, reemplazados por este nuevo sistema, como los que deben enfrentar la angustiante inseguridad de dedicar tiempo y esfuerzos, seguramente ilimitados, para llegar a un final de “manos absolutamente vacías” y volver a recomenzar una y otra vez sin la menor recompensa”.

La expansión de esta figura no sólo ha sido veloz sino también multisectorial, “pero la mayor preocupación que el sistema genera entre las empresas no se orienta a considerar las repercusiones que el “crowdsourcing” pueda tener en la sociedad y, especialmente, en el ámbito laboral, sino hacia el costo que puede generarles el “filtrado” de las soluciones disponibles y la exacta localización de cual de las soluciones presentadas puede ser la más adecuada”. En: MERINO, Susana. Otro invento de la globalización, el “crowdsourcing”. [en línea]. El Grano de Arena. Correo Informativo de ATTAC. N° 383, 12 de febrero de 2007. <<http://archive.attac.org/attacinfoes/attacinfo383.pdf>> [consulta: 12 de septiembre de 2007]

categoría especial de los contratos, los miembros trabajadores sostuvieron que la justificación para tal tratamiento y, en realidad, la justificación de la mayor parte de la legislación laboral, residía en la desigual relación de poder que se daba entre los trabajadores y los empleadores. Otras razones importantes para este tratamiento especial son el reconocimiento de que no se ha de considerar al trabajo como una mercancía y que las fuerzas del mercado por sí solas no pueden tener en cuenta todos los intereses de la sociedad civil. El reconocimiento de la relación de trabajo implica colocar a cargo del empleador obligaciones para proteger a los trabajadores y garantizar así una medida de justicia social. La naturaleza cambiante del trabajo y de la organización del comercio ha dado lugar a que muchos trabajadores no estén cubiertos por la legislación laboral porque no se les considera «empleados» o porque se encuentran en relaciones de coempleo o triangulares, en que se les considera empleados de otra empresa que no asume todas las obligaciones de una relación de trabajo o no puede o no está obligada a ello. Mientras que un mayor número de trabajadores pierda la protección de la relación de trabajo, prosiguió el Vicepresidente trabajador, la desigualdad en las relaciones de poder persistirá y será necesario que los gobiernos vuelvan a descubrir los valores y beneficios para la sociedad que ofrece la relación de trabajo”<sup>433</sup>.

iii) “Los miembros trabajadores continuaron señalando que el trabajo en régimen de subcontratación no sólo plantea problemas de orden jurídico, pues se refiere a situaciones reales que afectan a millones de trabajadores. Los miembros trabajadores caracterizaron en parte los aspectos jurídicos como la distinción entre los derechos mercantil y laboral, y también por la necesidad de actualizar el derecho laboral para recoger las nuevas formas de trabajo y tratar de las relaciones triangulares. Afirmaron que había dos medios de abordar la

---

<sup>433</sup> Punto 15 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.



zona intermedia (o «área gris») entre el derecho mercantil y el laboral: i) dividir con mayor precisión las fronteras entre la legislación comercial y la del trabajo y, ii) reconocer los distintos matices de «gris» y extender en alguna medida la protección legal a los trabajadores, dependiendo del grado de subordinación o dependencia. Los miembros trabajadores señalaron que el primer criterio, por ser más simple y fácil de prever, merecería la preferencia de los empleadores, pues les resultaría beneficioso por cuanto en la práctica sería difícil aplicar la legislación laboral al trabajo realizado en la «zona gris». Sin embargo, a juicio de los miembros trabajadores, el primer criterio era poco satisfactorio, pues no daba muchas esperanzas de resolver un problema que tenía muchas posibilidades de ir en aumento; el segundo criterio, reflejado en el proyecto de convenio, era preferible y tendría mayores posibilidades de éxito por fundarse en los principios que originalmente justificaron la distinción entre las relaciones de trabajo y las relaciones de orden comercial. La contribución de un convenio de la OIT a este respecto y en este momento, es reafirmar este principio implícito, teniendo presente la situación en que actualmente se encontraban dichos trabajadores. En conclusión, el Grupo de los Trabajadores estaba a favor de un convenio que: i) reconozca el problema; ii) obligue a los gobiernos a adoptar medidas para evitar el recurso al trabajo en régimen de subcontratación con la única finalidad de evitar las leyes del trabajo y, iii) alentar a los gobiernos a que amplíen la protección específica, actualmente acordada a los empleados regulares, a los trabajadores en régimen de subcontratación que presten trabajo en circunstancias similares<sup>434</sup>.

d) Habría existido un problema político dentro de los miembros de la O.I.T., “se dice, solapadamente, que habría existido un acuerdo tácito de aprobar primero un Convenio sobre agencias de empleo privadas (tema de alto interés para las organizaciones de empleadores) y posteriormente, un Convenio

---

<sup>434</sup> Punto 16 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

sobre trabajo en régimen de subcontratación, que como hemos visto, tiene como objetivo principal brindar protección a los empleados bajo este régimen; como no se logró la aprobación esperada, habrían sido especialmente las organizaciones de empleadores quienes no cumplieron su parte del pacto”<sup>435</sup>.

Pero no todo fueron desacuerdos: “A la vez que reconocía las dificultades que la Comisión había encontrado en el tratamiento del tema del trabajo en régimen de subcontratación, el representante del Secretario General recordó que había numerosas áreas de acuerdo. En particular, todos parecían estar de acuerdo en la necesidad de realizar mayores esfuerzos para combatir los abusos ligados a las relaciones de trabajo encubiertas y para garantizar que no se eludan las obligaciones ni se denieguen los derechos previstos en la legislación laboral y de seguridad social cuando se recurra al trabajo en régimen de subcontratación. También subrayó que existe una preocupación generalizada sobre situaciones particulares de trabajo en régimen de subcontratación que deben ser corregidas, y señaló que muchos constituyentes defendían que todos los trabajadores en régimen de subcontratación deberían disfrutar de ciertas garantías básicas”<sup>436</sup>.

También hubo acuerdo sobre el texto de una resolución, en el cual se propone que el tema de la protección de los trabajadores en situaciones identificadas por la Comisión del Trabajo en Subcontratación se inscriba en el orden del día de una futura reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Es sumamente significativo que la resolución ni siquiera mencionara ahora directamente el trabajo en subcontratación. La Comisión del Trabajo en Subcontratación decidió reemplazar este concepto por una mera descripción de

---

<sup>435</sup> GONZÁLEZ ASTUDILLO, Nadia. Op. Cit. pp. 49-50

<sup>436</sup> Punto 9 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

las personas que realizan trabajos a efectos del instrumento. Esto significa que todo futuro instrumento que se proponga para reglamentar ese sector, no incluirá probablemente las palabras “trabajo en régimen de subcontratación” ni en su texto ni en su título.

La resolución en cuestión incluye también algunas directrices para el trabajo ulterior sobre el tema. Por ejemplo, propone que se realicen reuniones de expertos a fin de examinar las situaciones en que los trabajadores necesitan protección, y los medios y métodos apropiados para brindar esa protección cuando se considere necesario.

La resolución fue adoptada por consenso en la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, sobre la base de las propuestas presentadas por los grupos de empleadores y trabajadores, así como de las propuestas presentadas por varios gobiernos para conciliar las opiniones divergentes<sup>437</sup>. La única manera de mantener el tema de la subcontratación en el programa de la O.I.T., era conseguir un acuerdo sobre cómo aplazarlo hasta que se reuniesen las condiciones adecuadas para que fuese tratado de nuevo.

Revisemos a continuación el texto de dicha resolución:

Resolución relativa a la posible adopción de instrumentos internacionales para la protección de los trabajadores en las situaciones identificadas por la Comisión del Trabajo en Subcontratación:

“La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo,

---

<sup>437</sup> Para ilustrarse de este proceso, ver el informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

Reunida en Ginebra en su octogésima sexta reunión, del 2 al 18 de junio de 1998,

Habiendo adoptado el informe de la Comisión designada para considerar el quinto punto del orden del día,

Considerando que la Comisión del Trabajo en Subcontratación ha comenzado a identificar las situaciones en las que los trabajadores precisan protección, y

Considerando que la Comisión ha hecho progresos en tales temas;

Invita al Consejo de Administración de la OIT a introducir estos temas en el orden del día de una futura reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo con miras a la posible adopción de un Convenio complementado por una Recomendación si la Conferencia, de acuerdo con los procedimientos reglamentarios, considera necesaria tal adopción. Invita también al Consejo de Administración a tomar medidas para que este proceso se complete en un plazo no mayor de cuatro años desde ahora,

Invita igualmente al Consejo de Administración de la OIT a dar instrucciones al Director General para:

a) que se realicen reuniones de expertos a fin de examinar, como mínimo, las distintas cuestiones que han surgido de las deliberaciones de esta Comisión, que siguen a continuación:

i) cuáles son los trabajadores, en las situaciones que la Comisión ha comenzado a identificar, que necesitan protección;

ii) los medios adecuados para la protección de dichos trabajadores y la posibilidad de tratar separadamente las distintas situaciones;

iii) cómo se podrían definir tales trabajadores, teniendo en cuenta los diferentes sistemas legales existentes y las diferencias idiomáticas;

b) tomar otras medidas con miras a completar el trabajo iniciado por la Comisión del Trabajo en Subcontratación<sup>438</sup>.

---

<sup>438</sup> Resolución adjunta al informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

Hasta el día de hoy no se ha podido lograr en el seno de la O.I.T. llegar a consensos que permitan adoptar instrumentos internacionales que regulen el trabajo en régimen de subcontratación, pero indudablemente han existido avances en su estudio y discusión, ejemplo de lo anterior es lo ocurrido en la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo, del año 2006, dónde se volvió a tocar este tema al hablar sobre la relación de trabajo y de cómo evitar su encubrimiento a través de algún subterfugio, en especial, a través de terceros. En un próximo punto de este trabajo nos referiremos a la Recomendación N° 198, sobre la relación de trabajo, que emanó de dicha conferencia.

Para terminar el análisis de esta conferencia, a modo de conclusiones diremos, en primer lugar, que pese a la dificultad que plantea el tema, se pueden recoger tres importantes avances de toda la labor realizada por la O.I.T. respecto al trabajo en régimen de subcontratación<sup>439</sup>:

1.- Distinción entre subcontratación de la producción de bienes y servicios y subcontratación de trabajo:

Este aspecto ya fue estudiado en el capítulo anterior de nuestro trabajo al analizar el panorama nacional en el que se encontraban las figuras de la subcontratación y de las empresas de servicios transitorios, con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.123. Y, a su vez, se examinaron dichas figuras a la luz de la nueva normativa dictada a su respecto, la citada ley.

Sin perjuicio de lo anterior, señalaremos que el aporte de la O.I.T. al distinguir entre subcontratación de la producción de bienes y servicios, la que

---

<sup>439</sup> En esta parte nos basamos en: ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. El otro trabajo: El suministro de personas en las empresas. Op. Cit. pp. 36 a 48

hemos llamado “subcontratación propiamente tal” o “subcontratación en sentido estricto”; y subcontratación de trabajo, la que hemos llamado “subcontratación en sentido amplio” o “suministro de personal”, fue determinante para separar aguas entre estas dos figuras, que comúnmente se tendían a confundir, lo cual se vio reflejado en la realidad nacional hasta la dictación de la ley señalada anteriormente. Por otra parte, al momento de elaborar esta ley se tuvo presente la posición de la O.I.T. respecto a estos temas, tal como se señalaba en los fundamentos del proyecto de ley.

2.- Establecimiento de criterios para determinar los niveles de dependencia en una relación de trabajo:

Esto sirve para poder evaluar cuando estamos en presencia de una relación de trabajo dependiente y cuando no. En el caso de la subcontratación es fundamental determinar el grado de dependencia y subordinación de los trabajadores respecto de la empresa usuaria, ya que si es totalmente dependiente, estaríamos en presencia de un trabajo por cuenta ajena, o si es totalmente independiente, sería un trabajo por cuenta propia. En ninguno de los dos casos existe subcontratación. Es por esto que habitualmente se dice que la subcontratación se encuentra en una zona gris.

De ahí que en el punto número dos del Proyecto de Recomendación de la O.I.T., sobre el trabajo en régimen de subcontratación, hay una serie de criterios para determinar si una relación es o no dependiente:

“a) la medida en que la empresa usuaria determina el momento y la manera en que ha de realizarse el trabajo, incluidos el tiempo de trabajo y las demás condiciones laborales del trabajador;

- b) si la empresa usuaria paga periódicamente y de acuerdo con criterios preestablecidos las sumas adeudadas al trabajador;
- c) la medida en que la empresa usuaria ejerce sobre el trabajador un poder de supervisión y un control con respecto al trabajo realizado, incluido un poder disciplinario;
- d) la medida en que la empresa usuaria hace inversiones y suministra, entre otras cosas, herramientas, materiales y maquinaria para efectuar el trabajo de que se trate;
- e) si el trabajador puede o no obtener ganancias o exponerse a pérdidas al efectuar ese trabajo;
- f) si el trabajo se efectúa en forma regular y continua;
- g) si el trabajador trabaja o no para una sola empresa usuaria;
- h) la medida en que el trabajo realizado forma parte integrante de las actividades normales de la empresa usuaria;
- i) si la empresa usuaria proporciona o no al trabajador una formación específica de cierta importancia para el desempeño de su trabajo”<sup>440</sup>.

En Chile, la Dirección del Trabajo ocupa criterios similares para detectar si existe o no una relación de trabajo en régimen de subcontratación o un suministro ilegal de trabajadores<sup>441</sup>.

3.- Delimitación del parámetro dentro del cual se sitúa el trabajo en régimen de subcontratación:

En el estudio dirigido por Echeverría se señala que la posición de la O.I.T. se puede resumir en que el trabajo en régimen de subcontratación se

---

<sup>440</sup> Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

<sup>441</sup> Véase: DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Criterios de Fiscalización. Trabajo en régimen de subcontratación: suministro ilegal de trabajadores. Op. Cit.

encuentra entre una relación laboral encubierta y una relación con un contratista independiente<sup>442</sup>: “Las relaciones de subcontratación tienen dos fronteras. En una de ellas están las relaciones laborales encubiertas para evitar obligaciones legales. Es decir, cuando una relación que es efectivamente laboral se la reviste de una relación de otra naturaleza, sea como relación entre independientes, como relación comercial o se deriva su formalización en un tercero, que presta su nombre para hacer pasar a través suyo el contrato de trabajo. Se trataría de relaciones laborales clandestinas o disimuladas”<sup>443</sup>. Prosigue señalando que: “Exactamente en el otro extremo de los márgenes del trabajo en régimen de subcontratación se encontraría el “contratista independiente” (...). Se trata realmente de relaciones mercantiles entre dos empresas, por pequeña y débil que sea una de ellas, en donde el contratista ejecuta un trabajo o provee servicios para otra empresa por su propia cuenta y riesgo”<sup>444</sup>. Finalmente concluye diciendo que: “Para la O.I.T. el trabajo en régimen de subcontratación se encontraría en el medio. Son trabajadores en relaciones similares de subordinación y dependencia con respecto a la usuaria a las de los trabajadores por cuenta ajena, pero no totalmente dependientes ni totalmente independientes. Y distingue dos alternativas:

1) Una relación bilateral, es decir, directa entre trabajador y empresa usuaria, sin intermediario, que denomina “subcontratación dependiente” o “contratista dependiente”.

2) Una relación triangular, es decir, cuando un trabajador es “puesto a disposición” del usuario por otro, por un tercero, que puede ser:

- a) un subcontratista o
- b) un intermediario”<sup>445</sup>.

---

<sup>442</sup> Para esto el estudio se basa en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B) Addendum. Op. Cit.

<sup>443</sup> ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. El otro trabajo: El suministro de personas en las empresas. Op. Cit. p. 41

<sup>444</sup> Op. Cit. p. 42

<sup>445</sup> Op. Cit. p. 43



Si bien el determinar los límites en que se encontraría la subcontratación y proponer una definición, es un avance, no está exento de críticas en torno a las confusiones conceptuales que se dieron en la discusión de la O.I.T. Entre las que podemos mencionar:

a) Críticas frente a su consistencia lógica y teórica, ya que abarcaría varios fenómenos, distintos entre sí: “En resumen, para la O.I.T., el régimen de subcontratación abarcaría a las siguientes relaciones: 1) relaciones bilaterales, de independencia en la forma pero en su contenido real, de subordinación técnica y organizacional; 2) el trabajo desempeñado para una empresa mandante por una empresa contratista o subcontratista, con el requisito particular de que los trabajadores de estas últimas ejecutan el trabajo, de hecho, en condiciones de subordinación y dependencia de la mandante y 3) el trabajo suministrado por empresas de empleo temporal y el suministrado por simples intermediarios”<sup>446</sup>.

b) La definición se centra más en señalar lo que no es subcontratación, en vez de señalar lo que sí es. De ahí que se le critique el hecho de ser una definición por exclusión y no por inclusión.

c) También se cuestiona el que se hable de “subcontratación” sin hacer referencia alguna a que se trata de una relación que deriva de otra, lo que es de plena lógica, incluyéndose relaciones bilaterales en las cuales no interviene un tercero que genere dicha derivación. En palabras simples, debe existir un contrato base del cual derive un subcontrato.

---

<sup>446</sup> Op. Cit. p. 44

Siguiendo con nuestras conclusiones de esta conferencia, en segundo lugar, es importante referirse a la polémica que se generó entre los representantes de los distintos actores y países en torno al concepto de una tercera categoría de trabajadores. Detrás de todo aquello está la discusión del tema de la flexibilidad, en general, y flexibilidad laboral, en específico, lo que ya vimos en el primer capítulo de este trabajo.

De ahí que “las diferencias en los contextos económico-sociales nacionales así como en las distintas institucionalidades jurídico-laborales no permitieron un entendimiento unívoco de los términos de esta discusión”<sup>447</sup>.

En definitiva, en la zona gris de la subcontratación se genera esta tercera categoría de trabajadores que, más que subcontratados, no son ni dependientes ni independientes, pero lo que sí es cierto, es que tienen menores derechos que los trabajadores dependientes.

Algunos países miembros y los representantes de los empleadores se oponen a esta categorización. Por su parte, algunos países miembros y los representantes de los trabajadores, exigen que se reconozca la situación y se regule, para proteger y asegurar derechos mínimos a este tipo de trabajadores, aduciendo que es una realidad innegable y que se extiende cada vez más.

Finalmente, y junto a Echeverría, concluyamos que en esta conferencia no se llegó a acuerdo alguno en lo que respecta al tema de la subcontratación, todo el trabajo conceptual se desechó y sólo se quedó con la idea de que se estaban empezando a identificar las situaciones en que se requiere protección para los trabajadores, sin aludir a relaciones de subcontratación, tal como lo vimos al citar la resolución relativa a la posible adopción de instrumentos

---

<sup>447</sup> Op. Cit. p. 47

internacionales para la protección de los trabajadores en las situaciones identificadas por la Comisión del Trabajo en Subcontratación.

“La conclusión podría resumirse así: existe una serie de categorías distintas de trabajadores que necesitan protección frente a las que se ha avanzado en saber cuáles son. Las diferencias idiomáticas entre los países, institucionales y prácticas no hace posible denominar a ese conjunto con un solo nombre. Ni siquiera cabe que se le cubra bajo un solo concepto. El acuerdo, entonces es seguir avanzando en acotar mejor estas categorías, continuar haciendo estudios sobre sus condiciones concretas de trabajo e idear medios que permitan su protección”<sup>448</sup>.

Pasemos ahora a analizar los proyectos de convenio y recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que emanaron de esta conferencia, recordando la salvedad que hicimos al señalar que nos basamos en los textos del informe V (2 B), por sobre los textos del informe V (2 B) addendum, por las razones que en su momento esgrimimos. Sin perjuicio de lo anterior, cuando se estime conveniente nos referiremos a lo dicho en los textos del addendum.

### **3.2.3.2. Proyecto de convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación**

Antes de su análisis hay que señalar que se deben tener en cuenta las confusiones conceptuales que existieron al interior de la O.I.T. con respecto a la materia aquí tratada, en especial, debe atenderse a lo que dijimos al momento de señalar las conclusiones del análisis de la 86ª Conferencia Internacional del

---

<sup>448</sup> Op. Cit. p. 47-48

Trabajo, en cuanto al concepto de trabajo en régimen de subcontratación y sus críticas, ya que todavía se tiende a confundir éste con el suministro de personal (lo que hemos venido estudiando como empresas de servicio transitorios) y que, como ya sabemos, son figuras distintas.

#### **3.2.3.2.1. Preámbulo**

El proyecto en su preámbulo señala que éste se adopta en consideración al “creciente recurso al trabajo en régimen de subcontratación y reconociendo la conveniencia de adoptar nuevas normas en la materia, con miras a garantizar una protección adecuada a los trabajadores en régimen de subcontratación”<sup>449</sup>. De más está decir que aquí debe entenderse todo lo dicho al analizar la 86ª Conferencia Internacional del trabajo.

#### **3.2.3.2.2. Ámbito, forma y control de su aplicación**

En su artículo segundo señala que el convenio se aplicaría a todas las ramas de actividad económica y a todos los trabajadores en régimen de subcontratación. Se exceptúan: a) Los trabajadores que, conforme a la legislación y práctica nacional, tienen un contrato formalmente reconocido con la empresa usuaria; y b) Los trabajadores de las agencias de empleo privadas que hayan sido puestos a disposición de las empresas usuarias para realizar un trabajo en régimen de subcontratación.

---

<sup>449</sup> Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

La letra b) se refiere a las empresas de servicio transitorio, en el sentido del párrafo 1 b), del artículo 1º, del Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Así lo aclara el addéndum al informe V (2 B), además elimina el caso de los trabajadores que señalamos en la letra a).

Prosigue el artículo segundo facultando a la autoridad nacional competente a excluir de la aplicación del convenio a: a) Otras categorías particulares de trabajadores en régimen de subcontratación que gozan, por otros conceptos, de una protección adecuada; y b) Determinadas ramas de actividad económica, cuando la aplicación del convenio pudiera suscitar problemas particulares de considerable importancia.

En Chile, a través de la Ley N° 20.123, no se hicieron exclusiones de este tipo, sólo se estableció en su artículo 183-A que no se aplicarán las normas del trabajo en régimen de subcontratación a las obras o los servicios que se ejecuten o presten de manera discontinua o esporádica.

Finaliza este artículo señalándonos que si algún miembro ratificase el convenio y ejerciera alguna de las exclusiones vistas, debería informarlo en la primera memoria que presentase a la O.I.T., dando razones fundadas de aquello.

Por su parte, el artículo octavo del proyecto indica que el convenio debería aplicarse a través de la legislación o por decisiones judiciales, laudos arbitrales o convenios colectivos, de acuerdo a la práctica nacional. Además, estipula que los Estados Miembros deberán asegurar mediante la inspección adecuada, u otras formas que estimen convenientes, la aplicación y cumplimiento de la reglamentación sobre el trabajo en régimen de

subcontratación, previendo y aplicando medidas correctivas y sanciones cuando se infrinja esta normativa.

En nuestro país, como hemos visto, se optó por regular el tema del trabajo en régimen de subcontratación a través de la legislación (Ley N° 20.123, además de otras leyes, decretos supremos y reglamentos que dicen relación con ella), lo que conlleva a que también se aplique en decisiones judiciales, y en las ordenanzas y dictámenes de la Dirección del Trabajo. A su vez, nada obsta a que pudiese aplicarse en laudos arbitrales y convenios colectivos. En cuanto a los temas de la fiscalización y sanciones en caso de contravención a las normas de subcontratación, estos ya fueron estudiados en el segundo capítulo de este trabajo al analizar los distintos artículos de la Ley N° 20.123 (a modo de ejemplo, recuérdese lo dispuesto en el artículo 183-A, inciso final).

#### **3.2.3.2.3. Conceptos de trabajo en régimen de subcontratación, subcontratista e intermediario**

El artículo primero del proyecto de convenio define lo que deberá entenderse como trabajo en régimen de subcontratación, subcontratista e intermediario.

Con respecto al concepto de trabajo en régimen de subcontratación que maneja la O.I.T. en el artículo 1º, letra a), del proyecto de convenio, éste ya fue revisado y criticado al momento de señalar los aportes de la 86ª Conferencia

Internacional del Trabajo, en las conclusiones de ésta. Sin perjuicio de aquello, agreguemos que en nuestro país existe una diferenciación clara entre las figuras de trabajo en régimen de subcontratación (“subcontratación de la producción de bienes y servicios”, “subcontratación propiamente tal” o “subcontratación en sentido estricto”); y de las empresas de servicios transitorios (“subcontratación de trabajo”, “subcontratación en sentido amplio” o “suministro de personal”), en comparación a lo que ocurre en la O.I.T. Así se desprende del análisis hecho en el segundo capítulo de nuestra investigación, y no sólo por el hecho de que con la nueva Ley N° 20.123 se regulen dichas figuras, sino que también hay que tomar en consideración la rica producción doctrinaria y jurisprudencial, tanto administrativa como judicial, que existe en Chile desde hace varios años sobre el tema.

En cuanto al concepto de subcontratista que da el proyecto: “una persona física o jurídica que se compromete a asegurar la realización de un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta”<sup>450</sup>; diremos que se asemeja más al concepto de contratista de nuestra legislación, señalado en el artículo 3, letra d), del Reglamento N° 319<sup>451</sup>. Según una de las críticas que hicimos del concepto de trabajo en régimen de subcontratación, esto se debe al cuestionamiento que se le hace de hablar de subcontratación sin hacer referencia alguna a que se trata de una relación que deriva de otra, es decir, no alude a la existencia de un contrato base del cual derive un subcontrato.

---

<sup>450</sup> Artículo 1º, letra b). Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

<sup>451</sup> “Contratista: la persona natural o jurídica que, en virtud de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una empresa principal”. MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Reglamento N° 319. Op. Cit.

En lo que respecta al concepto de intermediario: “una persona física o jurídica que pone a disposición de una empresa usuaria trabajadores en régimen de subcontratación, sin adquirir formalmente la calidad de empleador de esos trabajadores”<sup>452</sup>; apuntaremos que se asemeja al concepto de agencia de empleo privada, en el sentido del párrafo 1 a), del artículo 1º, del Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Lo que lleva a una contradicción con lo dispuesto en el párrafo 1, del artículo 2, del proyecto de convenio, dónde, como vimos, se excluye la aplicación de éste a los trabajadores puestos a disposición de empresas usuarias por agencias de empleo privadas, para realizar trabajo en régimen de subcontratación. Esto no es más que otro de los problemas que surgen de la confusión conceptual de la O.I.T. en esta materia.

Por último, señalemos que en el texto del addendum del informe V (2 B), se suprime parte del concepto de trabajo en régimen de subcontratación (los puntos i) y ii), del artículo 1º), letra a), y los conceptos de subcontratista e intermediario, y se agrega al concepto del artículo 1º, la frase “siempre que el trabajador en régimen de subcontratación no sea empleado de la empresa usuaria”<sup>453</sup>. Esto busca aminorar las dificultades conceptuales y lingüísticas del tema. Como complemento funcional al nuevo concepto que da el addendum, se inserta un artículo cuarto nuevo, que establece: “1. En conformidad con la legislación y la práctica nacionales, deberán establecerse procedimientos que permitan determinar la existencia de una relación laboral.  
2. Tales procedimientos deberán ser accesibles, expeditivos y basados en criterios objetivos”<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> Artículo 1º, letra c). Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

<sup>453</sup> Artículo 1º, letra a). Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B) Addendum. Op. Cit.

<sup>454</sup> Op. Cit.



#### **3.2.3.2.4. Cláusula de la disposición más favorable**

El artículo 9 indica: “Las disposiciones del presente Convenio no menoscabarán las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores en régimen de subcontratación en virtud de otros convenios internacionales del trabajo”<sup>455</sup>.

Como dijimos al analizar el Convenio N° 181, sobre agencias de empleo privadas, que contiene una norma similar, esto responde a un principio de antigua data en el derecho, el de preferir entre dos normas que versen sobre el mismo asunto, la que sea más favorable, en este caso, para el trabajador.

#### **3.2.3.2.5. Derechos y libertades**

Al igual que lo dicho al estudiar la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo, lo que dice relación con los derechos y libertades, en este caso de trabajadores sometidos a régimen de trabajo en subcontratación, serán estudiados en un acápite especial dentro de este capítulo.

Sin perjuicio de ello, señalemos los derechos y libertades de los trabajadores en régimen de subcontratación que se protegen: a) artículo 3,

---

<sup>455</sup> Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

prevención de accidentes y daños a la salud de los trabajadores; b) artículo 4, garantiza el pago de remuneraciones, cotizaciones de seguridad social, así como la identificación clara de quién asume la responsabilidad por estas obligaciones económicas, también garantiza el pago de indemnizaciones en caso de accidentes o enfermedades profesionales; c) artículo 5, fomenta la igualdad de trato para todos los trabajadores que se desempeñen en trabajos similares y en condiciones análogas; d) artículo 6, garantiza el derecho de sindicación y el derecho de negociación colectiva, la no discriminación en el empleo, el respeto a la edad mínima, el tiempo de trabajo y otras condiciones laborales, la protección de la maternidad, la seguridad y salud en el trabajo, la remuneración, y el régimen legal de seguridad social; y e) artículo 7, impone a los Estados Miembros el deber de tomar las medidas necesarias para evitar que se eludan las obligaciones ni se denieguen los derechos previstos en la legislación laboral y de seguridad social.

Por último, señalemos que el texto del addendum del informe V (2 B), suprimió varios de estos artículos y los reemplazó por un artículo 5 nuevo, que promueve la protección de menos derechos y libertades de los antes indicados. Entre los de mayor importancia que ya no figuran están: la igualdad de trato, el derecho de sindicación y la protección a la maternidad. Esto podría interpretarse como que con motivo de las presiones del grupo de los empleadores y de algunos gobiernos, se estaba proponiendo un texto más amigable para ellos, con el objetivo de poder acordar un instrumento internacional sobre la materia, pero a costa de una menor protección de los trabajadores sometidos a régimen de subcontratación, sobre todo en los puntos más conflictivos para los empleadores y más garantistas para los trabajadores.

### **3.2.3.3. Proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación**

Acá hacemos la misma salvedad que señalamos al iniciar el análisis del proyecto de convenio, en cuanto a las confusiones conceptuales de la O.I.T. en torno al trabajo en régimen de subcontratación y al suministro de personal.

#### **3.2.3.3.1. Disposiciones generales**

Proyecto compuesto por 13 puntos que vienen a complementar el proyecto de convenio antes estudiado, deberían aplicarse conjuntamente las disposiciones de ambos instrumentos, así lo señala en su punto primero.

#### **3.2.3.3.2. Criterios para determinar si una relación es o no dependiente**

El punto segundo del proyecto de recomendación, señala una serie de criterios para determinar si se cumplen las condiciones de dependencia o subordinación a que alude el concepto de trabajo en régimen de subcontratación de la letra a), del artículo 1º, del proyecto de convenio. Estos criterios ya fueron señalados al momento de hacer las conclusiones de la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, cuando revisamos los aportes de la O.I.T. al tema de la subcontratación, por ende, nos remitimos a lo allí indicado.

#### **3.2.3.3.3. Protección de los trabajadores**

Al igual que lo hemos venido haciendo a lo largo de este capítulo, reiteraremos que los derechos y libertades de los trabajadores en régimen de subcontratación serán analizados más adelante. Pero ello no obsta a que mencionemos cuales de aquellos consagra o promueve el proyecto de recomendación:

a) En el punto tercero garantiza el derecho de los trabajadores a ser debidamente informados sobre las condiciones de su trabajo y sus remuneraciones.

b) El punto cuarto promueve la igualdad de trato para los trabajadores subcontratados en relación con los de la empresa usuaria, en tareas análogas y en condiciones similares.

c) El punto sexto prohíbe sustituir a los trabajadores en huelga de la empresa usuaria por trabajadores subcontratados. Esto lo contempla la Ley N° 20.123 en su artículo 183-P, letra b), pero para los trabajadores de empresas de servicio transitorio, en cuanto a los subcontratados debemos entender que se rigen por las normas generales del Código del Trabajo (artículo 381).

d) El punto séptimo garantiza a estos trabajadores que se nieguen a realizar trabajos peligrosos para su salud o su seguridad. En Chile no hay disposición expresa respecto a esto, pero sí una serie de normas que protegen a los trabajadores en este sentido.

e) El punto noveno garantiza una igual protección de los créditos adeudados a los trabajadores subcontratados, que para el resto de los trabajadores, en caso de insolvencia de la empresa usuaria.

f) Finalmente, señalemos que el punto 11 fomenta la negociación colectiva y la libertad sindical de los trabajadores subcontratados.

#### **3.2.3.3.4. Sistema de responsabilidades**

El proyecto de recomendación establece distintas responsabilidades y sanciones para los actores involucrados, dependiendo del caso de que se trate, en cuanto a la infracción de la normativa o incumplimiento de obligaciones, así lo establecen sus puntos 5 y 8.

En definitiva, mandata a la legislación y práctica nacional a establecer dichos aspectos, ya sea como responsabilidades directas, subsidiarias o solidarias.

Debido a las confusiones conceptuales de la O.I.T. no es muy práctico entrar en el detalle de dichos puntos, pero lo que sí podemos señalar es que la Ley N° 20.123, cumple con lo estipulado en el proyecto de recomendación, ya que establece todo un sistema de responsabilidades y sanciones en sus artículos 183-A a 183-E y en todas las otras normas a las que alude esta ley, en caso de infracción a la normativa o incumplimiento de obligaciones. También debemos señalar que debido a la misma confusión conceptual, mucho de lo dispuesto en el proyecto se refiere a casos de responsabilidades de empresas de servicios transitorios, pero para ellas la citada ley también establece un sistema de responsabilidades y sanciones. Todo lo anterior ya fue estudiado en el capítulo segundo de esta investigación.

#### **3.2.3.3.5. Obligación de inscripción o de autorización**

El punto décimo del proyecto propone que el recurso al trabajo en régimen de subcontratación podría quedar condicionado a una inscripción o autorización de la autoridad competente, y éstas últimas supeditadas a “la condición de que el subcontratista o el intermediario demuestren su viabilidad y su capacidad para cumplir sus obligaciones para con los trabajadores en régimen de subcontratación, o a que depositen una fianza por un monto suficiente para hacer frente a esas obligaciones”<sup>456</sup>.

En Chile, para el caso del trabajo en régimen de subcontratación, no hay necesidad de inscripción en registro público o autorización de autoridad competente, de hecho la Ley N° 20.123 no establece ninguno de estos requisitos. Pero la Dirección del Trabajo, a través de las respectivas Inspecciones del Trabajo, lleva un registro de contratista y subcontratistas para cumplir con el sistema de certificaciones que le encomienda la Ley N° 20.123, en su artículo 183-C.

Se acredita si los contratistas tienen o no reclamos pendientes por remuneraciones de su personal, la situación previsional de los trabajadores de la obra o faena y si la empresa tiene pendiente multas administrativas en la obra por la que se solicita certificación o de obras que esté ejecutando o haya ejecutado el contratista.

Sin embargo, en el caso de las personas que se desempeñen como intermediarias de trabajadores agrícolas (entre otros), deberán inscribirse en un registro especial que llevará la respectiva Inspección del Trabajo, así lo dispone el artículo 92 bis del Código del Trabajo.

---

<sup>456</sup> Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

Nuevamente a causa de la confusión conceptual de la O.I.T., se incluyen en el tema de la inscripción o autorización aspectos propios de las empresas de servicios transitorios, ante lo cual debemos recordar que la Ley N° 20.123 establece, en sus artículos 183-K y 183-J, la obligación para dichas empresas de inscribirse en un registro especial y público a cargo de la Dirección del Trabajo y la obligación de constituir una garantía permanente a nombre de esa misma institución.

Todas estas referencias a la legislación nacional ya fueron analizadas en el segundo capítulo de nuestro trabajo.

#### **3.2.3.3.6. Deberes de los Estados Miembros**

Entre los diversos deberes que se señalan, mencionemos los de los puntos 12 y 13, que dicen relación con “reunir, mantener actualizados y publicar datos estadísticos y otras informaciones acerca del trabajo en régimen de subcontratación”<sup>457</sup>; y con adoptar medidas para proteger a los trabajadores en régimen de subcontratación extranjeros, que se desempeñen en su territorio.

#### **3.2.4. La posición del Estado de Chile al tenor de estas conferencias**

Terminados los análisis de las Conferencias Internacionales del Trabajo que nos convocan y de sus aportes, señalemos ahora cuál o cuáles fueron la o las posiciones del Estado de Chile en ellas.

---

<sup>457</sup> Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

Hay que recordar que en esta época no existía en nuestro país legislación específica sobre el trabajo en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios, al modo en que hoy se da por la dictación de la Ley N° 20.123. Debemos remitirnos y tener en cuenta lo estudiado en el capítulo segundo al hablar del panorama nacional con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley.

Con respecto a la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo, las respuestas y observaciones enviadas por Chile no constan en las publicaciones de la O.I.T., pero a través del trabajo de González Astudillo, accedimos a un documento de la Dirección del Trabajo correspondiente a un oficio enviado al Ministerio del Trabajo, dónde se opina sobre las conclusiones propuestas por el informe VI (2) de dicha conferencia.

De esta forma y de acuerdo a la síntesis hecha por González Astudillo, podemos decir que, al año 1997, la posición de Chile respecto a la materia era la siguiente:

“1. Comentario global: En cuanto a la definición propuesta surge para la Dirección la interrogante de determinar cuál sería la naturaleza jurídica del vínculo que une al trabajador con el contratista, ya que la subordinación y la dependencia tienden a darse con mayor nitidez en la empresa usuaria, por lo que, en definitiva sería ésta la empleadora. Se estima que se trataría de una relación más cercana al área civil.

Se comparte lo referente al alcance y contenido del Convenio, proponiendo una mayor atención a lo referente a la responsabilidad frente a las obligaciones laborales y previsionales a las que tienen derecho el trabajador subcontratado, postulando una responsabilidad solidaria y múltiple entre la empresa contratista y la usuaria.



2. Comentarios específicos: El término “subcontratación” se utiliza en Chile para referirse a condiciones de empleo muy diversas, imprecisión conceptual que conduce a confusiones.

La OIT introduce una distinción básica que puede servir para delimitar la extensión del fenómeno en el país<sup>458</sup>. Aquí se está refiriendo a la distinción entre subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios y la subcontratación de trabajo, en el mismo sentido que vimos al hablar del panorama nacional con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123, en el capítulo segundo de esta obra.

Luego, en lo que respecta a recinto de trabajo, condiciones materiales de trabajo y materias de seguridad e higiene, señala que “la persona que controla un lugar de trabajo debe garantizar la existencia permanente en el mismo de aparatos cuya utilización no entrañe para la persona que allí trabaje, sin ser su asalariado directo, la exposición a riesgos de contraer enfermedades o de sufrir accidentes. Quien controla el lugar de trabajo debe garantizar también que la utilización de todos los demás aparatos que allí se encuentren, no entrañarán ningún riesgo de esa naturaleza<sup>459</sup>”.

Por último, recordemos que Chile no ha ratificado el Convenio N° 181, sobre agencias de empleo privadas, pero lo tuvo en cuenta, así como la Recomendación N° 188, al momento de la elaboración de la Ley N° 20.123.

En cuanto a la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo, basándonos en el Informe de la Comisión del Trabajo en Subcontratación, podemos decir que, al año 1998, la posición del Estado de Chile era:

---

<sup>458</sup> GONZÁLEZ ASTUDILLO, Nadia. Op. Cit. p. 51

<sup>459</sup> Op. Cit. p. 54

a) “La miembro gubernamental de Chile señaló que la Comisión continuaba enfrentando grandes dificultades para tratar el tema. La oradora recordó a la Comisión que el trabajo en régimen de subcontratación no abarcaba la totalidad de las relaciones ajenas al ámbito clásico de las relaciones de trabajo. A juicio de su Gobierno era importante que todo instrumento propuesto por la Comisión excluya a los trabajadores ya protegidos por convenios en vigor. A este respecto la oradora mencionó el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181) aplicable a los trabajadores suministrados por intermediarios. Declaró que el propósito de la Comisión debía ser elaborar un convenio ratificable. A juicio de su Gobierno la subcontratación de bienes y servicios era diferente de la subcontratación de personas. La oradora sugirió a la Comisión discutir la clase de protección que debía acordarse a los trabajadores de una relación triangular<sup>460</sup>. Con respecto a los casos de subcontratación de bienes y servicios a una empresa usuaria, la oradora planteó la cuestión de cómo proteger a los trabajadores interesados, haciendo notar que en su país el concepto de «responsabilidad subsidiaria» permitía solucionar los problemas relativos a la protección”<sup>461</sup>.

b) “La miembro gubernamental de Chile señaló que, en primer lugar, en países como el suyo no se hace referencia a un contrato de trabajo, sino a una relación laboral, que se basa en la dependencia y subordinación. Donde hay una relación laboral, se considera que existe un contrato de trabajo, independientemente de los arreglos formales. En segundo lugar, indicó que se precisaba aclarar los conceptos de dependencia y subordinación; en particular, manifestó preocupación respecto de situaciones de semidependencia y semisubordinación, y preguntó cómo tales conceptos podrían ser incluidos en el

---

<sup>460</sup> “La miembro gubernamental de Chile había sugerido que el trabajo en régimen de subcontratación siempre implicaba relaciones triangulares”. Punto 96 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

<sup>461</sup> Punto 38 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

instrumento. Enfatizó que una norma internacional sobre esta materia debería ser de carácter general y suficientemente flexible para poder reflejar las diversas situaciones nacionales”<sup>462</sup>.

c) Chile, entre otros países, estuvo en un primer momento por suprimir el concepto de subcontratación por ser no claro y superficial y, por lo tanto, inadecuado para proteger a los trabajadores subcontratados, ya que se debía garantizarles “la igualdad de trato y no a través de la precarización o de la disminución de sus derechos”<sup>463</sup>, y que en dichas condiciones era difícil alcanzar un consenso. La miembro gubernamental “reconociendo que el tema es de vital importancia para millones de trabajadores en todo el mundo, indicó que se precisaba de una discusión general más larga para determinar el ámbito de aplicación, formular una estructura sistemática y determinar qué tipo de instrumento era más adecuado adoptar”<sup>464</sup>. Luego, al avanzar las discusiones, estuvo por mantener dicho concepto ya que estimaba que se habían aclarado varias dudas, en especial, “que el instrumento propuesto intentaba ayudar a la protección de los trabajadores”<sup>465</sup>.

d) La miembro gubernamental de Chile confirmó que en nuestro país la regulación de la subcontratación “tenía como propósito distribuir las responsabilidades entre las dos empresas y asegurar garantías plenas al trabajador”<sup>466</sup>.

e) La miembro gubernamental de Chile señaló que una de las principales preocupaciones “era la necesidad de determinar quién es el empleador a efectos de fijar la responsabilidad. Explicó que en su país, como en otros,

---

<sup>462</sup> Punto 56 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

<sup>463</sup> Punto 73 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

<sup>464</sup> Punto 66 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

<sup>465</sup> Punto 103 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

<sup>466</sup> Punto 84 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

cualquier trabajador que trabajara en condiciones de subordinación y dependencia era tratado como trabajador por cuenta ajena. La oradora recordó que la Secretaría había asegurado a la Comisión que los países que ofrecían niveles de protección superiores a los establecidos en el convenio, podían sin embargo, ratificar el instrumento. Pese a ello, su Gobierno estimaba que si un convenio establecía un menor nivel de protección se incitaría la desregulación y también la creación de una tercera categoría de trabajadores, con una protección mínima. En cuanto a las relaciones fraudulentas, señaló que ante la vulneración de los derechos vigentes es responsabilidad del Estado garantizar la aplicación de la ley. Esto último tenía especial importancia en su país, donde el 90 por ciento de la fuerza del trabajo sólo tenía la ley como respaldo”<sup>467</sup>.

f) España propuso reemplazar las palabras “trabajo en régimen de subcontratación” y “trabajador en régimen de subcontratación” por las palabras “la persona que trabaja”. “La miembro gubernamental de Chile apoyó la enmienda por estimar que evitaría la situación de los trabajadores cuya situación no era reconocida pese a la existencia de una relación de trabajo. Para su Gobierno el resultado de la enmienda, debería ser que todo trabajador en una situación de subordinación o dependencia con respecto al trabajo que realiza para otra persona sea legalmente protegido. En consecuencia, el ámbito de aplicación del derecho del trabajo podría resultar ampliada en algunos países mientras que en otros no sería necesario tomar medida alguna. La oradora indicó que los criterios establecidos en el proyecto de recomendación eran suficientemente detallados como para que la mayoría de los países puedan definir el alcance de la relación de trabajo. Su Gobierno creía que no correspondía a un instrumento de esta índole tratar la cuestión del empleo

---

<sup>467</sup> Punto 87 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

fraudulento, que correspondía a la ley nacional, y por lo tanto debía dejarse a cargo de los gobiernos la responsabilidad de su solución”<sup>468</sup>.

g) La miembro gubernamental de Perú “afirmó que cuando se trataba de dos empresas, el trabajador debía tener la posibilidad de reclamar algunos derechos a la empresa usuaria, aun cuando mantuviese una relación de trabajo con otra empresa. La miembro gubernamental de Chile estuvo de acuerdo con lo expresado por la miembro gubernamental de Perú y añadió que si bien el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181) protegía a los trabajadores puestos a disposición por dichas agencias, aún quedaban muchas otras relaciones triangulares fuera del ámbito del Convenio antedicho<sup>469</sup>”. La oradora indicó que un trabajador que llenaba todos los requisitos para ser protegido en virtud del instrumento, no debía denegársele protección en base a que mantenía un contrato de trabajo con otra empresa.

h) “El Vicepresidente trabajador se refirió al artículo 12 del Convenio núm. 181, como ejemplo de que se aceptaba la necesidad de atribuir responsabilidades en una relación triangular. Señaló que, de acuerdo a la disposición citada, los Estados Miembros debían determinar y atribuir las responsabilidades en relación a las siguientes cuestiones: la negociación colectiva, el salario mínimo, el tiempo de trabajo y las demás condiciones de trabajo, las prestaciones de seguridad social obligatorias, el acceso a la formación, la protección en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo, la indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la indemnización en el caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales; la protección y las prestaciones de maternidad y parentales”<sup>470</sup>. Chile estuvo por esta posición.

---

<sup>468</sup> Punto 134 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

<sup>469</sup> Punto 163 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

<sup>470</sup> Punto 167 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

i) Finalmente, señalemos que Chile actuó de manera protagónica en la adopción de la Resolución relativa a la posible adopción de instrumentos internacionales para la protección de los trabajadores en las situaciones identificadas por la Comisión del Trabajo en Subcontratación, presentando junto a otros países el proyecto de dicha resolución. Veamos lo que se señaló al respecto:

“La miembro gubernamental de Chile, hablando también en nombre de los miembros gubernamentales de Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú y Uruguay, señaló que desde sus primeras intervenciones, muchos países latinoamericanos habían planteado sus inquietudes por la falta de claridad conceptual y las malas interpretaciones que comenzaban a surgir. También habían expresado sus temores de que se crease una tercera categoría de trabajadores como parte de las nuevas medidas de presión para desreglamentar excesivamente el mercado de trabajo. La oradora comentó que el Grupo en cuyo nombre intervenía también lamentaba, como los miembros trabajadores y el miembro gubernamental de Venezuela, que la Comisión no hubiese podido adoptar un instrumento. Sin embargo, al no hacerlo, la Comisión tal vez había elegido el mal menor. Destacó que era importante que la función normativa de la OIT continuara siendo digna de crédito y que tal objetivo sólo podría lograrse si se adoptaban instrumentos claros y globales que puedan ratificar la mayoría de países. Afirmó que el trabajo de la Comisión había sido fructífero y que se habían aclarado varios asuntos, añadiendo su elogio a los esfuerzos de la Comisión para tratar de comprender las inquietudes expresadas por los países de expresión española. La oradora concluyó destacando la importancia de proteger a los trabajadores habida cuenta de las nuevas formas

de organización comercial y del importante papel que tocaba a la OIT en este contexto para avanzar tratando estas cuestiones en forma adecuada<sup>471</sup>.

De todo lo dicho anteriormente, podemos concluir que Chile estuvo por la adopción de normas internacionales respecto al trabajo en régimen de subcontratación, pero debido a las complejidades y problemas ya descritos, optó por una resolución que mantiene en carpeta el tema de la subcontratación en la O.I.T., esperando que en una futura conferencia el tema se decante y se logre llegar a la adopción de normas internacionales que regulen eficazmente dicha figura y protejan de la mejor forma los derechos y libertades de los trabajadores.

Por último, con respecto a las disposiciones de la Ley N° 20.123, que se refieren al trabajo en régimen de subcontratación, contrastadas con la posición del Estado de Chile en esta conferencia, podemos decir que se mantuvo una línea similar en el sentido de reconocer una relación triangular entre empresa principal, contratista (o subcontratista) y trabajador; se establecieron una serie de responsabilidades para los distintos actores involucrados, las cuales persiguen proteger los derechos y libertades de los trabajadores sometidos a este régimen; y se mantuvo una clara diferenciación entre subcontratación de bienes y servicios y la subcontratación de personas o de trabajo (empresas de servicios transitorios).

### **3.2.5. Mención especial de la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo y de la Recomendación N° 198, sobre la relación de trabajo**

Hemos considerado conveniente hacer una breve mención a la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada el año 2006, en atención a que

---

<sup>471</sup> Punto 201 del informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Op. Cit.

en ella se discutió el tema de la relación de trabajo y de cómo evitar su encubrimiento a través de algún subterfugio, en especial, a través de terceros. Se logró adoptar la Recomendación N° 198, sobre la relación de trabajo.

Esta temática, como vimos al analizar las 85ª y 86ª Conferencias Internacionales del Trabajo, estuvo muy presente en las discusiones que tuvieron lugar en el seno de la O.I.T., debido a que las figuras de trabajo en régimen de subcontratación y agencias de empleo privadas (empresas de servicios transitorios) pueden prestarse para encubrir relaciones de trabajo. Es más, fue uno de los pocos aspectos en que hubo acuerdos en cuanto a su necesaria regulación. Tanto los gobiernos como el grupo de los trabajadores y el grupo de los empleadores, coincidieron en expresar su oposición a las relaciones de trabajo encubiertas y a los arreglos fraudulentos o ilegales<sup>472</sup>. La mayoría de los miembros de la O.I.T. estuvieron abiertos a regular y adoptar algún tipo de recomendación sobre este tema, en cambio Chile pensaba que no correspondía a un instrumento de esta índole tratar la cuestión del empleo fraudulento, ya que correspondía a la ley nacional y, por lo tanto, debía dejarse a cargo de los gobiernos la responsabilidad de su solución.

Si bien tuvieron que pasar más de ocho años para ver un acuerdo en la materia, lo cual no hace más que confirmar lo complejo y problemático que son estos temas, podemos señalar como aspectos fundamentales de la Recomendación N° 198, los siguientes<sup>473</sup>:

---

<sup>472</sup> “(...) la idea es que las empresas no disfracen, no oculten una relación laboral, bajo la forma de una relación de un trabajo autónomo o independiente”. HALPERN MONTECINOS, Cecily. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Op. Cit. p. 24

<sup>473</sup> Para quien desee ahondar en el tema de la relación de trabajo y en lo ocurrido en la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo, puede consultar los siguientes documentos: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 A). La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión, Ginebra, 2006. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión, Ginebra, 2006. [en línea]. Organización



a) En su preámbulo nos señala que:

i) La función de la legislación laboral es ofrecer una protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado, tratando de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, y que dicha legislación y su interpretación deben estar de acuerdo con los principios establecidos en la Declaración de la O.I.T. relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, y al Programa de Trabajo Decente.

ii) Existen dificultades al “determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación”<sup>474</sup> y que “hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho”<sup>475</sup>.

iii) Toma en cuenta que “la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional”<sup>476</sup> y que “en el marco de la prestación de servicios

---

Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]; y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la comisión de la relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión, Ginebra, 2006. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

<sup>474</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 198, sobre la relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión, Ginebra, 2006. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

<sup>475</sup> Op. Cit.

<sup>476</sup> Op. Cit.

transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador”<sup>477</sup>.

iv) Advierte sobre que “las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general”, proponiendo como solución que “la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales”<sup>478</sup>.

b) En su Título I dispone una “Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo”, la cual debe traducirse a través de la legislación o práctica nacional, tratando de consultar a las organizaciones de trabajadores y empleadores más representativas, y debe estar acorde con las normas internacionales pertinentes. Entre las medidas que propone para esta política destacan:

i) “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que oculten la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”<sup>479</sup>.

---

<sup>477</sup> Op. Cit.

<sup>478</sup> Op. Cit.

<sup>479</sup> Punto 4, letra b). Op. Cit.

ii) “adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho”<sup>480</sup>.

iii) “asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén”<sup>481</sup>.

iv) “velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades”<sup>482</sup>. Hace bastante hincapié en la igualdad de género y en lo relativo al movimiento transnacional de trabajadores.

v) Por último, hace la salvedad de que: “La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho”<sup>483</sup>.

c) Su Título II trata sobre la “Determinación de la existencia de una relación de trabajo”. Entre sus disposiciones destacan:

---

<sup>480</sup> Punto 4, letra c). Op. Cit.

<sup>481</sup> Punto 4, letra d). Op. Cit.

<sup>482</sup> Punto 5. Op. Cit.

<sup>483</sup> Punto 8. Op. Cit.

i) Se señala que “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenido por las partes”<sup>484</sup>.

ii) Se insta a los Estados Miembros a adoptar medidas, métodos, medios, presunciones, definiciones, determinaciones o indicios que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre los indicios que propone, podemos destacar: “a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”<sup>485</sup>.

---

<sup>484</sup> Punto 9. Op. Cit.

<sup>485</sup> Punto 13. Op. Cit.

iii) Los Estados Miembros deberían “establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas”<sup>486</sup> y “promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional”<sup>487</sup>.

d) En su Título III establece disposiciones para el seguimiento y aplicación de esta recomendación.

e) Su párrafo final estipula que: “La presente Recomendación no supone una revisión de la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), ni puede revisar el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181)”<sup>488</sup>.

El texto completo de esta recomendación puede encontrarse en los anexos de este trabajo.

A modo de comentario final diremos que si bien esta recomendación trata sobre la relación trabajo, viene a ser un gran aporte para llenar el vacío existente en materia de trabajo en régimen de subcontratación, y un complemento para las áreas no cubiertas por las normas de la O.I.T., en lo que respecta a las agencias de empleo privadas.

Esta recomendación debería tenerse presente al momento de la aplicación de las normas de la Ley N° 20.123, ya que si comparamos las disposiciones de la recomendación con dicha ley, nos daremos cuenta que nuestra legislación está en sintonía con aquellas. No nos detendremos en hacer

---

<sup>486</sup> Punto 17. Op. Cit.

<sup>487</sup> Punto 18. Op. Cit.

<sup>488</sup> Punto 23. Op. Cit.

comparaciones específicas entre ellas, ya que extenderían demasiado nuestro trabajo, pero teniendo presente el análisis hecho de la Ley N° 20.123 en el capítulo segundo de nuestra investigación, será fácil advertir lo que hemos sostenido.

### **3.3. Consagración de derechos y libertades en el Derecho Internacional, relativos a trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios**

Tomando en consideración lo analizado en los puntos anteriores de este capítulo, podemos decir que los derechos y libertades que se consagran en el Derecho Internacional (fundamentalmente en las normas, principios y directrices de la O.I.T.), relativos a trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios, son los siguientes:

- a) Sindicación
- b) Negociación colectiva
- c) Igualdad de trato y no discriminación
- d) Equiparación salarial
- e) Salario mínimo
- f) Duración y distribución de la jornada laboral
- g) Prestaciones de seguridad social
- h) Tratamiento de los datos personales
- i) Acceso a la formación
- j) Seguridad y salud en el trabajo
- k) Indemnización en caso de accidente en el trabajo o enfermedad profesional
- l) Indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales

- m) Protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales
- n) No cobro de las empresas por su intermediación
- o) Prohibición del trabajo infantil
- p) Procedimientos de reclamos
- q) Readaptación profesional y empleo de personas inválidas

Todos estos derechos y libertades serán estudiados a continuación para contrastarlos con la legislación chilena y determinar si ésta se condice o no con lo dispuesto en el Derecho Internacional en esta materia.

### **3.4. Análisis pormenorizado de derechos y libertades consagrados por el Derecho Internacional, aplicables a trabajadores en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios, a la luz de la Ley Nº 20.123**

#### **3.4.1. Consideraciones previas**

Este acápite no pretende agotar la discusión respecto a los derechos que amparan a trabajadores sujetos a trabajo en régimen de subcontratación o que laboren en empresas de servicios transitorios, sino más bien contribuir a la misma. En este sentido, si bien la bibliografía a nivel de la legislación nacional es generosa a la hora de otorgarnos una visión general o de sistema aplicable a estos trabajadores, no lo es tanto a la hora de abordar específicamente los derechos y garantías que les son aplicables a los mismos, centrándose más en las características, el funcionamiento y las reglas que disciplinan las figuras del trabajo en régimen de subcontratación y de empresas de servicios transitorios, antes que en los derechos y libertades en juego.

A primera vista, pareciera lógico que algunos derechos y libertades deban adaptarse a estas nuevas formas de empleo, pero también pareciera lógico que esta adaptación no debe implicar una merma de los mismos, tanto en su consagración como en la posibilidad de su ejercicio.

Nos ha parecido importante y necesario realizar una revisión de derechos y libertades, enfocada en cómo el proceso flexibilizador chileno ha mudado el catálogo de derechos que amparan a trabajadores subcontratados y de empresas de servicios transitorios, haciendo nacer nuevos derechos y reconfigurando otros, si es que esto ha sucedido y, en definitiva, en cómo estos trabajadores afrontan las normas que ahora los rigen.

No debemos olvidar que este proceso ha cristalizado en una ley y que ésta se inserta en el Código del Trabajo. Decimos esto porque se puede caer en el error de considerar que los trabajadores subcontratados y de empresas de servicios transitorios poseen un estatuto propio y exhaustivo, que prevé todas las situaciones jurídico-laborales que pudieran afectarles, en circunstancias que esto no es así. La técnica legislativa que se ha aplicado no tiene dos lecturas: la Ley N° 20.123 se inserta en nuestro Código del Trabajo, agregando un Título



VII a su Libro Primero, en el que se regulan una serie de materias que ya han sido tratadas con anterioridad, por lo que todo aquello que no haya sido específicamente resuelto por dicha ley, queda bajo el imperio del Código del Trabajo, ni siquiera en forma supletoria, sino que directa, porque la propia ley forma parte del mismo.

Ahora bien, podría pensarse que la solución a este problema es sencilla: la ley determinará el ejercicio de algunos derechos específicos y en todo lo que guarde silencio, los trabajadores se regirán por las reglas generales. Este argumento, amén de ser persuasivo, no es del todo exacto, puesto que como hemos señalado, estas nuevas formas de empleo, ya reconocidas por el mundo legislativo, exigen una adaptación de éste hacia aquellas, no con el objeto de suprimir derechos, sino precisamente lo contrario: cómo lograr que estos trabajadores no se vean perjudicados respecto de sus pares, puesto que el paradigma rector de nuestro Código del Trabajo, el de protección al trabajador, aún se mantiene vigente, tanto en la norma como en nuestra doctrina.

En este sentido, tampoco podemos perder de vista el norte que nos ofrece la O.I.T.: como ya hemos revisado, a través de convenios, recomendaciones y demás documentos, la O.I.T. constituye, en primer lugar, una fuente normativa a este respecto, pero además, un parámetro que debemos tener en cuenta a la hora de determinar la suficiencia en la garantía de un derecho o libertad.

La adaptación de la norma pasa no sólo por lo que ella dice, sino también por lo que omite, y en este sentido, el no reconocimiento de nuevas situaciones de hecho que ameritan prever nuevas formas de vulnerabilidad laboral, implica una mala adaptación normativa, que las fórmulas clásicas no podrán resolver del todo bien. En el fondo, una adaptación incorrecta acarrearía precisamente lo

que no se desea: trabajadores de primera y de segunda clase o, en el lenguaje ocupado por la O.I.T., la creación de una tercera categoría de trabajadores.

En algunos casos, la adaptación exigirá una redefinición del derecho mismo, en otros, simplemente el contemplar mecanismos eficientes para resguardarlo, y en otros, quizás no sea necesaria modificación alguna. Ese es el objeto de este acápite, que se estructura revisando en forma individualizada un listado de derechos, que si bien no pretende ser taxativo, sí pretende ser exhaustivo y lo más completo posible, para poder dimensionar los alcances de la reforma legislativa a la luz del derecho laboral nacional en general y del derecho internacional del trabajo.

Como punto de partida de este análisis nos puede servir lo dicho, ya en el año 1999, por Óscar Ermida Uriarte, quien nos señalaba que tomando en cuenta la legislación europea y latinoamericana, así como su doctrina y jurisprudencia, además del Convenio N° 181 y la Recomendación N° 188 de la O.I.T., en lo que respecta a las empresas de servicios transitorios, cualquier reglamentación de dicha materia debería contener los siguientes elementos u objetivos:

1.- “El primer y principalísimo elemento (...), es la temporalidad, transitoriedad, ocasionalidad o interinidad del trabajo objeto de estas relaciones triangulares. Cualquier legislación que aborde esta cuestión debería limitar las colocaciones o suministros efectuados por las ETT a situaciones de trabajo objetivamente temporales o transitorias (...). Debe evitarse que se recurra a este mecanismo para sustituir trabajo normal: la verdadera ventaja del recurso a las ETT no está en el costo laboral, sino en la posibilidad de cubrir rápida y

eficazmente necesidades aleatorias, imprevistas, extraordinarias y ajenas al giro normal de la empresa (Ameglio)”<sup>489</sup>.

2.- “Un segundo objetivo de la regulación debe ser el de garantizar a los trabajadores temporales, una adecuada protección en materias básicas, tales como libertad sindical, negociación colectiva, salarios mínimos, tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo, seguridad social, formación profesional, seguridad y salud en el trabajo, entre otras, de conformidad con los arts. 4 y 11 del Convenio 181 de la OIT”<sup>490</sup>.

3.- “En tercer lugar, la reglamentación debería regular el tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las ETT (art. 6 del Convenio) y proscribir los cobros al trabajador (art. 7)”<sup>491</sup>.

4.- “En cuarto término, las normas deberían prohibir el suministro de trabajadores temporales para reemplazar a trabajadores en huelga (art. II.6 de la Recomendación N° 188)”<sup>492</sup>.

5.- “En quinto lugar, debería prohibir que se impida la incorporación permanente del trabajador temporal a la empresa usuaria (art. III.5 de la Recomendación), y en lo posible, promover tal posibilidad”<sup>493</sup>.

6.- “En sexto término, esta legislación –que debería dictarse previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores-, tendría que determinar el régimen jurídico de las ETT y las condiciones para su actuación, mediante un sistema de licencias o

---

<sup>489</sup> VERGARA, Mónica. Op. Cit. p. 12-13

<sup>490</sup> Op. Cit. p. 13

<sup>491</sup> *Ibíd.*

<sup>492</sup> *Ibíd.*

<sup>493</sup> *Ibíd.*

habilitaciones (art. 3 del Convenio), así como determinar y atribuir la responsabilidades respectivas de las ETT y de las empresas usuarias (art. 12)<sup>494</sup>.

De acuerdo a lo anterior y en contraste con lo visto en el capítulo segundo de esta investigación, cuando se analizó la Ley N° 20.123, podríamos decir que en Chile se cumple, en general, con lo dispuesto en el Convenio N° 181 y Recomendación N° 188 de la O.I.T., así como con los proyectos de convenio y recomendación sobre trabajo en régimen de subcontratación.

Pero, como dijimos, para un análisis más exhaustivo de esto, y desde la perspectiva de los derechos y libertades de los trabajadores en juego, que es lo que en definitiva más importa, los próximos puntos de este apartado nos ayudarán a dilucidar más detalladamente lo que ocurre en nuestra legislación.

Por último, señalaremos que cada derecho y libertad será tratado conjuntamente, independiente de si se trata de trabajadores en régimen de subcontratación o de empresas de servicios transitorios, salvo cuando la situación amerite hacer dicha distinción.

### **3.4.2. Derechos y Libertades**

#### **3.4.2.1. Sindicación**

Reconocido por nuestra Constitución en el numeral 19 de su artículo homógrafo, el derecho a sindicarse está consagrado ampliamente a nivel internacional, tanto en los Convenios N° 87 y N° 98 de la O.I.T., como en la propia Constitución de este organismo.

---

<sup>494</sup> Op. Cit. p. 13-14

Es la ley la que regula en forma específica el ejercicio de este derecho, así como las plataformas en que él se desenvuelve. En nuestro caso, es el Libro III del Código del Trabajo el que se encarga de regular orgánicamente la materia, sin perjuicio de la existencia de normas dispersas en su articulado, que vienen en complementar, relacionar o fijar consecuencias específicas que dicen relación con la misma<sup>495</sup>.

Ahora bien, creemos que en el estudio que nos convoca, debemos separar lo que son trabajadores en régimen de subcontratación de los que laboran en empresas de servicios transitorios, puesto que el ejercicio del mismo es disímil en ambos casos, sin perjuicio de que la Ley N° 20.123 no haya referido norma alguna para ninguno de los dos casos.

a) Sindicación y trabajadores subcontratados:

Respecto a los trabajadores subcontratados, el silencio de la ley nos remite al articulado y regulación generales del Código del Trabajo. En este sentido, cumpliendo los quórum y demás requisitos que exige la ley, no hay obstáculo para que los trabajadores de una empresa contratista o subcontratista formen un sindicato o se afilien a uno ya existente en ellas.

La ley, sin decir nada al respecto, viene en despejar una serie de dudas respecto a la posibilidad de sindicación de los trabajadores subcontratados, puesto que reconocidos orgánicamente, tanto trabajadores como empleadores quedan claramente determinados, por lo que, cualquier intento de interpretación

---

<sup>495</sup> Así, a modo de ejemplo: Artículo 6, en relación con la definición de contrato colectivo del trabajo; Artículo 49, en relación al derecho de los sindicatos a solicitar certificaciones respecto del pago de gratificaciones; Artículo 58, en relación con las deducciones por parte del empleador a las remuneraciones por cuotas sindicales, etc.; en: CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

en el sentido de admitir la posibilidad de afiliación a un sindicato de la empresa principal o mandante de un trabajador subcontratado, ha quedado desahuciado por el nuevo orden de cosas<sup>496</sup>.

Sin embargo, el silencio de la ley también provoca otro efecto comentado anteriormente, y es que el corte individualista de la reforma se ve reflejado en esta materia, en atención al progresivo debilitamiento de la fuerza sindical. En efecto, el poder de un sindicato de una empresa contratista o subcontratista será evidentemente menor que en el caso de uno que aglutinara a un conjunto amplio de trabajadores de empresas contratistas, subcontratistas y principales o mandantes<sup>497</sup>.

En lo que respecta a los instrumentos internacionales que hemos venido estudiando, al analizar las Conferencias Internacionales del Trabajo que nos atañen, podemos decir que el proyecto de convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en su artículo 6, dispone que los Estados Miembros deben adoptar medidas que garanticen una igual protección para los trabajadores subcontratados con respecto al resto de los trabajadores en cuanto al derecho de sindicación. Por su parte, el proyecto de recomendación sobre el mismo tema, estipula en su punto 11 que deben “identificarse y suprimirse los obstáculos al ejercicio del derecho de los trabajadores en régimen de subcontratación a afiliarse a las organizaciones de trabajadores que estimen convenientes y a participar en las actividades de dichas organizaciones”<sup>498</sup>.

---

<sup>496</sup> Además, recordemos que en Chile: “Un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato, simultáneamente, en función de un mismo empleo”. Artículo 214, inciso 4. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>497</sup> Si bien nuestra legislación contempla la posibilidad de formar sindicatos interempresas, el quórum para formarlo es mayor (25 trabajadores). Artículo 216, letra b) y artículo 228, respectivamente. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>498</sup> Punto 11, N° 2. Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

De lo anterior, podemos observar que si bien los trabajadores sometidos a trabajo en régimen de subcontratación pueden formar sindicatos y afiliarse a ellos como el resto de los trabajadores, cumpliendo en general con lo dispuesto en los proyectos de convenio y recomendación de la O.I.T., el problema que se presenta excede del marco de la subcontratación y se asienta en el panorama general del derecho colectivo del trabajo existente en nuestro país, lo que para superarse implicaría reformas profundas a la normativa laboral en dicho ámbito, cuestión presente en la agenda legislativa del Gobierno a través del Ministerio del Trabajo. Tendremos que esperar a ver qué ocurrirá en este terreno en el futuro próximo.

Para finalizar, diremos que la Ley N° 20.123, en su artículo 183-A, al definir lo que se entenderá como trabajo en régimen de subcontratación, señala en su inciso final que si se incumple con lo dispuesto en él, entre otras sanciones, se aplicarán las del artículo 478 (507) del Código de Trabajo. Como vimos en el segundo capítulo de nuestra investigación, al revisar el régimen legal de las empresas de servicios transitorios antes de la dictación de la referida ley y las adecuaciones formales que ésta introduce a dicho artículo, se imponen fuertes sanciones para el empleador que incurra en fraude laboral, ya sea en sus vertientes de simulación o subterfugio, con lo cual hace un aporte en orden a evitar que, a través del fraude laboral, se vulneren derechos colectivos como el de sindicación.

#### b) Sindicación y trabajadores de empresas de servicios transitorios:

Al igual como sucede con los trabajadores subcontratados, la ley nada dice respecto de los trabajadores de empresas de servicios transitorios y su posibilidad de sindicarse, por lo que la materia queda entregada a las reglas generales.

Debemos señalar que la solución de sistema ha cambiado radicalmente con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123, no porque ella haya regulado el derecho a sindicación de este tipo de trabajadores en forma específica, que como ya señalamos, no ha sucedido, sino por el hecho del reconocimiento formal de este tipo de trabajadores y empresas.

En este sentido, con anterioridad a la reforma, la solución que la Dirección del Trabajo entregaba al problema de un trabajador temporal era unívoca: se entendía pertenecer a la empresa usuaria, y en tal carácter podía gozar de todos los beneficios y sufrir todas las cargas que ello implicaba<sup>499</sup>. Ahora, el sistema reconoce la existencia de trabajadores que son contratados temporalmente, por lo que, no existe dilema respecto a quién es su empleador (la empresa de servicios transitorios) y, por lo tanto, a quién exigirle sus derechos, lo que implica de paso la imposibilidad práctica de pretender afiliarse a un sindicato de una empresa usuaria.

Sin embargo, la realidad es insoslayable en este punto: ¿Qué sentido y posibilidad tendría el sindicarse para un trabajador contratado por noventa o ciento ochenta días?

Aquí debemos hacer una distinción:

i) Con respecto a la empresa de servicios transitorios, con la cual los trabajadores celebrarán el contrato de trabajo de servicios transitorios, regulado en el artículo 183-R de la Ley N° 20.123, dichos trabajadores podrían formar un

---

<sup>499</sup> En este punto no debemos olvidar los precedentes constituidos por las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, en orden a acoger acciones de protección interpuestas por empleadores afectados por fiscalizaciones de la Inspección del Trabajo en la materia, desconociendo la facultad interpretativa de este organismo de las normas del Código del Trabajo.



sindicato o afiliarse a uno ya existente conforme a las reglas generales del Código del Trabajo, ya que nada obsta a que con dicha empresa el plazo del contrato de trabajo sea superior al del tiempo por el cual deban desempeñarse en la empresa usuaria, pudiendo ser a plazo fijo e incluso indefinido, ya que el mismo artículo citado establece que el contrato de trabajo de servicios transitorios debe contener, a lo menos, las menciones exigidas por el artículo 10 del Código del Trabajo, el cual en su número 6, señala que debe estipularse el “plazo del contrato”<sup>500</sup>. En este caso no habría inconvenientes de formar un sindicato de empresa al interior de la empresa de servicios transitorios.

Pero la tendencia es que el plazo del contrato de trabajo de servicios transitorios sea coincidente con el del plazo del contrato de puesta a disposición de trabajadores en la empresa usuaria. Sin embargo, y aun teniendo en cuenta dicha dificultad, nuestro Código del Trabajo ya contemplaba, con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.123, la posibilidad de formar sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios, definiéndolos como “el constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes”<sup>501</sup>, por lo tanto, queda clara esta otra posibilidad de que los trabajadores de una empresa de servicios transitorios puedan formar un sindicato de este tipo en ella. En cuanto al quórum requerido, es de 25 trabajadores, según el artículo 228 del Código del Trabajo. Con lo que respecta al fuero sindical, éste también está regulado en una serie de disposiciones, las cuales establecen condiciones distintas a las del fuero de los demás trabajadores, atendiendo a las particularidades del trabajo que estos trabajadores desempeñan, por ejemplo: los trabajadores que constituyan un sindicato de trabajadores eventuales o transitorios gozan de fuero desde los 10 días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta el

---

<sup>500</sup> Artículo 10, N° 6. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>501</sup> Artículo 216, letra d). CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

día siguiente a ella, no pudiendo exceder de 15 días en total<sup>502</sup>; además, el fuero los ampara “sólo durante la vigencia del respectivo contrato, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos”<sup>503</sup>, lo mismo se aplica para sus directores sindicales, para sus integrantes aforados de Comités Paritarios de Higiene y Seguridad, para sus delegados sindicales y para el delegado de personal, inclusive<sup>504</sup>. Una última particularidad de este tipo de sindicatos es que “los socios podrán mantener su afiliación aunque no se encuentren prestando servicios”<sup>505</sup>.

ii) Con respecto a la empresa usuaria, la pregunta hecha anteriormente cobra más sentido, ya que ante trabajadores que son contratados por una empresa externa, por ende, dependientes de ésta, y que sólo se desempeñarán por cortos períodos de tiempo en la empresa usuaria, no parece justificable asegurarles el derecho de poder afiliarse en el sindicato de la empresa usuaria o formar uno en ella, teniéndose en cuenta para el cómputo del quórum requerido por la ley, ya que esto podría provocar más distorsiones en las relaciones laborales al interior de la empresa usuaria que beneficios para los propios trabajadores<sup>506</sup>. Lo más adecuado sería que si dichos trabajadores quieren mejores condiciones de trabajo en la empresa usuaria, demanden esto formando un sindicato, ya sea de empresa o de trabajadores eventuales o transitorios, en su propia empresa de servicios transitorios, o afiliándose a él, si ya existiese uno, y exijan que se establezcan como requisitos del contrato de puesta a disposición de trabajadores, regulado en el artículo 183-N de la Ley N° 20.123, que se incluyan cláusulas que, por ejemplo, emulen las condiciones

---

<sup>502</sup> A diferencia del fuero de los trabajadores que formen un sindicato de empresa que es de 40 días como máximo, siendo de 10 días antes de la constitución y 30 días después de ella. Artículo 221. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>503</sup> Artículo 243, inciso final. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 238. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>504</sup> Ver los artículos 229 y 302, inciso final. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>505</sup> Artículo 230. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>506</sup> Recordemos que nuestra legislación en el artículo 214 del Código del Trabajo, prohíbe una doble afiliación.

laborales de los trabajadores dependientes de la empresa usuaria. O que esto se incluya en sus contratos individuales de trabajo de servicios transitorios.

En lo que respecta a la normativa internacional, el Convenio N° 181, sobre agencias de empleo privadas, en su preámbulo señala a la libertad sindical como uno de los elementos necesarios para el funcionamiento de un buen sistema de relaciones laborales. Además, en su artículo 4 dispone que los Estados Miembros deberán asegurar a los trabajadores que sean contratados por agencias de empleo privadas, entre ellas las empresas de servicios transitorios, que no se vean privados del derecho de libertad sindical. También en su artículo 11, el convenio manda a que los Estados miembros adopten las medidas necesarias, de acuerdo a su legislación y práctica nacional, para asegurar a los trabajadores de empresas de servicios transitorios una protección adecuada en materia de libertad sindical.

De todo lo dicho anteriormente podemos ver que los trabajadores de empresas de servicios transitorios tienen garantido su derecho a sindicarse, cumpliendo en términos generales con lo dispuesto en el convenio citado, pero quizás en la práctica debido al estado del derecho colectivo en nuestro país y a las peculiaridades del trabajo que ellos realizan, la efectividad y potencia de este derecho se vean disminuidas o sean deficientes, comparados con estándares extranjeros, especialmente europeos.

Por último, señalemos a favor de la Ley N° 20.123, que en su artículo 183-I, al regular la independencia que deben tener las empresas usuarias respecto a las empresas de servicios transitorios, ayuda a que las empresas no recurran al trabajo suministrado para vulnerar los derechos de los trabajadores, en especial sus derechos colectivos, como el de sindicación.

### **3.4.2.2. Negociación colectiva**

Al igual que la sindicación, el derecho a negociación colectiva encuentra amplio respaldo jurídico, tanto a nivel nacional como internacional, e incluso podríamos decir que constituyen los pilares fundamentales de la estructura del Derecho del Trabajo.

Consagrada en el Convenio N° 98 de la O.I.T. y garantida por nuestra Constitución en el inciso quinto del numeral 16, de su artículo 19; nuestro Código del Trabajo la regula en su Libro IV, definiéndola como “el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes”<sup>507</sup>.

En este apartado cabe también hacer la distinción entre trabajadores subcontratados y trabajadores de empresas de servicios transitorios, toda vez que mientras unos pueden gozar de este derecho, en las condiciones que la ley impone, los otros, en principio, no.

#### **a) Negociación colectiva y trabajadores subcontratados:**

Ya sea sindicados o sólo reunidos para tal efecto, la ley garantiza el derecho de estos trabajadores a negociar colectivamente, no por una indicación particular de la Ley N° 20.123, sino por aplicación directa del Libro IV del Código del Trabajo.

---

<sup>507</sup> Artículo 303, inciso 1°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

Sin embargo, cabe aquí hacer una salvedad, que dice relación con las objeciones ya planteadas respecto del derecho a sindicación: el énfasis de la reforma está en aquello que dice relación con el derecho individual del trabajo y no con lo colectivo, provocando, potencialmente, un debilitamiento tanto de la organización como de las posibilidades de negociación de los trabajadores.

Podrá decirse que no era necesario incluir cláusula alguna respecto del derecho a negociación colectiva, toda vez que el Código del Trabajo ya reconoce la negociación entre una o varias empresas con una o varias organizaciones sindicales o trabajadores agrupados para tal efecto, por lo que, la posibilidad de reunir a mandantes, contratistas y subcontratistas y sus respectivos trabajadores, en un único proceso negociador, ya existía con anterioridad a la Ley N° 20.123, como veremos más adelante.

Sin embargo, la omisión en este caso constituye ciertamente una manifestación de que la intención del legislador no ha sido esa, pues de lo contrario habría contemplado mecanismos para que ello sucediera.

Las consecuencias del proceso flexibilizador, como hemos dicho en varias oportunidades, dependen, en el caso chileno, de lo que el Estado propone, dicta y ejecuta, constituyendo un modelo radicalmente distinto a los de Europa continental con raigambre colectiva, negociada, por lo que, de existir interés en la protección de la organización sindical y la negociación colectiva, la ley debió contemplar mecanismos de ajustes que promovieran o garantizaran a la mayor cantidad de trabajadores el gozar de estos derechos.

Con la discusión pública en torno a la posibilidad de negociaciones colectivas por sectores productivos aún candente, quizás aún sea posible una

solución para el tema: ni colectiva ni individual, sino una regulación que no ponga en riesgo los intereses corporativos del empresariado, ni tampoco profundice la crisis sindical, que dista de ser patrimonio únicamente nacional, sino que garantice cierto margen razonable de negociación, habida cuenta del fraccionamiento del concepto de empresa para efectos de contratar.

Agreguemos, como ejemplo, la fuerte oposición que tuvo, por parte del sector trabajador en nuestro país, el proyecto de ley sobre adaptabilidad laboral que hace unos años se pretendió impulsar por parte del Gobierno, el cual se basaba en la flexibilización de la jornada de trabajo durante el año, a través de un pacto entre empleadores y trabajadores, con lo cual se buscaba aumentar la creación de empleo. Los trabajadores a través de la Central Unitaria de Trabajadores (C.U.T.) señalaron que pretender que a través de una negociación colectiva se estableciera este tema era muy difícil, en el sentido de que fuese beneficioso para los trabajadores, debido a la mínima participación sindical de los trabajadores chilenos, al escaso poder efectivo de negociación de los sindicatos y a las falencias que tenía la negociación colectiva (ejemplo de esto es que la empresa puede negociar con un grupo de trabajadores al margen del sindicato, generando un paralelismo que le resta poder de negociación), por lo que, una negociación colectiva equilibrada entre los poderes de las partes negociantes era imposible.

En cuanto a los instrumentos internacionales propuestos por la O.I.T. respecto al tema de la subcontratación, debemos señalar que el artículo 6 del proyecto de convenio dispone que se debe garantizar a los trabajadores en régimen subcontratación la misma protección que para el resto de los trabajadores, en lo que respecta al derecho de negociación colectiva. Por su parte, el proyecto de recomendación establece que los Estados Miembros, de acuerdo a su realidad nacional, deben adoptar las medidas necesarias para

“fomentar la negociación colectiva como medio para determinar y mejorar las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores en régimen de subcontratación”<sup>508</sup>. A su vez, el punto 6 del proyecto de recomendación estipula que, de acuerdo a la legislación y práctica nacional, no deben ponerse a disposición de una empresa principal o mandante a trabajadores subcontratados para sustituir a los trabajadores de esa empresa que se encuentren en huelga.

Comparando la realidad nacional, tanto legislativa como práctica, con lo dispuesto en los proyectos de instrumentos internacionales emanados de la O.I.T. para el tema de la subcontratación, podemos concluir que en Chile los trabajadores en régimen de subcontratación tienen garantizado su derecho a negociar colectivamente con su respectivo empleador (contratista o subcontratista) e incluso con la empresa principal (negociación con más de un empleador, con acuerdo previo de las partes<sup>509</sup>). Pero el Estado de Chile pudo haber hecho mucho más en orden a promover, potenciar y asegurar aún más, la negociación colectiva para este tipo de trabajadores, estableciendo mecanismos para ello en la reforma llevada a cabo en la Ley N° 20.123, tal como lo señalamos más arriba. Pero al igual como lo apuntamos al hablar del derecho de sindicación, esta problemática tiene su sede en el estado actual del derecho colectivo del trabajo en nuestro país, desbordando la especificidad de la materia aquí tratada.

Por último, señalemos respecto a la Ley N° 20.123 dos cosas: i) En cuanto a la prohibición de reemplazar a trabajadores en huelga de una empresa principal por trabajadores subcontratados, la ley nada dijo al respecto, por lo que, cumpliendo con los requisitos que establece el artículo 381 del Código del

---

<sup>508</sup> Punto 11, N° 1. Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

<sup>509</sup> Artículo 303, inciso 2. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

Trabajo, podría darse esta situación, lo que estaría en contradicción con lo dispuesto en el proyecto de recomendación de la O.I.T.; y ii) Tal como lo dijimos al analizar el derecho de sindicación, el artículo 183-A de la ley, al sancionar el fraude laboral, evita que se vulneren derechos colectivos como el de negociación colectiva.

b) Negociación colectiva y trabajadores de empresas de servicios transitorios:

Ya hemos adelantado que estos trabajadores, en principio, no pueden negociar colectivamente, la ley es clara al respecto y señala que no lo pueden hacer “los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada”<sup>510</sup>. Por ende, aun cuando estos trabajadores pertenezcan a un sindicato de empresa o de trabajadores eventuales o transitorios, no podrán negociar colectivamente, por expresa prohibición legal. Lo anterior está en armonía con la norma constitucional citada al comenzar este acápite, ya que señala que: “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar”<sup>511</sup>.

Sin embargo, esto no quiere decir que estos trabajadores no puedan agruparse y relacionarse con su empleador con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, sobretodo si pertenecen a algún tipo de sindicato. De lo contrario, su derecho a sindicarse perdería una de sus razones de ser fundamentales, ya que uno de los fines principales de las organizaciones sindicales es:

---

<sup>510</sup> Artículo 305, Nº 1. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>511</sup> Artículo 19, Nº 16, inciso 5. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Op. Cit. p. 26



“Representar a los afiliados en las diversas instancias de la negociación colectiva, suscribir los instrumentos colectivos del trabajo que corresponda, velar por su cumplimiento y hacer valer los derechos que de ellos nazcan”<sup>512</sup> . En el fondo, no se les permite efectuar una negociación colectiva reglada<sup>513</sup>, la que en definitiva desemboca en un contrato colectivo de trabajo<sup>514</sup>, con todos los derechos, prerrogativas y obligaciones que ello implica<sup>515</sup>, en especial, lo referente al derecho de huelga legal<sup>516</sup>.

Es por ello que el propio Código del Trabajo reconoce que “sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.

Los sindicatos de trabajadores transitorios o eventuales podrán pactar con uno o más empleadores, condiciones comunes de trabajo y remuneraciones para determinadas obras o faenas transitorias o de temporada”<sup>517</sup>. En caso de que se trate de trabajadores que se unen para negociar, deberán observarse las normas mínimas de procedimiento que establece el artículo 314 bis del Código del ramo.

---

<sup>512</sup> Artículo 220, Nº 1. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>513</sup> Título II, Libro IV. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>514</sup> Artículo 344. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>515</sup> A modo de ejemplo podemos señalar: artículo 308, en lo que respecta al plazo para poder negociar colectivamente; artículos 309 y 310, referentes al fuero que ampara a los trabajadores que negocian colectivamente; Título IV, en lo referente a la mediación; y Título V, que trata sobre el arbitraje laboral.

<sup>516</sup> Título VI, Libro IV. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>517</sup> Artículo 314. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

Los instrumentos colectivos que se suscriban en el marco de este tipo de negociaciones, se llamarán convenios colectivos<sup>518</sup>.

Pasando ahora a revisar la normativa internacional en estudio, la O.I.T. en el Convenio N° 181, establece en su preámbulo “la necesidad de promover la negociación colectiva y el diálogo social como elementos necesarios para el funcionamiento de un buen sistema de relaciones laborales”<sup>519</sup>. Además, en su artículo 4 dispone que los Estados Miembros deberán asegurar a los trabajadores que sean contratados por agencias de empleo privadas, entre ellas las empresas de servicios transitorios, que no se vean privados del derecho a la negociación colectiva. El artículo 11 de este convenio, también manda a que los Estados Miembros adopten las medidas necesarias, de acuerdo a su legislación y práctica nacional, para asegurar a los trabajadores de empresas de servicios transitorios una protección adecuada en materia de negociación colectiva; y su artículo 12 señala que, de la misma manera que en el caso anterior, se determinen y atribuyan las responsabilidades respectivas de las empresas de servicios transitorios y de las empresas usuarias, en relación con la negociación colectiva. Por otro lado, la Recomendación N° 188, en su segunda parte sobre protección de los trabajadores, señala que: “6. Las agencias de empleo privadas no deberán poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga”<sup>520</sup>.

De todo lo dicho anteriormente podemos concluir que: i) Si bien los trabajadores de empresas de servicios transitorios no pueden optar por la negociación colectiva reglada, sí pueden negociar con su empleador en aras de

---

<sup>518</sup> Al respecto ver y relacionar: artículo 314 bis C y artículo 351. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>519</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

<sup>520</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 188, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

llegar a un acuerdo a través de un convenio colectivo, ya sea que estén constituidos como un sindicato de empresa, como uno de trabajadores eventuales o transitorios, o agrupados para tal efecto. Lo anterior, cumple sólo en términos generales con lo dispuesto en el convenio citado, ya que, por un lado, nuestro Código del Trabajo establece diferencias respecto a la negociación colectiva que pueden efectuar este tipo de trabajadores, en comparación a la del resto de los trabajadores y, por otro lado, la Ley N° 20.123 no señala específicamente nada respecto a las responsabilidades que le caben por el derecho de negociación colectiva, tanto a las empresas de servicios transitorios, como a las empresas usuarias; y ii) Con respecto a no poner trabajadores a disposición de la empresa usuaria, para reemplazar a sus trabajadores en huelga, nuestra legislación sí cumple cabalmente con lo dispuesto en la recomendación citada, ya que la Ley N° 20.123, en su artículo 183-P, letra b), prohíbe contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios con tal finalidad. Por ende, en caso de reemplazo de trabajadores en huelga de la empresa usuaria, ésta se deberá regir por lo dispuesto en el artículo 381 del Código del Trabajo.

Nuevamente diremos que, en la práctica, debido al estado del derecho colectivo en nuestro país y a las peculiaridades del trabajo que ellos realizan, la efectividad y potencia de este derecho podrá verse disminuida o ser deficiente, comparado con estándares extranjeros, especialmente europeos.

Es así como podemos observar a Suecia y Finlandia, que constituyen casos normativos y de flexibilización muy distintos al nuestro, pero que sin embargo constituyen un ejemplo en materia de sindicalización y negociación colectiva<sup>521</sup>.

---

<sup>521</sup> En este apartado nos hemos basado en el artículo de: UGARTE, José Luís. La negociación colectiva y el cuento del lobo. [en línea]. La Nación Domingo, 10 de febrero de 2008.

i) El caso sueco:

Con una tasa de sindicación superior al 80%, la normativa laboral sueca contempla acuerdos colectivos a nivel central, local y empresarial, los que se ordenan de manera jerárquica en caso de concurrencia de más de uno de ellos para el caso de un determinado trabajador, prefiriéndose el central al local, y el local al empresarial.

Sin embargo, y tal como se revisó en el primer capítulo de este trabajo, a propósito de los antecedentes de la flexibilidad laboral, el sistema laboral sueco goza de otra particularidad: la denominada legislación semiobligatoria, que importa la modificación o no aplicación de determinadas normas en principio obligatorias para el empleador, siempre que medie un acuerdo entre las partes, manifestado necesariamente en la forma de un convenio colectivo. Tal como lo advierte Ugarte, el poder de este tipo de instrumentos resulta enorme, a la vez que conveniente, en la relevancia que debería darse al sindicato y al proceso de negociación colectiva, no sólo a propósito de la flexibilidad laboral, sino en un ámbito generalizado de acción.

ii) El caso finlandés:

Al igual que Suecia, Finlandia presenta tasas de sindicación superiores al 80%, la que también se canaliza en diversos niveles de negociación colectiva, con la salvedad de la existencia de acuerdos nacionales entre confederaciones de empresarios y trabajadores que fijan un marco mínimo sobre el que deberán desarrollarse las restantes negociaciones colectivas, sean éstas nacionales, por rama de actividad, por sectores productivos o de empresa, exhibiendo un nivel

de acuerdo social acerca de cómo deben desarrollarse las relaciones laborales, expresado en un potente sistema de negociación colectiva y de amplia sindicalización, vigente, con modificaciones, desde 1946, dignos de ser citados como ejemplos en la materia.

Para finalizar el tratamiento de este derecho, debemos reiterar el reconocimiento en favor de la Ley N° 20.123, la que en su artículo 183-I, al regular la independencia que deben tener las empresas usuarias respecto a las empresas de servicios transitorios, ayuda a que las empresas no recurran al trabajo suministrado para vulnerar los derechos de los trabajadores, en especial sus derechos colectivos, como el de negociación colectiva.

#### **3.4.2.3. Igualdad de trato y no discriminación**

Si negociación colectiva y sindicación constituyen pilares del Derecho del Trabajo, la igualdad, como conceptualización y como derecho, constituye sin duda uno de los fundamentos del Derecho mismo.

Los más grandes juristas han dedicado largas líneas al tratamiento de la igualdad, así como su relación con la justicia, desde Aristóteles y su concepción aritmética, pasando por la concepción medieval de “dar a cada cual lo suyo”, hasta la concepción de Walzer de esferas de la justicia.

No es la intención siquiera profundizar en estos conceptos, sino relevar el hecho que la determinación de si esta garantía se vulnera o se respeta para el caso de los trabajadores subcontractados y de empresas de servicios transitorios, depende totalmente del parámetro que se escoja para medir su consagración.

Asumamos por un momento que esta garantía se puede resumir en “igual tratamiento en igual situación”. El enunciado parece sencillo, pero todo lo que podemos derivar de él nos indica que no es así. Porque, ¿Qué entenderemos por “igual situación”?, y ¿Qué entenderemos por “igual tratamiento”?

Lo cierto es que disponemos de al menos dos formas de solucionar este problema:

a) Si entendemos que la garantía de igual tratamiento y no discriminación se entiende satisfecha en la medida que la ley trate de forma igualmente digna y no discriminatoria a todos los trabajadores en situación de subcontratación o empleo temporal, con los requisitos y condiciones que ella imponga, no hay dudas: la ley cumple plenamente el mandato constitucional y reconoce esta garantía ampliamente.

b) En cambio, si entendemos la garantía y su satisfacción en relación, ya no con los trabajadores subcontratados y de empresas de servicios transitorios, sino con todo tipo de trabajadores, su cumplimiento por parte de la ley se vuelve complejo: deberíamos, al igual que en este apartado, revisar derecho por derecho, garantía por garantía, carga por carga y privilegio por privilegio, si las condiciones de trato y no discriminación se cumplen para todo tipo de trabajadores.

Si asumimos este segundo criterio de satisfacción, cada detalle puede implicar el incumplimiento de la garantía. Así, por ejemplo, las normas especiales relativas al fuero de maternidad podrían interpretarse perfectamente

como discriminatorias, tal como las que dicen relación con el derecho a sindicación y negociación colectiva, que ya tratamos anteriormente.

De acuerdo a dicho criterio, no podemos arribar a otra conclusión que no sea la de que no se cumple la satisfacción de la garantía de igualdad de trato y no discriminación.

Sin embargo, podemos intentar mirar el asunto desde una tercera perspectiva: la de una igualdad de trato y no discriminación mínimamente razonables.

Un lector perspicaz podría advertir que la mayoría de los derechos garantidos para los trabajadores en general no se ven alterados para el conjunto de trabajadores subcontratados y de empresas de servicios transitorios. Sin embargo, la minoría que sí se ven afectados, dicen todos relación con derechos que implican, ya sea expresa o potencialmente, un sacrificio económico para la empresa, lo que nos lleva a una pregunta formulada en los comienzos de este trabajo: la de los objetivos de la flexibilización.

Si se pretende impulsar y profundizar una flexibilización orientada a la eficiencia en la producción, el cumplimiento de la garantía de igual trato y no discriminación es fundamental: así como no queremos trabajadores de primera y segunda categoría (la tercera categoría de trabajadores a la que se refería la O.I.T. en sus conferencias ya analizadas), tampoco queremos competidores desleales, y el sistema proveerá los mecanismos que aseguren este equilibrio necesario.

En cambio, si lo que se pretende implementar y profundizar es una flexibilización orientada ya no en el mejoramiento de la eficiencia, sino en la reducción de costos, es más que esperable que algunos o varios derechos de trabajadores sufran detrimento.

Ermida<sup>522</sup>, en su ya tantas veces citado trabajo, deja en claro que el proceso flexibilizador en América Latina, como en Chile, corresponde a uno de la segunda especie, pero no podemos contentarnos con constatar la procedencia de este hecho.

Creemos, humildemente, que es posible la configuración de un sistema de flexibilidad que se haga cargo de las desigualdades inherentes a él, enfocado en la productividad en sentido amplio antes que en los costos, específicamente los costos laborales de la producción.

Específicamente, se hace necesario que la subcontratación y la contratación de trabajadores temporales no sea un negocio en sí mismo, sino que el sistema permita dichas modalidades como una oportunidad, permitiendo los ajustes de ofertas que ya nadie discute que son necesarios<sup>523</sup>.

En otras palabras, no basta con que nuestra Constitución garantice la igualdad y la no discriminación, si de facto la ley contempla situaciones que de hecho vulneran estos principios. También, nos parece improductivo cerrar los ojos y exigir una igualdad a tabla rasa en todos los casos.

---

<sup>522</sup> ERMIDA URIARTE, Óscar. *En*: ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. Op. Cit.

<sup>523</sup> "La modernización de las empresas no es ya una opción subjetiva del empresario. Es una condición objetiva de viabilidad de las mismas". RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, José. Op. Cit. p. 14



Lo más real, lo más posible, es idear un mecanismo que se haga cargo de las desigualdades que se sabe la flexibilización genera, no por medio de las garantías, sino por medio de los efectos: nivelando a fortiori las condiciones en que se encuentran los distintos tipos de trabajadores.

Aclaradas estas situaciones de principio, corresponde revisar lo que sucede en términos normativos respecto de estas garantías.

Constitucionalmente, la igualdad de trato no es más que una manifestación de la garantía contenida en el numeral 2, del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental: la igualdad ante la ley. A su vez, la cláusula de no discriminación en materia laboral, podemos hallarla en el propio artículo 19, en su numeral 16, inciso tercero<sup>524</sup>.

En nuestro Código del Trabajo, la cláusula de no discriminación la encontramos en su artículo segundo, el que establece las bases en esta materia<sup>525</sup>, diferenciando entre las “(...) distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”<sup>526</sup>, y aquellas que se basen en las calificaciones exigidas para un determinado empleo, evidentemente constituyendo las primeras actos de discriminación, y no así las segundas.

---

<sup>524</sup> Cabe precisar que Chile ha ratificado los siguientes convenios de la O.I.T., atinentes a la materia aquí tratada: Convenio N° 100, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor; Convenio N° 111, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación; y Convenio N° 156, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. Al respecto ver la bibliografía de este trabajo.

<sup>525</sup> En particular su inciso tercero que establece “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. CÓDIGO DEL TRABAJO, Op. Cit.

<sup>526</sup> Artículo 2, inciso tercero. CODIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

Interesante resulta el constatar que la cláusula de no discriminación, y las obligaciones que de ella emanan, se entienden incorporadas a los contratos de trabajo regulados por el Código, de conformidad al inciso octavo del ya citado artículo segundo.

En el contexto internacional, y en relación con los instrumentos específicos que refieren a nuestro trabajo, evidenciamos un tratamiento distinto de estas garantías según se trate de trabajadores en régimen de subcontratación o de empresas temporales de servicios.

Antes de entrar de lleno a la revisión de los convenios y propuestas emanados de la Organización Internacional del Trabajo, debemos hacer la salvedad que nos abocaremos específicamente a las normas y puntos que directamente dicen relación con la no discriminación e igual tratamiento, habida cuenta de que el tema de la igualdad trasunta, en realidad, la posibilidad de ejercer todos y cada uno de los derechos y garantías que emanan de dichos instrumentos, así como su posibilidad práctica de aplicación en nuestro derecho local. En este sentido, realizar un estudio bajo este segundo parámetro terminaría diluyendo la materia antes que constituir un análisis acabado de la misma.

Es así como en el Convenio N° 181 O.I.T., la cláusula de no discriminación contenida en su artículo 5, impone este deber de igual tratamiento a las agencias de empleo privadas en relación a los trabajadores que en ellas laboren<sup>527</sup>, es decir, y sin ánimo de ser redundantes, la cláusula se

---

<sup>527</sup> Específicamente, el artículo 5 del Convenio 181 dispone:

“Artículo 5

1. Con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo Miembro velará por que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de

remite únicamente al tratamiento que las agencias de empleo privadas dan a sus trabajadores, reproduciendo hasta cierto punto la cláusula de no discriminación general contenida ya en nuestro Código.

En la misma línea, la Recomendación N° 188 O.I.T., en su punto 9, aboga por la prohibición de ofertas de empleo que tengan como resultado un acto de discriminación<sup>528</sup>.

Por ende, tenemos que la cláusula de no discriminación respecto de las agencias de empleo privadas se caracteriza por ser específica y limitada:

i) Específica, porque refiere únicamente al accionar de las agencias en su giro y respecto de los potenciales trabajadores con los que ella trate directamente

ii) Limitada, porque refiere únicamente a la no discriminación entre trabajadores de agencias de empleo privadas, y no entre éstos y el general de los trabajadores.

Por último, cabe señalar que el punto 10 de la referida recomendación manifiesta la otra cara de la cláusula de no discriminación, a través de la promoción de la igualdad en el empleo a través de programas de acción positiva.

---

discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad.” ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

<sup>528</sup> Asimismo lo hace en su punto 8 letra a), relativo a la abstención de reclutamiento para trabajos que pudieren implicar un trato discriminatorio de cualquier tipo; y en su punto 13, el que contempla la necesidad en la adopción de métodos apropiados, equitativos y eficaces de selección. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 188, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

Distinta situación es la que plantean para trabajadores en régimen de subcontratación el proyecto de convenio sobre el trabajo en esta modalidad y su respectivo proyecto de recomendación.

Es así, como el artículo 5 del proyecto de convenio impone el deber de fomentar la igualdad de trato entre los trabajadores en régimen de subcontratación y aquellos con una relación de trabajo formalmente reconocida, en labores similares y condiciones análogas.

A su vez, el artículo 6 impone el deber de adoptar medidas para garantizar la igual protección de los trabajadores en régimen de subcontratación respecto de sus pares con una relación de trabajo formalmente reconocida, en materia de discriminación en el empleo basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social.

Por su parte, el proyecto de recomendación en la materia, aborda el tema en sus puntos 4 y 5, cuyo contenido resulta congruente con el del articulado del proyecto de convenio ya citado.

En el punto 4, el proyecto de recomendación contempla la adopción de medidas para asegurar el mismo trato hacia los trabajadores en régimen de subcontratación, respecto de los asalariados de la empresa usuaria, subcontratista o intermediaria, según sea el caso, en la realización de tareas análogas.

Debemos apuntar que en este instrumento hubo un cambio en la terminología respecto del proyecto de convenio, toda vez que no se habla de “trabajadores que tienen una relación de trabajo formalmente reconocida”, sino de “asalariados”, ya sea de la empresa usuaria, del subcontratista o el

intermediario, según sea el caso. Creemos, más allá del paladar terminológico que se pudiera tener, que el proyecto de recomendación explicita aún más el hecho que la cláusula de igual trato y no discriminación refiere no sólo entre trabajadores en régimen de subcontratación, sino entre éstos y sus pares en general, vale decir, el resto de los “asalariados”.

En lo que atañe al punto 5, éste aborda un punto sensible para lo que implica el trabajo en régimen de subcontratación en general, a saber, su utilización como subterfugio para eludir la aplicación de determinadas garantías laborales. A su respecto, plantea que ante este tipo de situaciones, “los trabajadores en régimen de subcontratación deberían ser tratados como los asalariados de la empresa usuaria o, según sea el caso, como los del subcontratista o del intermediario”<sup>529</sup>.

Luego, debemos concluir que, a diferencia de lo que ocurre respecto de las agencias de empleo privadas, la cláusula de no discriminación respecto de los trabajadores en régimen de subcontratación se ha concebido de manera general y amplia, toda vez que refiere no sólo al accionar de los contratistas y subcontratistas, en su caso, respecto de sus propios trabajadores, sino que se enfoca en el igual tratamiento y no discriminación de los trabajadores en régimen de subcontratación respecto de la generalidad de sus pares, cambiando incluso la terminología entre el proyecto de convenio y el proyecto de recomendación, aventuramos con el ánimo de esclarecer aún más el carácter general que se pretendió dar a dicha cláusula.

---

<sup>529</sup> Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, Punto 5, parte final, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

Todo lo dicho anteriormente podría hacer presumir que la legislación local, específica para estas modalidades de contratación, contendría normas expresas de refuerzo de la cláusula de no discriminación e igualdad de trato.

Sin embargo, al volcar nuestra mirada al texto de la ley 20.123 en su totalidad, nos encontramos con que los vocablos “igualdad” y “discriminación” no aparecen siquiera una vez a lo largo de su articulado.

En su tratamiento del trabajo en régimen de subcontratación, en el inciso final del artículo 183-E, encontramos un germen de resguardo igualitario para sus trabajadores, al establecer que:

“Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1º al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador”<sup>530</sup>.

Esta norma se encuentra enmarcada a propósito de la regulación de las responsabilidades en el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales para con los trabajadores en régimen de subcontratación, así como el debido resguardo a su vida y salud, y su sentido resulta claro: remitir a la normativa general la situación de protección jurídica de los derechos de trabajadores subcontratados respecto de sus empleadores.

Como dijimos, la norma constituye un germen de igualdad, en sentido lato, dado que viene en precisar, en caso que pudiera quedar alguna duda, que el trabajador subcontratado encuentra amparo legal a la protección de sus

---

<sup>530</sup> Artículo 183-E, inciso final. LEY N° 20.123. Op. Cit.

derechos respecto de su empleador, en términos amplios antes que específicos.

Asimismo, a propósito del contrato de trabajo de servicios transitorios, el artículo 183-Y dispone:

“Artículo 183-Y.- El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores (...)”<sup>531</sup>.

Como puede advertirse, la norma, antes que reforzar una idea de igualdad, viene en reiterar el principio de legalidad constitucional, contenido en los artículos 6 y 7 de nuestra Carta Fundamental, que por su propio texto son ya aplicables a toda persona, institución o grupo.

Por lo demás, el reforzamiento del principio de legalidad se encontraba ya en el texto del Código del Trabajo, específicamente en su artículo 5, inciso primero, constituyendo el citado artículo 183-Y, prácticamente una reiteración de dicha norma.

En consecuencia, se echa en falta la consagración en la Ley N° 20.123 de normas específicas relativas a la cláusula de no discriminación e igual trato, tanto respecto de trabajadores en régimen de subcontratación como de aquellos que laboren en empresas de servicios transitorios, no sólo porque este hecho constituye una clara incongruencia con los instrumentos internacionales ya vigentes y los que se encuentran en estado proyectivo, sino por la ya sabida y comentada vulnerabilidad potencial a que este tipo de trabajadores se encuentra sometido.

---

<sup>531</sup> Artículo 183-Y, inciso primero. LEY N° 20.123. Op. Cit.

#### **3.4.2.4. Equiparación salarial**

En íntima relación con lo señalado en el punto anterior se encuentra este derecho, ya que en él se plasmaría la frase “a igual trabajo, igual remuneración”. Pero como veremos, la ley que nos atañe nada dijo al respecto, es más, hizo distinciones en este caso para los trabajadores de empresas de servicios transitorios, tal como lo analizaremos a continuación.

El equiparamiento salarial es un derecho de difícil tratamiento, ya que puede entenderse desde el punto de vista de la protección a que está sujeto legalmente, como al valor nominal de éste. Y para esto último se debiera saber con qué valor es preciso compararlo.

A modo de acercamiento, la definición de remuneración la encontramos en el artículo 41 del Código del Trabajo, a saber: “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo.

No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”<sup>532</sup>.

---

<sup>532</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.



Y agrega el artículo 42 del mismo Código: “Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:

a) sueldo, que es el estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 10;

b) sobresueldo, que consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo;

c) comisión, que 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;

d) participación, que 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, y

e) gratificación, que corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador”<sup>533</sup>.

Entonces, si intentamos calzar esta definición con las disposiciones de la Ley N° 20.123, tenemos que ésta establece en su artículo 183-R, que el contrato de trabajo de servicios transitorios debe contener, a lo menos, las menciones exigidas por el artículo 10 del Código del Trabajo.

Luego, la indicación del monto, forma y período de la remuneración acordada, contemplada en el número 4 del artículo 10 de nuestro Código del Trabajo, resulta aplicable, además de los casos generales, para la suscripción del contrato de servicios transitorios.

---

<sup>533</sup> Op. Cit.

Sin embargo, y siguiendo de algún modo este cotejo del tratamiento legal que se da a la remuneración de los trabajadores sujetos a contratos indefinidos en comparación con los trabajadores de empresas de servicios transitorios, nos encontramos con el artículo 183-Z, de la Ley N° 20.123, que señala que en la remuneración que se convenga en el contrato de trabajo de servicios transitorios, se considerará “la gratificación legal, el desahucio, las indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, y cualquier otro concepto que se devengue en proporción al tiempo servido, salvo la compensación del feriado que establece el artículo 183-V”<sup>534</sup>.

Si cotejamos el contenido del artículo 183-Z, con el contenido del artículo 42 inciso 2°, tenemos que el primero, incluye dentro de la remuneración lo concerniente a la indemnización por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo. Sin embargo, el segundo, que se refiere a los contratos indefinidos, claramente excluye la indemnización por años de servicios de la remuneración.

Esto, a nuestro juicio, plantea problemáticas de distinta índole en lo referente al tratamiento del equiparamiento salarial. Por un lado, tenemos que en el caso hipotético que la remuneración sea equivalente, el salario no lo es, ya que los trabajadores de empresas de servicios transitorios finalmente ganarían alrededor de un treceavo menos que los trabajadores con contrato indefinido, (dicho de otra forma entre 8,9% y 9,0% menos), esto por simple eliminación de la indemnización por años de servicios.

Lo anterior podría convertirse en un incentivo perverso dirigido a que se contrate de acuerdo a la regla del artículo 183-Z, puesto que visiblemente traería un beneficio monetario por vía legal, lo que dentro de las mismas reglas del mercado distorsiona las condiciones de los costos económicos por

---

<sup>534</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

trabajador. En otras palabras la ley hace que unos trabajadores sean más baratos que otros.

Además, si se agrega que el mismo artículo 183-Z dice que constituyen remuneración la indemnización sustitutiva del aviso previo, y cualquier otro concepto que se devengue en proporción al tiempo servido, tenemos que, por una parte, hace menor, comparativamente, el salario, y al mismo tiempo abre un verdadero embudo para colar por ahí otros agregados en la remuneración al señalar “cualquier otro concepto que se devengue en proporción al tiempo servido”.

En definitiva, en la eliminación de la mención a la indemnización por años de servicios podemos denotar la intencionalidad del legislador en orden a apartar el concepto de remuneración para los trabajadores de servicios transitorios de la definición general contemplada en el artículo 42 del Código, o al menos equipararla a los casos especiales que contempla en los artículos 44 y 45, estableciendo, como se ha dicho, una diferencia de origen legal, siquiera de mercado, entre unos trabajadores y otros en lo que respecta a la retribución monetaria por sus servicios.

En resumen, la ley 20.123 contempla, por una parte, una definición de lo que se entenderá por remuneración para el caso de los trabajadores de empresas de servicios transitorios, por lo que, en lo que a ellos respecta, debemos atenernos al ya citado artículo 183-Z. Su silencio en lo que respecta al trabajo en régimen de subcontratación debe remitirnos a las reglas generales de determinación de la remuneración, contempladas, como ya se ha dicho, principalmente en el artículo 42 del Código.

En el contexto internacional, observamos también una diferencia en el tratamiento que este tema recibe para el caso de las agencias de empleo privadas y el del trabajo en régimen de subcontratación.

Para el caso de las agencias de empleo privadas, la cuestión de la equiparación salarial no encuentra regulación, ni en el Convenio N° 181 O.I.T., ni en la Recomendación N° 188 O.I.T.

Mientras el citado convenio, en virtud de su artículo 12, impone a los Estados Miembros la adopción de las medidas necesarias para asegurar la adecuada protección de los trabajadores de que trata en materia de salario mínimo, la Recomendación N° 188 no refiere siquiera a este tema, y derivar su tratamiento de la interpretación de sus disposiciones relativas al igual tratamiento y no discriminación resulta engorroso y complejo, toda vez que, como ya se vio, esta materia se ha configurado de manera específica y limitada.

En consecuencia, observamos que en lo que refiere a la regulación de las agencias de empleo privadas, la denominada equiparación salarial no encuentra asidero directo, y la tarea de abordarla por medio de la interpretación y la analogía resulta compleja, a la vez que inoficiosa.

De otro lado, las propuestas de instrumentos relativos al trabajo en régimen de subcontratación ofrecen otra perspectiva del asunto.

En la letra d) del punto 2 de su artículo 6, el Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación contempla el deber para los Miembros de la adopción de medidas para garantizar que los trabajadores sujetos a este régimen gocen de una adecuada protección en materia de remuneración, constituyendo, desde ya, una concepción mucho más amplia que la

contemplada en el Convenio N° 181 O.I.T. para las agencias de empleo privadas.

Sin embargo, la vinculación entre esta norma y la idea de equiparación salarial resulta sólo aparente:

En primer lugar, porque si bien la noción de remuneración resulta mucho más amplia que la contenida en el Convenio N° 181, que refiere sólo a la protección de salario mínimo, este hecho no basta para asociar automáticamente que dicha protección puede extenderse a la concepción de equiparación salarial.

En segundo lugar, al analizar el texto del proyecto de convenio, queda en clara evidencia que la intención del organismo internacional no ha sido la de regular en materia de equiparación salarial.

El citado artículo 6 del proyecto de convenio se descompone en dos partes. Mientras la primera, contenida en su número uno, refiere efectivamente al deber de los Miembros en la adopción de las medidas necesarias para garantizar el goce de los trabajadores sujetos a régimen de subcontratación a la misma protección de que gozan los trabajadores con una relación de empleo reconocida; la segunda, contenida en su número dos, contempla la adopción de medidas para garantizar el goce de una protección adecuada en las materias que trata, sin relacionarla con la misma protección de que gozan los trabajadores que poseen una relación de empleo reconocida. Entre las materias contempladas en el numeral primero encontramos las de sindicalización y negociación colectiva, mientras la de remuneración se encuentra en el segundo numeral. En otras palabras, si el organismo hubiera pretendido garantizar algo

semejante a la equiparación salarial, hubiera contenido la materia de remuneraciones en el numeral 1 de su artículo 6 y no en el segundo.

En este caso, sin embargo, es posible derivar una aproximación a la equiparación salarial a partir de la labor interpretativa.

Y es que en virtud del artículo 5 del proyecto de convenio, ya citado a propósito de la cláusula de no discriminación e igual tratamiento, queda clara la intención del organismo internacional de equiparar las condiciones a que se encuentran sometidos tanto trabajadores en régimen de subcontratación como aquellos con una relación de empleo formalmente reconocida, en el evento que realicen labores similares, en circunstancias análogas.

En este sentido, la discusión de la eventual procedencia de una protección internacional en materia de equiparación salarial respecto de trabajadores en régimen de subcontratación quedará abierta, recayendo esta responsabilidad, en definitiva, en los Estados Miembros y la manera en que den aplicación futura a la citada norma, en el evento que el proyecto devengue en un convenio reconocido y ratificado por el número suficiente de Estados Miembros.

En esta misma línea se muestra el Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, específicamente en sus puntos cuarto y quinto, los que también han sido revisados a propósito de la procedencia de la cláusula de no discriminación e igual trato.

Dichos puntos vienen en reforzar la idea que, bajo circunstancias similares de labores, condiciones y calificaciones, el trabajador subcontratado

deberá recibir el mismo trato que el asalariado de la empresa usuaria, del subcontratista o del intermediario, según sea el caso.

Y aún más, previendo la posibilidad de la utilización del trabajo subcontratado en forma fraudulenta, el proyecto de recomendación expresa categóricamente el deber de igual tratamiento ante la procedencia de este tipo de situaciones, en virtud de su punto sexto.

En definitiva, no podemos echar en falta normas que en nuestra Ley N° 20.123 no existen respecto de la equiparación salarial, si los propios convenios internacionales atinentes a la materia no las contienen explícitamente.

Sin embargo, a la luz de los proyectos de instrumentos internacionales respecto de los trabajadores subcontratados, resulta esperable una tendencia orientada a la equiparación salarial, de éstos respecto del general de sus pares.

Creemos que en la medida que esta equiparación abarque un mayor número de materias, no sólo el aspecto salarial, la posibilidad de la mala utilización de estas nuevas formas de contratación disminuye y, si bien es cierto que resulta un tanto utópico pretender que nuestra legislación sea vanguardia en estos temas, no lo es tanto el esperar que ellos entren al debate público en un mediano plazo. Sin ir más lejos, podemos observar lo que ha ocurrido recientemente con los trabajadores subcontratados que laboran para CODELCO, cuyas demandas laborales se centraron fundamentalmente en la igualación de sus condiciones de trabajo (entre ellas el salario) respecto de los funcionarios dependientes de dicha empresa.

En este sentido, creemos que debieran primar criterios jurídicos antes que económicos para no errar en la regulación de este tipo de garantías, puesto

que la cláusula de no discriminación, de igual trato y, por qué no decirlo, de equiparación salarial constituyen en definitiva manifestaciones del principio más arraigado en nuestra cultura jurídica, a saber, el de igualdad, cuyo peso específico es el que debiera imperar en este debate, antes que los posibles cálculos de los efectos económicos en la introducción de normas de este tipo.

#### **3.4.2.5. Salario mínimo**

El salario mínimo o, mejor dicho, ingreso mínimo, en Chile tiene carácter de ley y es a través de esta que se fija su monto año a año, por lo tanto, en nuestro país se conoce como ingreso mínimo mensual legal. Doctrinariamente se puede definir como “una cantidad mínima de compensación al trabajador por sus servicios, y que tiene por objeto proteger el ingreso al mercado laboral del trabajador menos calificado y al más vulnerable, cuya primera obligación es cumplir con la jornada ordinaria de trabajo, percibiendo por ello una remuneración que no puede ser inferior a la que la ley determine”<sup>535</sup>.

El artículo 44, inciso 3° del Código del Trabajo señala:

“El monto mensual de la remuneración no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se convinieren jornadas parciales de trabajo, la

---

<sup>535</sup> MENSAJE N° 731-355, de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un Proyecto de Ley sobre modificación al Código del Trabajo en materia de salarios base. Chile. 21 de septiembre de 2007. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de diciembre de 2007]



remuneración no podrá ser inferior a la mínima vigente, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo”<sup>536</sup>.

Como ya hemos visto, la Ley N° 20123 dispone, en su artículo 183-R, el que se incluya entre las menciones del contrato de trabajo de servicios transitorios el monto, la forma y el período de pago de la remuneración acordada, mas no contempla norma alguna respecto del salario mínimo, ni siquiera para el trabajo en régimen de subcontratación. Por lo que, resulta evidente que ella, al no contener norma específica sobre esta materia, nos remite a la regla general, vale decir, el artículo 44 del Código del Trabajo.

Nos parece que el contenido de la Ley N° 20.123 es perfectamente congruente con el artículo 11 letra c) del Convenio N° 181 de la O.I.T., que señala:

“Todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas gocen de una protección adecuada en materia de:

c) salarios mínimos”<sup>537</sup>.

Además, es preciso expresar que el Convenio N° 131 relativo a fijación de salario mínimo que es complementario de los Convenios N° 26 y 99<sup>538</sup>,

---

<sup>536</sup> CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>537</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

<sup>538</sup> En el caso del Convenio N° 26, el texto mismo del artículo 1°, párrafo 1 indica de manera explícita que no hay obligación alguna de establecer o mantener mecanismos de fijación de salarios mínimos para el Estado ratificante si, por medio de contratos colectivos, pueden fijarse eficazmente los salarios. Así, en este caso, no se plantea la cuestión de saber si los convenios colectivos constituirán o no un mecanismo de fijación de salarios mínimos, dado que los Estados ratificantes sólo quedan obligados "a establecer o mantener métodos que permitan la fijación de tasas mínimas de los salarios de los trabajadores empleados en industrias o partes

indica que dichos convenios prevén la obligación para los Estados ratificantes de establecer o mantener mecanismos que permitan la fijación de salarios mínimos (artículo 1, párrafo 1). Así, para cumplir con esta obligación, es necesario que se tomen las medidas idóneas que permitan al Estado ratificante intervenir eficazmente, cuando proceda, en la fijación de dichos salarios.

En el Convenio N° 131, la obligación correspondiente, impuesta a los Estados ratificantes, no se limita al establecimiento de mecanismos mediante los cuales se puedan fijar salarios mínimos, sino que exige además la fijación efectiva de dichos salarios (artículos 1°, párrafo 1), y 4°, párrafo 1)<sup>539</sup>.

Además, este convenio establece que si no es por negociación colectiva la fijación del salario mínimo debe tener carácter legal (artículo 2 letra b), que es el caso de Chile. Y agrega en su artículo 2 letra c) que los elementos a considerar para el establecimiento de salarios mínimos deben ser: la necesidad de los trabajadores y sus familias habida cuenta el nivel general del país y

---

de industrias (especialmente en las industrias a domicilio)" en la medida en que "no exista un régimen eficaz para la fijación de salarios, por medio de contratos colectivos u otro sistema, y en las que los salarios sean excepcionalmente bajos" (artículo 1, párrafo 1). ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 26, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos. Conferencia Internacional del Trabajo. 11ª Reunión, Ginebra, 1928. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

En el caso del Convenio N° 99, no se prevé condición alguna para que los Estados ratificantes deban proceder al establecimiento o mantenimiento "de métodos adecuados que permitan fijar tasas mínimas de salarios para los trabajadores empleados en las empresas agrícolas y en ocupaciones conexas" (artículo 1, párrafo 1). Así, nada impide que un Estado cumpla con esta obligación mediante el establecimiento o mantenimiento de un mecanismo de fijación de salarios mínimos a través de contratos colectivos, máxime que el artículo 2, párrafo 1, lo está previendo implícitamente al indicar que el pago parcial del salario mínimo en especie puede ser autorizado mediante convenios colectivos. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 99, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura). Conferencia Internacional del Trabajo. 34ª Reunión, Ginebra, 1951. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

<sup>539</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 131, sobre fijación de salarios mínimos. Conferencia Internacional del Trabajo. 54ª Reunión, Ginebra, 1970. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

factores económicos como los niveles de productividad y la conveniencia de mantener un alto nivel de empleo.

El artículo 4 de la misma norma en comento, señala que los Estados ratificantes deberán establecer y mantener mecanismos adaptados a sus condiciones y necesidades nacionales, que hagan posible fijar y ajustar en el tiempo los salarios mínimos. Luego completa que se deberán establecer métodos de consulta a las organizaciones de empleadores y trabajadores o sus representantes para la fijación de dichos mecanismos. Esto último también se cumple en Chile (independiente de su efectividad práctica).

Finalmente, y a modo de juicio, nos parece que si bien aún persisten algunos problemas en relación a los salarios mínimos (principalmente la fijación de salarios base bajo el umbral del salario mínimo efectivo<sup>540</sup>) esto no puede ni es esperable que lo solucione la Ley N° 20.123. Por lo tanto, esta respeta o al menos no modifica las condiciones en relación a salarios mínimos.

#### **3.4.2.6. Duración y distribución de la jornada laboral**

Para analizar este derecho nuevamente debemos hacer mención al artículo 183-R, inciso 2°, de Ley N° 20.123, el que nos remite a la aplicabilidad de los requisitos del artículo 10 del Código del Trabajo, en la celebración de los

---

<sup>540</sup> A este respecto el ejecutivo en día 21 de Septiembre de 2007 envió al parlamento un proyecto de Ley sobre modificación al código del trabajo en materia de salarios base. Basando la interpretación de los artículos 41 y 42, en relación con el artículo 44, en que se debe delimitar y diferenciar en el concepto de remuneración, aquellos componentes fijos de los variables, entendiendo que estos últimos dicen relación inequívoca con la productividad del trabajador, en tanto que aquellos, compensan el tiempo (jornada de trabajo) que el trabajador se pone a disposición del empleador para los servicios que se pacten en el contrato de trabajo.

De esta forma, la propuesta de cambio legal, apunta a determinar que el sueldo base, es decir el estipendio fijo en dinero o especies, que percibe el trabajador por sus servicios, no puede ser inferior al mínimo legal, sin perjuicio que el resto de la remuneración se componga de elementos variables que en forma de incentivo recompensen una mayor productividad, o mayores ventas, o bien, un mejor aporte del trabajador al crecimiento de la utilidades de la empresa. MENSAJE N° 731-355. Op. Cit.

contratos de trabajo de servicios transitorios, específicamente su numeral quinto, que señala la “duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno”<sup>541</sup>. Lo mismo rige para los trabajadores subcontratados por aplicación directa de la normativa general.

Por lo tanto, el contenido de este derecho queda en igualdad de condiciones al resto de los trabajadores.

Sin embargo, la Ley N° 20.123 especifica aún más la materia respecto de los trabajadores de empresas de servicios transitorios, pues agrega entre sus disposiciones la del artículo 183-X, el que en su inciso 2° nos señala claramente que la empresa usuaria debe respetar el contrato del trabajador con la empresa de servicios transitorios en relación a la duración de la jornada de trabajo. Es más, añade que las horas extraordinarias deberán pactarse según el artículo 32 del Código del Trabajo.

Como podemos observar, la ley reiteradamente nos remite, de una u otra forma, a las normas generales, siendo a nuestro juicio un indicio claro que ni en el espíritu ni en la forma la Ley N° 20.123 ha pretendido modificar la regulación del derecho de los trabajadores en cuanto a la distribución y duración de la jornada de trabajo.

A nivel de la normativa internacional existente respecto de la materia podemos encontrar variados convenios a este respecto. Los más atingentes por su carácter general son el Convenio N° 1 de 1919, por el cual se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y a cuarenta y ocho semanales. En el concepto de “empresas industriales” se incluyen no

---

<sup>541</sup> Artículo 10, N° 5. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

sólo las manufactureras sino también las extractivas, las de la construcción, transporte etc., sean éstas públicas o privadas<sup>542</sup>.

Luego, tenemos el Convenio N° 30 de 1930, relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas. Se incluyen en este Convenio un amplio espectro de empresas, tanto públicas o privadas, como comerciales, oficinas de correos, hospitales, hoteles, restaurantes etc. Al igual que el Convenio N° 1 consagra la jornada máxima de cuarenta y ocho horas semanales y ocho por día, en el comercio y oficinas<sup>543</sup>.

Además, está el Convenio N° 47 de 1935, relativo a la reducción de las horas de trabajo a cuarenta a la semana. En su artículo N° 1 dispone:

“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique este Convenio, se declara en favor:

a) Del principio de la semana de cuarenta horas, aplicado en forma tal que no implique una disminución del nivel de vida de los trabajadores;

b) De la adopción de las medidas que consideren apropiadas para lograr esta finalidad, y se obliga a aplicar este principio a las diferentes clases de empleos, de conformidad con las otras disposiciones de detalle que prescriban otros convenios ratificados por dicho Miembro”<sup>544</sup>.

---

<sup>542</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 1, sobre las horas de trabajo (industria). Conferencia Internacional del Trabajo. 1ª Reunión, Washington, 1919. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

<sup>543</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 30, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas). Conferencia Internacional del Trabajo. 14ª Reunión, Ginebra, 1930. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

<sup>544</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 47, sobre las cuarenta horas. Conferencia Internacional del Trabajo. 19ª Reunión, Ginebra, 1935. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

En cuanto a los instrumentos internacionales específicamente atingentes a nuestro estudio, el Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas, O.I.T., en sus artículos 11 letra d) y 12 letra c), señala que todos los Estados Miembros deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la protección de los trabajadores en cuanto al tiempo de trabajo, así como establecer las normas de asignación de responsabilidades para las agencias de empleo privadas con respecto a este punto. Por su parte, el proyecto de convenio de subcontratación, en su artículo 6, número 2, letra a), incluye el tiempo de trabajo y condiciones laborales como una materia sobre la que los Estados Miembros deberán adoptar medidas que aseguren su protección.

Volviendo a nuestro derecho, la norma general se encuentra establecida en el artículo 22 del Código del Trabajo, el que limita la duración de la jornada ordinaria de trabajo a 45 horas semanales.

Si consideramos, como ya hemos dicho, que la Ley N° 20.123 no hace ninguna referencia especial en materia de jornada de trabajo, remitiéndonos, por tanto, a la normativa general, vale decir, 45 horas semanales, debemos concluir que éste límite es congruente con lo dispuesto en los Convenios N° 1 y N° 30 de la O.I.T. ya analizados.

Sin embargo, la regla de 45 horas semanales, pareciera no estar conforme con lo dispuesto en el Convenio N° 47 de la O.I.T., pero esto es sólo aparente, puesto que lo que consagra dicho convenio es un principio al cual los Estados deben propender según sus condiciones particulares. Prueba de ello es que Chile redujo, hace algunos años, la jornada de trabajo de cuarenta y ocho a cuarenta cinco horas semanales, dando pasos hacia la consecución de este principio consagrado en dicho convenio.

### **3.4.2.7. Prestaciones de seguridad social**

Las prestaciones de seguridad social como lo analizamos pormenorizadamente en el capítulo segundo de esta investigación, son explícita y profusamente tratadas en la Ley N° 20.123, en relación principalmente a las responsabilidades que le caben en éstas a los actores involucrados, es decir empresa principal, contratista y subcontratista, en el caso de que se trate de subcontratación. Y de empresa de servicios transitorios y empresa usuaria, en lo referente al trabajo suministrado.

De la naturaleza jurídica triangular de estos tipos de relación laboral (empresa principal, contratista o subcontratista, trabajador; o empresa de servicios transitorios, empresa usuaria, trabajador), se deriva la situación en que queda este derecho del trabajador, puesto que si bien su contrato directo es con una empresa, los beneficios directos de sus labores se reflejan en otra.

i) Para el caso de la subcontratación:

En este caso el legislador consagró en la Ley N° 20.123, el llamado principio de autocontrol de las empresas para efectos de asegurar el cumplimiento de las prestaciones sociales. Dicho principio, conviene recordarlo en este punto, encuentra sustento jurídico en la responsabilidad solidaria, frente a la cual se les entregan a los actores responsables dos derechos para precaver las eventuales demandas. Estas son el derecho de ser informado sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, y el derecho de retención en caso de incumplimiento.

Lo que hacen a nuestro juicio estas normas es asentar eficazmente en el ámbito privado un sistema de derechos, obligaciones e incentivos, mediante el cual se pretende asegurar a los trabajadores el pago cabal y oportuno de sus prestaciones sociales, quedando siempre la vía judicial como último recurso.

A modo de esquema el sistema de responsabilidad queda configurado de la siguiente forma<sup>545</sup>:

Empresa principal:

- 1) Es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales del contratista
- 2) Es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales del subcontratista
- 3) Derecho de ser informada sobre el monto y estado de cumplimiento de las de las obligaciones laborales y previsionales respecto de los contratistas y subcontratistas.
- 4) Derecho de retención en el caso que no se acredite el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales.

En el caso de ejercer las facultades de información y retención, su responsabilidad será subsidiaria respecto del contratista

---

<sup>545</sup> Téngase presente lo señalado en el capítulo segundo de esta investigación, al momento de analizar los artículos 183-B, 183-C y 183-D, de la Ley N° 20.123.



- 5) Obligación con lo obtenido en la retención de pagar (por subrogación), a los trabajadores o institución previsional acreedora.

Empresa contratista:

- 1) Es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales del subcontratista.
- 2) Derecho de ser informada sobre el monto y estado del pago de las de las obligaciones laborales y previsionales respecto de los subcontratistas.
- 3) Derecho de retención en el caso que no se acredite el cumplimiento integro de las obligaciones laborales y previsionales.

Si ejerce estos derechos su responsabilidad será subsidiaria respecto del subcontratista

- 4) Obligación con lo obtenido en la retención de pagar (por subrogación), a los trabajadores o institución provisional acreedora.

Todo lo anterior demuestra, a nuestro juicio, que este derecho, desde el punto de vista práctico queda bien resguardado, puesto que el trabajador puede demandar a varias empresas a la vez (este es el efecto práctico de la solidaridad antes mencionada). Además, a la empresa principal le conviene ejercer el derecho a ser informada y, en caso de incumplimiento, ejercer el derecho de retención, para prevenir los resultados de una eventual demanda, al

transformar su responsabilidad solidaria en subsidiaria, lo que redundará en mayor seguridad en el cumplimiento del pago de las prestaciones de seguridad social para el trabajador.

ii) Para el caso de Empresas de Servicios Transitorios.

La Ley N° 23.123 implantó como requisito de constitución de una empresa de servicios transitorios, una garantía que estas deben constituir a nombre de la Dirección del Trabajo, con el objetivo exclusivo de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales y legales (léase para este caso prestaciones sociales) con el trabajador.

Dicha garantía, establecida en el artículo 183-J de la mencionada ley, es tratada en detalle en el capítulo segundo del presente trabajo, de tal manera que en este apartado baste con mencionar que asciende a 250 unidades de fomento, las que deben ser aumentadas en una unidad de fomento por cada trabajador contratado por sobre 100 trabajadores, y en 0,7 unidades de fomento por sobre 150 trabajadores, y 0,3 unidades de fomento por sobre 200 trabajadores, y que además es reajutable cada doce meses.

Otro punto fundamental es que la ley, para el caso de de las deudas que se originen a causa de que las prestaciones sociales incumplidas, instaura en el artículo 183-AB, inciso primero, la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto de la empresa de servicios transitorios que vulnera sus obligaciones a este respecto.

Al igual que en el caso de subcontratación nos parece que se toman resguardos en vía del cumplimiento de las prestaciones sociales. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, nos parece que los montos a que asciende

dicha garantía, podrían no ser suficientes llegado el caso de acudir a ellos y que por tanto se caería nuevamente en demandas laborales de procedimiento común.

De esta forma, entonces, nos abocaremos ahora a analizar el estado de este derecho en la legislación chilena en el ámbito de las convenciones y recomendaciones de la O.I.T., según corresponda.

En el ámbito internacional, la referencias se encuentran tanto en el Convenio N° 181 O.I.T., artículo 11 letra e), que establece que se deben tomar las medidas para asegurar las prestaciones de seguridad social obligatorias; y en el artículo 4 letra a) del Proyecto de Convenio de subcontratación que establece que deben adoptarse medidas, para garantizar una protección adecuada por lo que se refiere al pago de toda cotización de la seguridad social.

Además, nos parece que en lo que se refiere al principio de autocontrol como eje conductor de las disposiciones que dicen relación con las prestaciones sociales, la Ley N° 20.123 es ampliamente concordante con los artículos 8 y 9<sup>546</sup> del Proyecto de Recomendación sobre trabajo en régimen de

---

<sup>546</sup> “Artículo 8. 1) La legislación y la práctica nacionales podrían atribuir al subcontratista (o al intermediario, según proceda) y a la empresa usuaria la responsabilidad que a cada uno incumba con relación al cumplimiento de las obligaciones contraídas para con los trabajadores en régimen de subcontratación, tomando en consideración el grado de dependencia o de subordinación de estos trabajadores respecto de aquéllos.

2) Cuando la parte responsable de las obligaciones a que se refiere el subpárrafo 1) anterior las incumpla, la otra parte, cuando proceda, debería tener la responsabilidad de cumplirlas.

3) En la medida prevista por la legislación nacional, las obligaciones económicas para con el trabajador en régimen de subcontratación podrían recaer solidariamente en el subcontratista y la empresa usuaria, o en el intermediario y dicha empresa, o en todas esas partes, según sea el caso.

Artículo 9. En caso de insolvencia de la empresa usuaria, del subcontratista o del intermediario, los créditos de los trabajadores en régimen de subcontratación deberían tener la misma prioridad que la prevista por la legislación y la práctica nacionales para los créditos

subcontratación. Dichos artículos consagran la solidaridad de las empresas involucradas frente a las eventuales deudas con los trabajadores, las que incluyen naturalmente las prestaciones sociales.

Por todo lo antes mencionado, a nuestro juicio la Ley N° 20.123, garantiza, tanto en relación a la subcontratación, como a las empresas de servicios transitorios, un correcto tratamiento de las prestaciones sociales, facilitando mecanismos que permiten finalmente que se satisfaga este derecho de los trabajadores.

#### **3.4.2.8. Tratamiento de los datos personales**

El tratamiento de los datos personales del trabajador forma parte de una materia más amplia y de reciente desarrollo doctrinal en el país, cual es la de los derechos fundamentales en la empresa<sup>547</sup>, que implica el reconocimiento y aplicabilidad directos de las garantías constitucionales a los trabajadores y empleadores en el ámbito de su relación laboral.

Tomada desde la teoría alemana de la *Drittwirkung*, la relación entre el derecho del trabajo y los derechos fundamentales garantizados por la Constitución ha motivado reformas legislativas y nuevas maneras de entender el alcance y ejercicio de ciertos derechos.

En lo que concierne al tratamiento de los datos personales del trabajador, el vínculo se produce entre el derecho del trabajo y la garantía establecida en el

---

adeudados al trabajador por su empleador". ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

<sup>547</sup> En relación a este tema, puede consultarse GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Ciudadanía en la empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos. Op. Cit.

artículo 19 N° 4 de nuestra Constitución<sup>548</sup>, y se ha enfocado fundamentalmente al tratamiento de aquellos datos que tienen un potencial valor económico, como números de cédula de identidad, domicilio, información de cuentas corrientes, bancarias o de otra índole, correos electrónicos, etc.; y de aquellos datos con un potencial grado de uso discriminatorio: información relativa a enfermedades como el SIDA, depresiones y otros trastornos emocionales, drogadicción, etc.

En otras palabras, la garantía de protección a la vida privada resguarda al trabajador y obliga al empleador que, con ocasión de la relación laboral, toma conocimiento y manejo de información privada, a no difundirla salvo expresa autorización legal o del propio trabajador.

El Convenio N° 181 de la O.I.T., en su artículo 6, dispone expresamente dos deberes para el tratamiento de datos personales de trabajadores que laboren en agencias de empleo privadas, a saber:

- i) El que se efectúe en condiciones que protejan dichos datos, resguardando la vida privada de los trabajadores.
- ii) El que los datos se limiten a aquellos que dicen relación con la experiencia y calificación del trabajador y a cualquier otra información directamente pertinente.

Por su parte, la Recomendación N° 188 complementa lo anterior señalando que para las agencias de empleo privadas: debe prohibírseles consignar en registros, datos personales que no sean necesarios para evaluar

---

<sup>548</sup> “Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

4°- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.  
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Op. Cit. p. 17

la aptitud de los trabajadores para el empleo a desarrollar<sup>549</sup>; deben conservar dichos datos mientras se justifique el fin para el que se recabaron o el trabajador consienta en ello<sup>550</sup>; deben asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales, tal y como se conservan, a su examen y obtención de copia de los mismos, y el derecho a solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos<sup>551</sup>; y en cuanto a los datos sobre las condiciones de salud de un trabajador, no deben solicitarlos, conservarlos ni utilizarlos, salvo cuando digan relación directa con los requisitos del trabajo y el trabajador lo autorice expresamente<sup>552</sup>.

El convenio y la recomendación remiten estos deberes y medidas a los Estados Miembros, a través de las prácticas y legislaciones nacionales y, como ya hemos dicho, nuestro Código Laboral recoge, desde hace algún tiempo, la obligación de reserva a que está sujeto el empleador de aquellos datos personales a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral, en su artículo 154 bis<sup>553</sup>. También la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal, establece una serie de disposiciones que van en la misma dirección que lo señalado en el convenio y la recomendación, a modo de ejemplos, podemos ver lo dispuesto en su artículo cuarto que señala: “el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello”<sup>554</sup>; por su parte, el artículo sexto habla de su eliminación cuando el almacenamiento ya no tenga fundamento legal o hayan caducado, así como del deber de modificarlos cuando sean erróneos o

---

<sup>549</sup> Punto 11. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 188, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

<sup>550</sup> Punto 12, N° 1. Op. Cit.

<sup>551</sup> Punto 12, N° 2. Op. Cit.

<sup>552</sup> Punto 12, N° 3. Op. Cit.

<sup>553</sup> “El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”. Artículo 154 bis. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>554</sup> Artículo 4. LEY N° 19.628. Op. Cit.

incompletos; en su artículo séptimo se establece el deber de secreto respecto de dichos datos por parte de las personas que trabajen con ellos; también se señala que deben utilizarse sólo para la finalidad para la cual fueron recolectados (artículo 9); y el artículo 10 dispone expresamente que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, acá se refiere especialmente a los datos que dicen relación con la salud de las personas. Agreguemos que esta ley tiene un Título II, “De los derechos de los titulares de datos”, dentro del cual podemos destacar su artículo 12, referente a los derechos a ser informado del propósito del almacenamiento y de la difusión de los datos personales, a su modificación, eliminación y bloqueo; también destacan los artículos 16 y 23 que establecen el derecho de recurrir a tribunales para el caso de infracción a la normativa y para buscar una indemnización patrimonial y moral por el daño producido por el tratamiento indebido de los datos.

A primera vista, entonces, respecto de los trabajadores subcontratados y de empresas de servicios transitorios, no pareciera justificarse la inclusión de una norma específica que proteja este derecho, toda vez a que se encuentra universalmente garantido por nuestra Constitución y la ley, pero fundamentalmente porque el trabajar bajo alguna de estas nuevas modalidades no supone, al menos en teoría, un mayor riesgo de vulneración de este derecho respecto del resto de los trabajadores.

Sin embargo, si observamos con mayor detenimiento, la situación para el caso de los trabajadores de empresas de servicios transitorios es un tanto más compleja, en virtud de la triangularidad en la relación laboral: si bien es cierto que los datos que se manejan respecto de trabajadores de empresas de servicios transitorios son prácticamente los mismos que los del resto de los trabajadores, existe en esta modalidad de trabajo un ente que maneja o puede

manejar datos personales sin tener la calidad de empleador, a saber, la empresa usuaria.

Es por ello que la Ley N° 20.123 ha incluido esta limitante para el caso específico del trabajo suministrado, agregando el artículo 183-Y al Código del Trabajo, específicamente su inciso segundo, que dispone:

“La usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”<sup>555</sup>.

De esta manera, además de cumplir con la exigencia que establece el ya citado Convenio N° 181 de la O.I.T., el legislador intenta resguardar al trabajador de la posibilidad de abuso de sus datos por parte de la empresa usuaria.

Con todo, pareciera que lo mismo podría producirse en el caso de la subcontratación entre el trabajador subcontratado y la empresa principal, contratista o subcontratista, en su caso. Sin embargo, la ley no señaló nada al respecto, por lo que, ante una eventual violación de este derecho, debiera recurrirse a la normativa general del Código del Trabajo, a los preceptos contenidos en la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal, y a las normas constitucionales cuando corresponda.

#### **3.4.2.9. Acceso a la formación**

---

<sup>555</sup> Artículo 183-Y, inciso 2°. LEY N° 20.123. Op. Cit.



El acceso a la formación es uno de los derechos que surgen del nuevo orden de cosas establecido por los procesos flexibilizadores puesto que, sin perjuicio de la evidente necesidad de capacitar continuamente a sus trabajadores, cualquiera sea el tipo de empresa<sup>556</sup>, la naturaleza de los servicios que prestan tanto trabajadores subcontractados, como trabajadores de empresas de servicios transitorios, ha hecho de esta necesidad prácticamente un requisito, ya que generalmente están relacionados con el tema de la especialización.

Contemplada en la letra f) del artículo 11 del Convenio N° 181 de la O.I.T., el acceso a la formación se entiende como una de las materias en que los Estados Miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce de una adecuada protección.

Por su parte, el artículo 12 del citado instrumento, exige la determinación de responsabilidades exigibles a las agencias de empleo privadas en relación con el acceso a la formación de trabajadores.

A su vez, en un tono más bien programático, el punto 17 de la Recomendación N° 188 de la O.I.T., comprende la promoción de proyectos conjuntos en materia de formación entre las posibles medidas de fomento de la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas<sup>557</sup>. Asimismo, contempla específicamente la formación de personal como otra materia de cooperación<sup>558</sup>.

---

<sup>556</sup> Las actividades de capacitación que realizan las empresas en general, están reguladas por el Estatuto de Capacitación y Empleo. LEY N° 19.518. Op. Cit.

<sup>557</sup> Punto 17, letra c). ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 188, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

<sup>558</sup> Punto 17, letra e). Op. Cit.

De otro lado, señalemos que el Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación y su respectivo Proyecto de Recomendación, no encontramos disposiciones relativas a esta materia.

En nuestro derecho local, observamos que la Ley 20.123 consagra este derecho en virtud de dos normas: el artículo 183-F, al establecer en la definición misma de las empresas de servicios transitorios, como las encargadas de la capacitación y formación de sus trabajadores, concretando dicho mandato en el artículo 183-AD, al establecer, para las empresas de servicios transitorios, la obligación de capacitar como mínimo al 10% de los trabajadores que hayan puesto a disposición en un año calendario<sup>559</sup>, encargando a la Dirección del Trabajo velar por el cumplimiento de la disposición. Cabe señalar que la última de estas disposiciones, a pesar de encontrarse en el párrafo de Normas Generales, refiere únicamente a lo que sucede en el marco del trabajo temporal vía empresas de servicios transitorios.

Sin entrar en la discusión de si estas exigencias son o no suficientes, lo cierto es que debemos admitir que en este punto la legislación cumple con garantizar de manera concreta el derecho a la formación de los trabajadores de empresas de servicios transitorios. La práctica dirá si dicha exigencia es o no satisfactoria, y si se debe adaptar o perfeccionar.

---

<sup>559</sup> Al respecto, la Dirección del Trabajo ha señalado que:

“1) El porcentaje mínimo del 10% de los trabajadores de empresas de servicios transitorios que deben ser capacitados anualmente por éstas, según el artículo 183-AD del Código del Trabajo, se obtiene del total de trabajadores incluidos en los contratos de puesta a disposición de trabajadores transitorios celebrados con las empresas usuarias, durante el lapso 1° de enero a 31 de diciembre de cada año, y 2) Las acciones de capacitación que deben ejecutar las empresas de servicios transitorios en favor de sus trabajadores que ponen a disposición de empresas usuarias, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 183-AD del Código del Trabajo, son las sujetas al Estatuto de Capacitación y Empleo, de la ley N° 19.518, que permite acogerlas a la franquicia tributaria correspondiente, y ya sea que las emprendan directamente, en forma aislada o conjuntamente con otras empresas, o las realicen a través de Organismos Técnicos de Capacitación, OTEC, o de Organismos Técnicos Intermedios para Capacitación, OTIC.”. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 0220/007, de 15.01.08. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 22 de febrero de 2008]

### **3.4.2.10. Seguridad y salud en el trabajo**

El tratamiento que a esta materia da la Ley N° 20.123, se encuentra profusamente analizado en el capítulo segundo de nuestra investigación. Sin embargo, cabe recordar acá algunos de sus aspectos, para luego cotejarlos con la normativa internacional.

#### **i) En el caso de subcontratación**

En su artículo 183-E, la ley dispone que, sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista o subcontratista con sus propios trabajadores que se establecen en el artículo 184 de Código del Trabajo, en relación a la protección de su salud y seguridad, éstas deben además proteger la seguridad y salud del resto de los trabajadores a su cargo, según lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.

A modo de clarificar este punto diremos que si una empresa principal contrata o subcontrata para un servicio, obra o faena propio de su giro, deberá implementar un sistema de gestión, que consiste en que se obliga a confeccionar un reglamento para empresas contratistas y subcontratistas, en el que se establezcan las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas de la seguridad y salud en el trabajo, con el objeto de vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, para todos los trabajadores, cuando en conjunto sean más de cincuenta. Debe también velar por la constitución de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad, si hay más

de 25 trabajadores, o de un Departamento de Prevención de Riesgos, si son más de 100<sup>560</sup>.

ii) Para el caso de Empresas de Servicios Transitorios.

A su vez, y en materia de contrato de servicios transitorios, el artículo 183-X señala que el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, el que deberá ser puesto en su conocimiento mediante la entrega de un ejemplar impreso, en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 156 del Código del Trabajo.

Luego, el artículo 183-AB agrega:

“Será de responsabilidad directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley N° 16.744, especialmente las medidas de prevención de riesgos que deba adoptar respecto de sus trabajadores permanentes. Asimismo, deberá observar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 66 bis de la ley N° 16.744<sup>561</sup>”.

Por tanto, la salud y seguridad de los trabajadores bajo estos tipos de contratación se ve resguardada tanto por su empresa de origen, como por la empresa donde realizan sus labores. De tal modo, debemos concluir que en materia de salud e higiene la Ley N° 20.123 no sólo mantiene las condiciones generales haciendo mención al artículo 184 del Código del Trabajo, sino que

---

<sup>560</sup> Remitirse a lo señalado al revisar el artículo 7 de la Ley N° 20.123, en el capítulo segundo de nuestro trabajo, al momento de analizar las adecuaciones formales que introducía esta ley.

<sup>561</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

además, en general, concibe un sistema donde la responsabilidad directa en este derecho recae sobre la empresa principal o usuaria según sea el caso.

Finalmente, como vimos en el capítulo segundo de nuestro trabajo, concibe una serie de disposiciones repartidas en su redacción que establecen responsabilidades, métodos de aplicación, fiscalizaciones etc., con el objeto de hacer eficaz la protección de los trabajadores en materia de salud y seguridad.

En el campo internacional debemos citar nuevamente el artículo 11 del Convenio N° 181 O.I.T., que en su letra g) establece que se deben adoptar las medidas para que los trabajadores gocen de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Por su parte, el Proyecto de Convenio sobre trabajo en régimen de subcontratación contempla en su artículo 3° que los Estados Miembros deben tomar las medidas a fin de prevenir accidentes y daños para la salud de los trabajadores. Agregando su respectivo proyecto de recomendación, en su punto 7, que los trabajadores podrán negarse a realizar labores cuando tengan motivos fundados que conllevan un peligro para su seguridad o salud. Esto último resulta llamativo, ya que al menos en materia de seguridad y salud, abre una puerta hacia el empoderamiento de los trabajadores en relación con sus obligaciones contractuales derivadas de la subcontratación. Vimos en el capítulo segundo, que la Ley N° 20.123 no se pronuncia sobre los trabajos riesgosos o peligrosos, como sí ocurre en otras legislaciones donde se prohíbe suministrar trabajadores para dichas labores. En Chile no hay disposición expresa respecto a esto, pero sí una serie de normas que protegen a los trabajadores en este sentido.

### **3.4.2.11. Indemnización en caso de accidente en el trabajo o enfermedad profesional**

Habida cuenta de la revisión hecha de estos temas en el capítulo segundo del presente trabajo y en el acápite precedente, en lo que refiere a las indemnizaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, podemos señalar que el sistema se configura básicamente de la siguiente manera:

i) Para el caso de la subcontratación:

Tal como ha sido estudiado, es el artículo 183-E de la Ley N° 20.123 el que impone los deberes de protección a la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en la obra de la empresa principal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 184 del Código del Trabajo.

ii) Para el caso de trabajadores de empresas de servicios transitorios:

Debemos recordar la norma del artículo 183-AB de la Ley N° 20.123, principalmente en el establecimiento de una responsabilidad directa de la empresa usuaria, en aquello que diga relación con las normas de higiene y seguridad en el trabajo.

Cabe recordar, además, que el citado artículo 183-AB implica una modificación a la regla general contenida en el artículo 69 de la Ley N° 16.744, al radicar la responsabilidad, ya no en el empleador o tercero por cuya culpa o dolo se haya producido el accidente laboral o provocado la enfermedad profesional, sino en la empresa usuaria, tal como se analizó a propósito del

contrato de trabajo de servicios transitorios en el capítulo anterior, específicamente al estudiar la responsabilidad directa de la empresa usuaria.

Nos parece evidente que la reforma incluyera una norma de este tenor, toda vez que quien está en posición de hacerse cargo de estos temas respecto del trabajador es la empresa usuaria antes que la de servicios transitorios.

Consecuencia de lo anterior es que las indemnizaciones procedentes por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales son de cargo de la usuaria, habida cuenta de la obligación de la empresa de servicios transitorios de constatar la compatibilidad de la salud del trabajador suministrado con las actividades que realizará.

Al revisar la normativa internacional atingente, podemos afirmar que el sistema precedentemente descrito se encuentra en armonía con las disposiciones de dichos instrumentos.

Es así como el artículo 11, letra h) del Convenio N° 181 de la O.I.T. ordena la adopción de las medidas necesarias para asegurar el goce de una protección adecuada en materia de accidente del trabajo o enfermedad profesional para los trabajadores de agencias de empleo privadas. A su vez, el artículo 12, letra g), ordena la determinación y atribución de las responsabilidades que sobre la materia quepan a la empresa de servicios transitorios o a la usuaria, cuando corresponda.

Por su parte, la Recomendación N° 188 de la O.I.T. no contiene normas relativas ni a la protección en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, ni a la asignación de las responsabilidades que por ellas correspondan. Sin perjuicio de ello, el deber de proteger al trabajador se

manifiesta en el punto 8, letra a), en el sentido que las agencias de empleo privadas no deberían reclutar, colocar o emplear trabajadores para labores que impliquen riesgos o peligros no consentidos.

En materia de subcontratación, el proyecto de convenio ordena la adopción de medidas para garantizar que aquellos trabajadores subcontratados que con ocasión de su trabajo sufran un accidente o enfermedad, perciban la correspondiente indemnización (artículo 4, letra c)).

El proyecto de recomendación, por otro lado, contempla la posibilidad de los trabajadores a negarse a realizar trabajos peligrosos para su salud o seguridad en su punto séptimo refiriéndose, al igual que la Recomendación N° 188, indirectamente al tema.

#### **3.4.2.12. Indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales**

Lo primero que podemos señalar a propósito del contenido de la presente garantía es su contenido específico. Y es que si bien la expresión créditos laborales puede abarcar toda obligación que con ocasión de una relación de trabajo se constituya en favor de los trabajadores, ella está referida a lo que ocurre con éstas obligaciones en caso de insolvencia del empleador. Es por ello que cuando hablemos de indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales, en principio no nos referimos al sistema de asignación de responsabilidades en el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, tema ya revisado en acápite anteriores, sino que estrictamente a lo que sucede con estas en caso que el empleador caiga en insolvencia.



Lo anteriormente dicho cobra sentido y fuerza al tenor de la revisión de la normativa internacional. Y es que en el seno de la 79° Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, se decidió adoptar el Convenio N° 173 de la O.I.T.<sup>562</sup>, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

En principio aplicable a todo tipo de trabajadores<sup>563</sup>, el Convenio contempla dos mecanismos de protección de los créditos laborales, el primero por medio del establecimiento de un privilegio<sup>564</sup>, el segundo por medio de una institución de garantía<sup>565</sup>. En su aceptación, los Estados Miembros pueden adoptar uno de ellos o ambos a la vez<sup>566</sup>.

i) Protección de los créditos laborales por medio de un privilegio:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de dicho convenio, “los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo, deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda.

---

<sup>562</sup> Cabe destacar que este instrumento internacional, a la fecha, no ha sido ratificado por nuestro país. Sin embargo, el análisis de sus normas resulta atinente en el presente punto que nos convoca.

<sup>563</sup> En virtud de su artículo 4, punto 1), el Convenio se aplica “a todos los trabajadores asalariados y a todos los sectores de la actividad económica”. Sin perjuicio de ello, en su punto siguiente contempla la posibilidad de excluir a determinadas categorías de trabajadores, particularmente aquellos del sector público, en cuyo caso deberá informar en las memorias que presente, las informaciones sobre dichas excepciones y explicaciones de sus motivos, de conformidad a lo dispuesto en su punto tercero. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 173, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Conferencia Internacional del Trabajo. 79ª Reunión, Ginebra, 1992. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de febrero de 2008]

<sup>564</sup> Artículos 5 y siguientes. Op. Cit.

<sup>565</sup> Artículos 12 y siguientes. Op. Cit.

<sup>566</sup> Artículo 3. Op. Cit.

El privilegio deberá cubrir al menos los créditos que digan relación con salarios, indemnizaciones adeudadas con motivo de la terminación de la relación de trabajo, vacaciones pagadas y otras ausencias retribuidas. En éste último caso, así como respecto de los salarios, la entidad de la garantía no podrá ser inferior al período de tres meses precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo<sup>567</sup>.

Sin perjuicio de contemplar limitaciones en cuanto al monto del privilegio<sup>568</sup>, el convenio ordena atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los créditos privilegiados, en particular los del Estado y de la seguridad social<sup>569</sup>, sin perjuicio de la excepción contemplada en el número 2 de su artículo 8, para el caso en que también se proteja a los créditos laborales por vía de una institución de garantía.

ii) Protección de los créditos laborales por medio de una institución de garantía:

El convenio contempla la posibilidad de asegurar el pago de los créditos laborales adeudados por un empleador insolvente, por medio de una institución de garantía<sup>570</sup>.

Sin perjuicio de las diferencias en cuanto a la extensión de la garantía<sup>571</sup>, las materias que deben ser cubiertas por ella son las mismas que para el caso del privilegio, vale decir, salarios, indemnizaciones por término de la relación

---

<sup>567</sup> Artículo 6. Op. Cit.

<sup>568</sup> El que no podrá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable. Artículo 7. Op. Cit.

<sup>569</sup> Artículo 8, número 1). Op. Cit.

<sup>570</sup> Artículo 9. Op. Cit.

<sup>571</sup> Los períodos que cubre la protección por vía de un privilegio y por vía de una institución de garantía no coinciden.

laboral, vacaciones pagadas y otras ausencias retribuidas<sup>572</sup>. De igual manera, se contempla la posibilidad de establecer un límite al monto de la garantía, así como su reajustabilidad en caso que ello se produzca<sup>573</sup>.

Ahora bien, en relación con los instrumentos específicos relativos a los casos de contratación que motivan nuestro trabajo, debemos señalar que el Convenio N° 181 de la O.I.T. contempla el deber para los Estados Miembros de adoptar las medidas necesarias para asegurar una protección adecuada en materia de indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales<sup>574</sup>, así como la determinación y asignación de las responsabilidades que les correspondan a las agencias de empleo privadas en esta materia<sup>575</sup>. Por su parte, la Recomendación N° 188 de la O.I.T. no hace referencia al tema.

A pesar de no contener norma específica al respecto, el Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación ordena que se determinen claramente las responsabilidades relativas al cumplimiento de las obligaciones económicas relativas a cotizaciones de seguridad social y las sumas que se adeuden con ocasión del trabajo realizado<sup>576</sup>.

La Ley N° 20.123, pese a no contener normas específicas relativas a la insolvencia del empleador y lo que sucede en ese caso con los créditos laborales, sí contempla un mecanismo específico de resguardo de las

---

<sup>572</sup> Artículo 12. Op. Cit.

<sup>573</sup> Artículo 13. Op. Cit.

<sup>574</sup> Artículo 11, letra i). ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

<sup>575</sup> Artículo 12, letra h). Op. Cit.

<sup>576</sup> Artículo 4, letras a) y b). Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

obligaciones legales y contractuales a favor de los trabajadores de empresas de servicios transitorios<sup>577</sup>.

En este sentido, ordena constituir la, ya varias veces citada, garantía permanente a nombre de la Dirección del Trabajo, destinada preferentemente a responder por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, y luego por las multas que se le apliquen por infracción a las normas del Código del Trabajo.

Jurídicamente, y en forma expresa, la garantía se ha constituido como un patrimonio de afectación, destinado a satisfacer los fines que hemos reseñado, encontrándose excluida del derecho de prenda general de los acreedores para con la empresa. Estas últimas características son de la más alta importancia, dado el nivel de seguridad en el cumplimiento de obligaciones con ocasión de la relación laboral que implican, pasando incluso por sobre el derecho de prenda general y las reglas de prelación de créditos contenidas en nuestro Derecho Civil.

En relación al trabajo en régimen de subcontratación, no encontramos norma específica que proteja los créditos laborales de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador. Sin embargo, y en concordancia con lo dispuesto en el proyecto de convenio de la O.I.T. sobre la materia, la Ley N° 20.123 sí regula en forma clara acerca de la determinación de las responsabilidades respecto de las obligaciones a favor de los trabajadores subcontratados con ocasión de su labor. En este sentido, cabe recordar el sistema de responsabilidad que la ley construye en virtud de sus artículos 183-B, 183-C y 183-D, el que constituye en principio, un efectivo mecanismo para asegurar la

---

<sup>577</sup> Artículo 183-J. LEY N° 20.123. Op. Cit.

debida protección de los trabajadores en el cumplimiento de las obligaciones laborales en su favor, y que ya hemos estudiado anteriormente<sup>578</sup>.

Ahora bien, al no disponer en forma específica para el caso de insolvencia, debemos recurrir a las normas generales, contenidas en nuestro Código Civil, en su cuadragésimo primer título, de la prelación de créditos. En él, se dispone que “toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables<sup>579</sup>”, facultad que se ha conceptualizado como el derecho de prenda general. A su vez, se establecen ciertas reglas de preferencia para el cobro de los créditos, declarándose que las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca<sup>580</sup>. En cuanto a los privilegios, se establecen créditos de primera, segunda, tercera y cuarta clase<sup>581</sup>, correspondiendo las remuneraciones, las asignaciones familiares, las cotizaciones de seguridad social y las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral, a créditos de la primera clase<sup>582</sup>. Cabe señalar que la prelación de créditos implica la preferencia de los de primera clase por sobre los de segunda, y así sucesivamente, y dentro de una misma clase, la preferencia en el orden de su numeración, constituyendo los créditos laborales señalados, los números 5, 6 y 8 dentro de los créditos de primera clase.

En vista de la norma general, queda aún más relevada la importancia de lo dispuesto por el artículo 183-J de la Ley N° 20.123 puesto que, como se vio, la garantía en cuya virtud se instituye, es un patrimonio de afectación, excluido

---

<sup>578</sup> Dichas normas se encuentran también en sintonía con la cláusula de no discriminación e igual tratamiento contenidas en los proyectos de convenio y recomendación de la O.I.T.

<sup>579</sup> Artículo 2465. CÓDIGO CIVIL. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 17ª Edición, 2006.

<sup>580</sup> Artículo 2470. CODIGO CIVIL. Op. Cit.

<sup>581</sup> Artículo 2471. CÓDIGO CIVIL. Op. Cit.

<sup>582</sup> Artículo 2472. CÓDIGO CIVIL. Op. Cit.

del derecho de prenda general de los acreedores, por lo que los trabajadores de empresas de servicios transitorios se encuentran, en principio, incluso en mejor posición que el resto de los trabajadores para el cobro de sus obligaciones, dado que estos últimos deberán recurrir a la normativa general, mientras que aquellos cuentan con un patrimonio que les asegura el cumplimiento de dichas obligaciones.

#### **3.4.2.13. Protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales**

En cuanto a la protección y prestaciones de maternidad, el tratamiento que recibe este derecho resulta bastante disímil en lo que respecta al trabajo en régimen de subcontratación, en comparación al ejercido en las empresas de servicios transitorios.

Es así como la ley no contiene norma alguna para el caso de la subcontratación, en circunstancias que para el caso de las empresas de servicios transitorios se reglamenta expresamente, situación que revisaremos a continuación.

i) Para el caso de la subcontratación:

La ausencia de norma específica que reglamente el ejercicio y exigibilidad de esta garantía nos remite necesariamente a la aplicación de las normas generales contenidas en el Código del Trabajo, a saber, las normas sobre fuero maternal contenidas en su artículo 201, entre otras. En este sentido, la omisión de la ley pone, en principio, en pie de igualdad a las trabajadoras subcontratadas respecto del resto de sus pares.

ii) Para el caso de trabajadoras de empresas de servicios transitorios:

Como ya se anticipó, esta garantía recibe un tratamiento expreso en la ley, específicamente en su artículo 183-AE. El tenor de éste está tan explícito es su redacción, que es evidente que el legislador no quiso dejar dudas al respecto. Por lo mismo nos parece que para analizar este derecho es ineludible hacerlo desde la transcripción del mencionado artículo, a saber:

“Artículo 183-AE.- Las trabajadoras contratadas bajo el régimen contemplado en este Párrafo, gozarán del fuero maternal señalado en el inciso primero del artículo 201, cesando éste de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria.

Si por alguna de las causales que establece el presente Párrafo se determinare que la trabajadora es dependiente de la usuaria, el fuero maternal se extenderá por todo el período que corresponda, conforme a las reglas generales del presente Código.”<sup>583</sup>.

Entonces tenemos que se reconoce el fuero maternal del artículo 201, que establece que durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad (doce semanas después del parto)<sup>584</sup> la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174<sup>585</sup>. Y siendo que el artículo 174 establece que “en el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente”<sup>586</sup>, en principio se podría creer que las trabajadoras contratadas bajo las reglas de la Ley N° 20.123 conservan intacto este derecho (irrenunciable por cierto). Sin embargo, esto no es así, ya que el artículo 183-AE

---

<sup>583</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>584</sup> Artículo 195, inciso 1°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>585</sup> Artículo 201, inciso 1°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

<sup>586</sup> Artículo 174, inciso 1°. CÓDIGO DEL TRABAJO. Op. Cit.

agrega lo siguiente: “cesando éste de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria”, es decir el fuero maternal del artículo 201.

De lo anterior se derivan a nuestro juicio las siguientes consecuencias:

1. Que no es una imprevisión que el legislador haya ocupado el término “de pleno derecho”, puesto que este tiene un contenido unívoco en materia jurídica que significa por la sola fuerza de la ley. De pleno derecho no quiere decir otra cosa que: no procede recurso alguno en su contra.
2. Que si el fuero maternal por definición legal es un periodo de tiempo (un año después de las doce semanas del descanso de maternidad) y los contratos de servicios transitorios bajo la Ley N° 20.123, son por definición legal temporales (durante periodo de ausencia del trabajador titular, o de 90 a 180 días)<sup>587</sup>. Tenemos, por tanto, que ambos periodos se encuentran legalmente delimitados en el tiempo.
3. Que desde luego para poder hacer que ambos periodos sean coexistentes en la legislación laboral, debe constar una preeminencia de uno sobre el otro.
4. Que esta preeminencia de derechos si bien puede ser resuelta por los tribunales, el legislador en este tema quiso dejar claro que llegado el caso por el sólo peso de la ley, el periodo de tiempo aplicable es el del término del contrato de servicios con la empresa usuaria, convirtiéndose este en una especie de plazo extintivo legal del fuero maternal.

---

<sup>587</sup> Artículo 183-O, LEY N° 20.123. Op. Cit.



5. Que si bien el artículo 183-AE agrega que: si se determinare que la trabajadora es dependiente de la usuaria, el fuero maternal se extenderá por todo el período que corresponda, conforme a las reglas generales del presente Código, esto no es más que evidenciar que al no estar frente a un contrato laboral de servicios transitorios, se debe regir por la regla general.
6. Llama poderosamente la atención que el fuero maternal se haya sujetado al contrato con la usuaria y no al contrato con la empresa de servicios transitorios puesto que el contrato de trabajo con la empresa de servicios transitorios podría ser de plazo fijo (superior al tiempo de la prestación de los servicios en la usuaria) o incluso indefinido. De ocurrir esto último se regiría por la normativa general.

De este análisis no queda más que concluir que este derecho resulta fuertemente disminuido, por no decir arrasado por la nueva normativa, ya que lo condiciona y subsume dentro de la lógica propia de la caducidad con que operan los contratos de servicios transitorios.

En cuanto a la protección y prestaciones parentales, la normativa en comento no hace alusión directa a este respecto, por lo que se deben regir por las normas generales para ambos tipos de regímenes laborales, aún cuando la normativa internacional relativa a la materia acoge en forma expresa este derecho, siempre asociado al tema de la maternidad.

Es así como, en sede normativa internacional, podemos mencionar en primer lugar el artículo 11, letra j), del Convenio 181 de la O.I.T. que establece que los Estados Miembros deben adoptar las medidas para que las trabajadoras que cumplan un contrato bajo las reglas que rigen a las agencias

de empleo privadas, tengan la debida protección en materia de prestaciones de maternidad y parentales.

En el mismo sentido se refiere también el proyecto de convenio de subcontratación, en su artículo 6°, numeral 2, letra b, que dice que se deben establecer garantías para las trabajadoras subcontratadas en relación con el goce de una adecuada protección de la maternidad.

Finalmente, y a modo de conclusión, diremos que el derecho de maternidad y su protección en materia de subcontratación, respeta las disposiciones internacionales, ya que debemos remitirnos a las normas generales del Código del Trabajo que están, por lo general, en armonía con la normativa internacional en la materia. Sin embargo, no es así en materia de empresas de servicios transitorios, por las razones que esgrimimos más arriba. Esto último quizás se explica dentro de la lógica del mercado laboral<sup>588</sup>, pero siempre que no se preste para abusos por parte de los empleadores vía simulación de este tipo de contratación. Para evitar esto se debe configurar un sistema eficiente y expedito de fiscalización, dada la urgencia natural de que este derecho quede al resguardo oportunamente.

---

<sup>588</sup> Tal como vimos en el capítulo segundo de nuestra tesis, al analizar los antecedentes o fundamentos de la Ley N° 20.123, señalamos que para que el suministro de trabajadores fuese un instrumento de adaptabilidad de las empresas y a la vez promoviera el empleo en mujeres trabajadoras, era necesario estipular una norma con respecto al fuero maternal, como la que acabamos de analizar.

#### **3.4.2.14. No cobro de las empresas por su intermediación**

En este punto el legislador tampoco quiso dejar dudas y resolvió el asunto en el artículo 183-S que establece:

“En ningún caso la empresa de servicios transitorios podrá exigir ni efectuar cobro de ninguna naturaleza al trabajador, ya sea por concepto de capacitación o de su puesta a disposición en una usuaria”<sup>589</sup>.

Con esto, a nuestro juicio es suficiente, al menos en el examen legal, para garantizar que los trabajadores no puedan ser objeto de cobros que tengan como contrapartida ni la capacitación ni la puesta a disposición de un trabajador en una empresa usuaria, por parte de una empresa de servicios transitorios.

Sin embargo nos parece que se pudo ser más taxativo y decir simplemente que en ningún caso la empresa de servicios transitorios podrá exigir ni efectuar cobro de ninguna naturaleza al trabajador, lo que hubiera cerrado la posibilidad de realizar cualquier tipo de cobros, cualesquiera sea su naturaleza, por parte de la empresa de servicios transitorios hacia el trabajador. Lo anterior sería más ajustado a la letra y espíritu del artículo 7, N° 1, del Convenio N° 181 de la O.I.T. que establece que:

“Las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa”<sup>590</sup>.

---

<sup>589</sup> LEY N° 20.123. Op. Cit.

<sup>590</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

La norma constituye una prohibición de carácter general, que sin embargo se ve atenuada (correctamente a nuestro juicio) en los numerales 2 y 3 del propio artículo 7, que establecen que en interés del trabajador y previa consulta a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores podrán establecerse excepciones al numeral 1, y que estas excepciones deben ser informadas y motivadas debidamente según el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

#### **3.4.2.15. Prohibición del trabajo infantil**

La prohibición del trabajo infantil es una consecuencia directa y necesaria del reconocimiento internacional de los Derechos del Niño, en virtud de la Declaración Universal de los mismos, y se ha manifestado en varios instrumentos internacionales en materia laboral, tales como el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T., la Declaración de Filadelfia, la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, y en múltiples convenios, constituyendo los Convenios N° 138 y N° 182 y la Recomendación N° 146<sup>591</sup>, que tratan sobre la edad mínima de admisión al empleo y la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, las últimas manifestaciones de esta garantía. Estos convenios, particularmente el N° 138 y N° 182 han sido ratificados por Chile.

En materia de agencias de empleo privadas, el Convenio N° 181, en su artículo 9, ordena en forma expresa a los Estados Miembros la adopción de medidas para impedir que las agencias de empleo privadas recurran u ofrezcan trabajo infantil.

---

<sup>591</sup> Convenio N° 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo; Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil; y Recomendación N° 146, sobre la edad mínima. Al respecto ver la bibliografía de este trabajo.

Por su parte, la Recomendación N° 188 no contiene normas sobre la materia, asumimos que esto ocurre por la categórica redacción que el organismo internacional ha dado a la norma del Convenio N° 181, ya vista.

Por su parte, para el caso del trabajo en régimen de subcontratación, encontramos que el tratamiento de la prohibición del trabajo infantil se ha ligado con la cláusula de no discriminación e igual tratamiento.

En su artículo 6, el Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación incluye entre las materias en que deben adoptarse medidas para garantizar el goce de la misma protección entre trabajadores bajo régimen de subcontratación y aquellos con una relación de empleo reconocida, el de la edad mínima<sup>592</sup>.

El haber ligado la materia del trabajo infantil a las normas locales sobre edad mínima de contratación, antes que establecer un artículo específico de prohibición del trabajo infantil, nos parece un acierto, toda vez que automatiza la asimilación de las normas locales y generales al respecto, al tratamiento que debe darse a los trabajadores bajo régimen de subcontratación en este punto.

Por su parte, el Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación no contiene normas al respecto, al igual que la Recomendación N° 188.

Nuestro ordenamiento local, habida cuenta de la ratificación de los diferentes Convenios Internacionales N° 138 y 182, en el código del ramo, particularmente en su artículo 13, admite la posibilidad de trabajar para aquellos

---

<sup>592</sup> Artículo 6, letra c), del Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

menores de entre 15 y 18 años de edad, sólo para la ejecución de trabajos livianos que no perjudiquen su salud y desarrollo, previa autorización expresa de su padre o madre, o a falta de ellos, de sus abuelos, sus guardadores, las personas o instituciones que los tengan a su cargo o, en ausencia de todos ellos del inspector del trabajo respectivo.

Ahora bien, sin perjuicio de la amplia protección de que goza esta garantía, tanto a nivel local como internacional, y aun asumiendo que las reglas del juego no han variado sustantivamente en esta materia respecto de los trabajadores subcontratados y de empresas de servicios transitorios, se echa en falta alguna norma que venga en reforzar este principio y garantía, dada su entidad e importancia. Podríamos decir que en esta materia conviene ser reiterativo antes que pecar de omisión.

#### **3.4.2.16. Procedimientos de reclamos**

Si bien la Ley N° 20.123 plantea una serie de obligaciones y sanciones respecto de su incumplimiento, no contempla de manera sistemática lo concerniente a las reclamaciones que de ello se derivan.

En este sentido, encontramos efectivamente ciertas disposiciones que dicen relación con los procedimientos de reclamos, a saber:

En relación al régimen de subcontratación, la ley no plantea ningún procedimiento especial, por tanto, este tipo de demandas quedan sujetas al procedimiento común laboral. Sin embargo, dada la naturaleza triangular de este tipo de relación contractual (trabajador, empresa contratista y empresa principal) la ley diseña, en su artículo 183-B, la figura de responsabilidad

solidaria de la empresa principal y la empresa contratista respecto de las obligaciones laborales y previsionales con los trabajadores. De este modo, y así lo establece el inciso 4° de este mismo artículo, el trabajador puede dirigir su demanda en una misma instancia en contra su empleador directo y contra todos aquellos que puedan responder de sus derechos.

Un segundo cuerpo de reclamaciones que plantea la Ley N° 20.123 se refiere a las distintas facultades que le entrega a la Dirección del Trabajo en relación a vigilar el cumplimiento de las obligaciones que le impone esta ley a las empresas. Las disposiciones en este sentido se manifiestan en distintos pasajes de la ley. De este modo, en materia de subcontratación, la Dirección del Trabajo, dado que lo que debe fiscalizar es que se cumplan los requisitos del artículo 183-A, ha manifestado ciertos criterios jurídicos en virtud de los cuales define si una empresa cumple o no los preceptos de la ley. En forma sucinta, estos criterios se derivan en comprobar la naturaleza del vínculo de subordinación y dependencia de la relación laboral para comprobar la legitimidad del contrato de subcontratación. El incumplimiento da origen a la figura de suministro ilegal de trabajadores y la sanción, como lo ha dicho la misma Dirección, a través del Dictamen N° 141/05 de fecha 10.01.07, es considerar como empleador a la empresa principal, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias correspondientes.

Lo anterior según la Dirección de Trabajo ocurre en las siguientes situaciones:

“1) Cuando la prestación de servicios se realiza sin sujeción a los requisitos establecidos en el inciso 1° del artículo 183-A del Código del Trabajo, y

2) Cuando los servicios prestados por la persona natural o jurídica que aparece como contratista, se limiten a la intermediación o colocación de trabajadores para la empresa principal, sin cumplir los requisitos ni revestir el carácter de empresa de servicios transitorios en los términos del párrafo 2º, del Título VII, del Libro Primero del Código del Trabajo<sup>593</sup>.

En relación a las empresas de servicios transitorios respecto de los procedimientos de reclamos, la Ley N° 20.123 plantea que:

Las reclamaciones pueden ser directamente hechas por los trabajadores demandando ante los Juzgados de Letras del Trabajo, tal como lo plantea el artículo 183-H<sup>594</sup>.

Lo anterior, sin perjuicio de los demás derechos que le entrega la normativa general a los trabajadores a este respecto, como lo es el acudir a las respectivas Inspecciones del Trabajo para interponer sus denuncias.

Así entonces, nos encontramos con que la Ley N° 20.123, si bien hace alusión a los procedimientos de reclamos, estos se enmarcan básicamente dentro de la misma naturaleza jurídica de los procedimientos generales laborales de que disponen los trabajadores contra el incumplimiento de las obligaciones contractuales del empleador.

Respecto de esta materia, el proyecto de convenio en materia de subcontratación plantea en el artículo 8, numeral 2, que se adoptarán medidas eficaces, para asegurar mediante una inspección adecuada o de otra forma la

---

<sup>593</sup> DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 141/05, de 10.01.07. Op. Cit.

<sup>594</sup> "Artículo 183-H.- Las cuestiones suscitadas entre las partes de un contrato de trabajo de servicios transitorios, o entre los trabajadores y las usuarias de sus servicios, serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo." LEY N° 20.123. Op. Cit.



aplicación y el cumplimiento apropiados de la reglamentación o las disposiciones sobre el trabajo en régimen de subcontratación; y agrega en su numeral 3, que “se deberán prever y aplicar eficazmente medidas correctivas adecuadas, incluidas sanciones cuando así proceda, en caso de infracción de la reglamentación o las disposiciones mencionadas en el numeral 2 anterior”<sup>595</sup>.

Por su parte, el Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, si bien no dispone acerca de la necesidad en la adopción de medidas particulares relativas a procedimientos de reclamos, trata, en su punto 8, acerca de la atribución de responsabilidades que caben al subcontratista y a la empresa usuaria, en relación al cumplimiento de las obligaciones contraídas para con los trabajadores sometidos a esta modalidad de contratación, disposición que resulta congruente con las disposiciones ya contenidas en la Ley N° 20.123. Sin embargo, como ya dijimos, esto no dice relación con la necesidad de establecer un procedimiento determinado de reclamación ante infracciones en que incurran la empresa principal, contratista o subcontratista en su caso.

Por último, en materia de agencias de empleo privadas, el artículo 10 del Convenio N° 181 de la O.I.T., establece que:

“La autoridad competente deberá garantizar que existen mecanismos y procedimientos apropiados en los que colaboren si es conveniente las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas”<sup>596</sup>.

---

<sup>595</sup> Artículo 8, Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, en: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Op. Cit.

<sup>596</sup> Artículo 10. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

Como hemos podido apreciar, la reglamentación en torno a esta materia resulta más bien pobre, habida cuenta de la singularidad que plantean estas nuevas formas de contratación, lo que podría haber justificado la inclusión de formas expeditas y específicas de reclamación de derechos por parte de los trabajadores sometidos a ellas. Pero esperemos que a través de la nueva justicia laboral que se empezará a implantar gradualmente en nuestro país, se logre lo anterior.

Para finalizar el análisis de este derecho, creemos pertinente hacer una pequeña alusión al conflicto que se viene produciendo con la empresa minera estatal, CODELCO, y las fiscalizaciones realizadas por la Dirección del Trabajo, en el marco de la Ley N° 20.123. Si bien no es el único conflicto que existe respecto a esta ley, sí es paradigmático en cuanto a su importancia y desarrollo, y en lo que respecta a los procedimientos de reclamos que nos atañen en este momento.

La Dirección del Trabajo realizó una fiscalización a dicha empresa minera, la que arrojó como resultado la orden de que internalizara alrededor de cinco mil trabajadores, ya que no se cumplían con los requisitos del trabajo en régimen de subcontratación, por lo que, CODELCO (empresa principal o mandante) era el empleador y no sus contratistas o subcontratistas. En definitiva, lo que se le exige a la cuprífera es que formalice los contratos de trabajo con dichos trabajadores.

La empresa aludida, al igual que muchas otras que han estado en la misma situación, optó por la vía de recurrir de protección, discutiendo con argumentos de forma que la Dirección del Trabajo no tiene facultades para interpretar los contratos o determinar quién en definitiva es el empleador en la

relación laboral, alegando que esto es atribución exclusiva de los tribunales de justicia, y que no puede ser juzgada por comisiones especiales, además de señalar que en la normativa no existe disposición alguna en orden a sostener que ante una eventual infracción a ella, la consecuencia es la internalización de trabajadores. De esta forma, al tramitarse de manera más expedita los recursos de protección, las empresas tienen una solución rápida a su problema, sin entrar a discutir el tema de fondo que son las contrataciones simuladas o intermediación de trabajadores.

La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones respectivas y de la Corte Suprema ha sido disímil en este tipo de casos, pero se evidencia una clara tendencia a acoger dichos recursos en contra de la Dirección del Trabajo. Lo que en la práctica implica que los trabajadores debiesen recurrir a los juzgados del trabajo individualmente para demandar a sus empleadores, lo que los deja en un mayor grado de desprotección y con tiempos de demora excesivos debido al estado actual de la tramitación de las causas laborales en nuestro país.

Lo anterior pone en tela de juicio la eficacia real de la Ley N° 20.123. Así lo ha señalado a diversos medios de comunicación la actual Directora del Trabajo, Sra. Patricia Silva, señalando que "(...) la Ley de Subcontratación pierde su eficacia si se pretende que los trabajadores acudan individualmente a la justicia y no sea la Dirección del Trabajo la que se haga cargo del conflicto"<sup>597</sup>. A su vez, si la Corte Suprema se pronuncia nuevamente en contra de la Dirección del Trabajo, se evalúa en dicho organismo solicitar "que el Parlamento realice una reinterpretación de la ley para determinar si el

---

<sup>597</sup> REBOLLEDO, Javier. La Ley del más fuerte. La batalla de la Subcontratación. La Nación Domingo, Santiago, Chile, 16 de diciembre de 2007. p. 9

organismo tiene o no facultades para pronunciarse en las materias que la Corte Suprema hace tiempo le viene impidiendo”<sup>598</sup>.

#### **3.4.2.17. Readaptación profesional y empleo de personas con discapacidad**

Al igual que en materia de protección de los créditos laborales, debemos acotar el tema de readaptación profesional, toda vez que en principio resulta aplicable a todo tipo de trabajadores. Sin embargo, el tenor de las normas internacionales al respecto, circunscriben el punto a lo que dice relación con el empleo de personas con discapacidad.

Antes de entrar de lleno al análisis de esta garantía, debemos hacer una salvedad: hemos utilizado el término discapacidad en vez de inválido, sin perjuicio que el instrumento internacional atingente a la materia utiliza el segundo. Ello, debido a que nos parece una inexactitud el hablar de personas que no son válidas, toda vez que las personas con discapacidad nos demuestran en el día a día su valor y posibilidades, sin ir más lejos, en materia laboral. Una persona que no es válida, no podría realizar labores productivas, una persona que sufre algún tipo de discapacidad, es capaz de hacer uso de sus recursos personales en aras de realizar un trabajo.

De la mano del desarrollo del principio de igualdad en los distintos países, la inclusión social de las personas con discapacidad ha motivado la adopción de diversas normas en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, y en materia estrictamente laboral, dicho desarrollo ha motivado

---

<sup>598</sup> *Ibíd.*

también la adopción de un instrumento internacional específico en materia de readaptación profesional y empleo de personas con discapacidad, el Convenio N° 159 de la O.I.T.<sup>599</sup>.

Ratificado por Chile con fecha 14 de octubre de 1994, enmarca su ámbito normativo en aquellas personas “cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”<sup>600</sup>. Enseguida, el convenio nos indica que la finalidad de la readaptación profesional consiste en permitir que la persona discapacitada “obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o reintegración de esta persona en la sociedad”<sup>601</sup>.

Relacionada con la capacitación y la formación profesional, la readaptación laboral de personas con discapacidad va más allá: ella reposa sobre el principio de igualdad de oportunidades y su finalidad no es ya la de perfeccionar o especializar al trabajador, sino el de otorgar una posibilidad real y digna de trabajo a las personas con discapacidad. El vínculo entre esta garantía y el principio de igualdad de oportunidades y la cláusula de igual tratamiento se ve reflejado en lo dispuesto por el artículo 4 del citado convenio<sup>602</sup>.

---

<sup>599</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 159, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas). Conferencia Internacional del Trabajo. 69ª Reunión, Ginebra, 1983. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de febrero de 2008]

<sup>600</sup> Artículo 1, número 1. Op. Cit.

<sup>601</sup> Artículo 1, número 2. Op. Cit.

<sup>602</sup> Op. Cit.

Volviendo la mirada a nuestro derecho local, resulta atingente recordar lo señalado por Urmeneta<sup>603</sup>, en el sentido de reconocer que si bien nuestro derecho ha conocido desde hace tiempo amplias modalidades flexibles de contratación, ellas no han ido necesariamente acompañadas de políticas de fomento al empleo, particularmente para este caso, dirigidas a la readaptación profesional o la empleabilidad de los sectores más vulnerables, como pueden ser las personas con discapacidad.

En concordancia con lo dicho, también debemos recordar lo señalado en el capítulo segundo de este trabajo, en orden a que el objetivo de fomentar la contratación de trabajadores discapacitados no se ha cumplido a cabalidad en el articulado de la Ley N° 20.123, dado el cercenamiento de normas específicas a su respecto contenidas en el proyecto de ley, en el seno de su discusión parlamentaria.

Es así como en la Ley N° 20.123 no encontramos norma alguna referente a la readaptación profesional de trabajadores con discapacidad, sean estos subcontratados o de empresas de servicios transitorios. Debemos reconocer que la ley contiene normas relativas a capacitación y formación, particularmente para el caso de los trabajadores de empresas temporales de servicios, como ya hemos visto, más también debemos reiterar que la readaptación profesional de personas con discapacidad excede estas materias, dado su contenido específico, tanto en su finalidad como en sus destinatarios.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, la ley sí contempla una norma referente al empleo de personas con discapacidad<sup>604</sup>. A pesar de su ubicación en el párrafo de Normas Generales, el artículo 183-AC refiere únicamente al

---

<sup>603</sup> Al respecto, puede consultarse lo indicado en el punto 2.1.1.2, relativo a los antecedentes de la flexibilidad laboral en Chile, contenido en el capítulo segundo del presente trabajo.

<sup>604</sup> Artículo 183-AC, LEY N° 20.123. Op. Cit.

contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios para trabajadores con discapacidad.

A su respecto, la ley modifica las limitantes, tanto de tiempo de trabajo como de renovación de contrato, que existen respecto de la generalidad de estos trabajadores, constituyendo una clara señal orientada al fomento de la contratación de trabajadores con discapacidad. Específicamente, el plazo de contratación se extiende a seis meses, renovables. Resulta importante el hecho que el legislador no haya puesto condiciones a la posibilidad de renovaciones sucesivas del contrato, lo que da a entender que esta opción se ha admitido para este caso, sin perjuicio de las normas generales al respecto.

Al revisar la normativa internacional específica, tanto para agencias de empleo privadas como para el trabajo en régimen de subcontratación, vemos que tanto el Convenio N° 181, como la Recomendación N° 188 si bien regulan, como ya hemos visto, la formación profesional, no abordan la materia de readaptación profesional de personas con discapacidad. De igual forma, los proyectos de convenio y recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación nada dicen al respecto.

Aún así, encontramos una norma en el Convenio N° 181 de la O.I.T. referente al empleo de personas con discapacidad.

A propósito de la regulación de la cláusula de no discriminación, el numeral 2 del artículo 5 del Convenio N° 181 de la O.I.T., dispone que ésta no será obstáculo para que “las agencias de empleo privadas faciliten servicios especiales o apliquen programas destinados a ayudar a los trabajadores más

desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo”<sup>605</sup>, entre los que podemos contar a los trabajadores con discapacidad, al concordar esta norma con lo dispuesto en su numeral primero.

También a propósito de la cláusula de no discriminación e igual trato, el punto 10 de la Recomendación N° 188 de la O.I.T. contempla, como ya hemos visto, la promoción de “la igualdad en el empleo a través de programas de acción positiva”<sup>606</sup>, entre las que podrían considerarse las personas de menor empleabilidad, como las mujeres, jóvenes y personas con discapacidad.

Si bien es cierto que una política de fomento al empleo de determinado sector de la población implica de por sí la adopción de medidas que alteran la relación de igualdad preexistente entre los miembros de la sociedad, no lo es menos que dichas políticas obedecen en último término al logro de un principio básico de la sociedad democrática, como es el de la igualdad de oportunidades.

Contemplado en el inciso final del artículo 1° de nuestra Carta Fundamental, la igualdad de oportunidades se plantea no sólo como un principio abstracto de difusa concreción, sino como un deber concreto y expreso del Estado, conforme al que éste debe procurar, para cada caso que proceda, el que todos los miembros de nuestra sociedad, particularmente los menos aventajados, puedan correr en igualdad de condiciones respecto a una materia determinada. Al igual con lo que sucede con la denominada discriminación positiva, el fin último del establecimiento de medidas de protección o beneficio a los menos aventajados de la sociedad consiste precisamente en una concreción del principio de igualdad.

---

<sup>605</sup> Artículo 5, N° 2. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.

<sup>606</sup> Punto 10. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 188, sobre las agencias de empleo privadas. Op. Cit.



En consecuencia, más allá del evidente beneficio que traería aparejada una regulación concreta en materia de readaptación profesional en el empleo de personas con discapacidad, ella resulta, en términos concretos, poco exigible a la luz de la prácticamente nula regulación que ellas reciben en los instrumentos internacionales específicos que nos abocan.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, el ordenamiento local, de un modo general, contempla políticas en favor de los trabajadores discapacitados.

Es así como, a modo de ejemplo, podemos citar las siguientes iniciativas:

i.- Decreto Ley N° 2251, de 27 de junio de 1978:

Entre sus disposiciones, este Decreto Ley contempla una bonificación para los empleadores del sector privado que contraten personas con ceguera o sordomudez total, equivalente al 100% del aporte que les corresponda a las instituciones de previsión social<sup>607</sup>, pagadera a solicitud del empleador ante el Servicio de Tesorería, en la que deberá acompañarse una planilla de pago de las imposiciones previsionales efectuadas, debidamente timbrada por el respectivo instituto previsional.

ii.- Subsidio Mype dirigido a la capacitación de trabajadores discapacitados<sup>608</sup>.

---

<sup>607</sup> Artículo 1. DECRETO LEY N° 2251. Bonifica la contratación de trabajadores ciegos y sordomudos y otorga subsidio a enfermos del mal de Hanssen. Chile. 01 de julio de 1978. [en línea]. Servicio Nacional de Capacitación y empleo. <<http://www.sence.cl>> [consulta: 02 de marzo de 2008]

<sup>608</sup> Documento disponible en: DIARIO PYME. Subsidio Mype dirigido a la capacitación de trabajadores discapacitados. [en línea]. <<http://www.diariopyme.cl/newtenberg/1125/article-13548.html>> [consulta: 11 de marzo de 2008]

Impulsado por el Servicio Nacional de capacitación y Empleo (Sence), el subsidio cubre el 80%, con un tope de 26 U.T.M., de los costos de la capacitación de trabajadores, administradores y gerentes discapacitados, definidos como tales por las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez de los Servicios de Salud, y que además se encuentren inscritos en el registro nacional de Personas con Discapacidad. La empresa deberá hacerse cargo sólo del restante 20%.

iii.- El Programa de Intermediación Laboral para personas con discapacidad<sup>609</sup>:

Surgido durante el mandato del ex presidente Ricardo Lagos Escobar, este programa ha sido entendido como un conjunto de información, orientación y colocación laboral, cuyo objetivo es la reinserción laboral de personas con discapacidad. La labor de los equipos profesionales del Fondo Nacional de la Discapacidad, (organismo impulsor y ejecutor de la propuesta), abarca desde la evaluación y orientación de personas con discapacidad, hasta la colocación laboral de las mismas. En este marco, las funciones principales de las Oficinas de Intermediación Laboral dicen relación con la recepción de demandas y ofertas laborales, la evaluación, orientación y asesoramiento a los usuarios, ya sean empleadores, o bien trabajadores con discapacidad, así como el seguimiento posterior de aquellos casos exitosos de colocación.

Si bien la propuesta contó con expectativas iniciales bajas, ellas fueron superadas en la implementación del programa, logrando insertar un número de trabajadores con discapacidad superior a cien, que era la meta inicial.

---

<sup>609</sup> Al respecto, ver: ZONDEK, Andrea Y OTROS. Programa de Intermediación Laboral para Personas con Discapacidad: "Listos para el Trabajo". [en línea]. Fondo Nacional de la Discapacidad. Ministerio de Planificación. <[www.fonadis.cl/tools/resources.php?id=442](http://www.fonadis.cl/tools/resources.php?id=442)> [consulta: 11 de marzo de 2008]

Como puede observarse, nuestro sistema contempla beneficios y programas para la contratación y formación de trabajadores con discapacidad, y si bien puede resultar poco exigible que la Ley N° 20.123 haya contenido beneficios especiales para este tipo de trabajadores, aun cuando era uno de sus objetivos iniciales, al menos podría haber concretado de manera expresa una relación entre trabajadores discapacitados bajo estas modalidades de contratación y los diferentes programas en actual ejecución, cuyo carácter resulta general.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACEVEDO COGNIAN, Maximiliano, VALERA MILLAS, Constanza. La flexibilidad numérica externa en la legislación laboral chilena. Tesis (Licenciado

en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. 160 h.

AGEST. Portal Institucional. [en línea] Asociación Gremial de Empresas de Administración y Externalización de Recursos Humanos. <<http://www.ages.cl>> [consulta: 21 de septiembre de 2007]

ÁLVAREZ ALARCÓN, Alexandro. La interpretación jurídica frente a la flexibilidad laboral. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 47 h.

ANDREANI DOMÍNGUEZ, Maite. Trabajo suministrado en el derecho comparado. Caso latinoamericano: Argentina-Uruguay. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 76 h.

BAGLIONI, Guido, CROUCH, Colin (Compiladores). Las relaciones laborales en Europa. El desafío de la flexibilidad. Madrid, Colección Economía y Sociología del Trabajo, Nº 59, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1992. 445 h.

BIRGIN, Haydée (Compiladora). Ley, mercado, y discriminación. El género del trabajo. Buenos Aires, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Editorial Biblos, 2000. 149 h.

BOYER, Robert, Y OTROS. La Flexibilidad del Trabajo en Europa. Traducción de Jesús Fernández Zulaica. Madrid, Colección Economía del Trabajo, Centro de Publicaciones, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1986. 372 h.

CAPÓN FILAS, Rodolfo. Trabajo y Globalización. Propuesta para una praxis popular alternativa. Revista Gaceta Laboral, 7 (1): 45-66, 2001

CÁRDENAS, Ana, FLORES, Carolina. Políticas de Empleo e Institucionalidad Laboral en la Unión Europea y el Mercosur. Santiago, OIT, 1999. 53 h.

CARO, Pamela, DE LA CRUZ, Catalina. Contratistas e intermediación laboral en la agricultura de exportación. Santiago, Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer, 2005. 217 h.

CARREÑO SANTELICES, Christian. Análisis dogmático del Convenio 181 de la OIT y la legislación chilena a la luz de éste. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 47 h.

CÓDIGO CIVIL. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 17ª Edición, 2006.

CÓDIGO DEL TRABAJO. [en línea]. Dirección del Trabajo. Actualizado al 14 de septiembre de 2007 <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 21 de septiembre de 2007]

CONCHA GUTIÉRREZ, Carlos. La ley de subcontratación y sus implicancias en el actual modelo organizativo de la empresa, desde la óptica del Derecho Corporativo. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley N.º 20.123: 4 y 5 julio de 2006. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2006. 51 h

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Santiago, Editorial Jurídica Manuel Montt S.A., 2006. 160 h.

CÓRDOVA, Efrén. Derechos fundamentales y comercio internacional: Armonización de la eficacia económica con la protección social. En: V CONGRESO Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001

CORREA GAUDIO, Diana. La Organización Internacional del Trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad Central de Chile, Facultad de Derecho, 2005

CORTÉS DÍAZ, Diego. Empresas de suministro de trabajadores. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Viña del Mar, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 2002. 101 h.

CORTÉS ESPINOZA, Claudio. La responsabilidad subsidiaria en el trabajo prestado en régimen de subcontratación. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002. 230 h.

DA COSTA PALMA, Valentina, RAMÍREZ PÉREZ, Germana. Las cláusulas sociales en el derecho laboral internacional. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. 192 h.

DECRETO LEY N° 2251. Bonifica la contratación de trabajadores ciegos y sordomudos y otorga subsidio a enfermos del mal de Hanssen. Chile. 01 de julio de 1978. [en línea]. Servicio Nacional de Capacitación y empleo. <<http://www.sence.cl>> [consulta: 02 de marzo de 2008]

DIARIO PYME. Subsidio Mype dirigido a la capacitación de trabajadores discapacitados. [en línea]. <<http://www.diariopyme.cl/newtenberg/1125/article-13548.html>> [consulta: 11 de marzo de 2008]

DIEZ DE MEDINA, Rafael. El trabajo de los jóvenes en los países del Mercosur y Chile en el fin de siglo. Santiago, OIT, 2001. 58 h.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Circular N° 148. Establece procedimiento para solicitar y emitir certificado de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales y certificado de antecedentes laborales y previsionales. Chile. 29 de diciembre de 2006. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Circular N° 70. Establece procedimiento para tramitar solicitudes de sustitución de multas administrativas impuestas por infracciones a normas de higiene y seguridad a empresas de 25 o menos trabajadores. Chile. 30 de julio de 2007. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Criterios de Fiscalización. Trabajo en régimen de subcontratación: suministro ilegal de trabajadores. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 24 de septiembre de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 9159/212, de 14.12.90. [en línea] Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 5393/236, de 02.10.96. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 4786/090, de 02.11.06. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 5476/099, de 28.12.06. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 141/05, de 10.01.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 465/011, de 01.02.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007].

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 1189/026, de 29.03.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 1195/027, de 29.03.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 2158/042, de 12.06.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 2249/048, de 19.06.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 2468/053, de 09.07.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 20 de agosto de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 4375/099, de 25.10.07. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 02 de noviembre de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen N° 0220/007, de 15.01.08. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 22 de febrero de 2008]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Orden de Servicio N° 03. Imparte criterios de actuación e instrucciones para la aplicación de las normas referidas a las empresas de servicios transitorios y su incidencia en el proceso de fiscalización. Chile. 26 de diciembre de 2006. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Portal Institucional. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 24 de septiembre de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Pulso N° 6 (Encuesta Encla). Octubre de 2007. [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 02 de noviembre de 2007]

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Intermediario agrícola (Registro de obras o faenas). [en línea]. Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. s.f. <<http://www.dt.gob.cl>> [consulta: 02 de noviembre de 2007]

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en serio. Barcelona, Editorial Ariel, 4° Reimpresión, 1999. 508 h.

ECHEVERRÍA, Magdalena, URIBE, Verónica. Condiciones de trabajo en sistema de subcontratación. Santiago, Organización Internacional del Trabajo, 1998. 79h.

ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. El otro trabajo: El suministro de personas en las empresas. Cuadernos de Investigación, N° 7. Santiago, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1998. 196 h.

ECHEVERRÍA, Magdalena, Y OTROS. Flexibilidad laboral en Chile: Las empresas y las personas. Cuadernos de Investigación, N° 22. Santiago, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2004. 212 h.

ERMIDA URIARTE, Oscar. La Flexibilización de la Huelga. Montevideo, Cuadernos de Fundación, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Fundación Cultura Universitaria, 1999. 55 h.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Derechos laborales y comercio internacional. En: V CONGRESO Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001

ERRÁZURIZ OSSA, Margarita, RIEDDEMANN, Karin (Editoras). Taller comunidad - mujer. Construir sentido: sociedad, familia y trabajo. Santiago, Universidad Pérez Rosales, 2004. 217 h.

ESCOBAR, Álvaro. Proyecto de ley que establece la regulación para las agencias de empleo de trabajadores con fines de lucro (Boletín n° 4125-13). [en línea]. Página Web del Diputado Álvaro Escobar. <<http://www.alvaroescobar.cl/4152-13.swf>> [consulta: 13 septiembre 2007]

FERNÁNDEZ, Eduardo. Outsourcing y subcontratación. Revista Chilena de Derecho 21 (1): 75, 1994



FIGUEROA RISOPATRÓN, Cristián, SCHWENCKE BALDE, Eduardo. El suministro de trabajadores y las empresas de servicios temporarios. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002. 303 h.

FORNO VIERTEL, Francisco. La subcontratación en Chile: Problemática jurídico-laboral. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Viña del Mar, Chile, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 1999. 149 h.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. La flexibilidad laboral. Santiago, Cuadernos Jurídicos N° 5, Universidad Adolfo Ibáñez, Facultad de Derecho, 1996. 51 h.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Ciudadanía en la empresa o los Derechos Fundamentales inespecíficos. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004. 77 h.

GONZÁLEZ ASTUDILLO, Nadia. Trabajo en Régimen de Subcontratación, Conferencia Internacional del Trabajo, 85ª y 86ª Reunión. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 70 h.

HALPERN MONTECINOS, Cecily. El nuevo fenómeno organizativo: Causas e implicancias. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley N.º 20.123: 4 y 5 julio de 2006. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2006. 28 h.

HISTORIA DE LA LEY N° 20.123. Ley N° 20.123. Regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Chile. 16 de octubre de 2006. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2006. 563 h.

HUMERES NOGUER, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 17ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. Vol. I

HUMERES NOGUER, Héctor. La ley de subcontratación y sus implicancias en las relaciones de trabajo al interior de la empresa. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley N.º 20.123: 4 y 5 julio de 2006. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2006. 28 h.

LA NACIÓN DOMINGO. Ley 20.123 sobre Régimen de Subcontratación. La Nación Domingo, Santiago, Chile, 03 dic., 2006. Dossier Especial. 8 h.

LABRA VICENCIO, Manuel. La actual flexibilidad laboral en el derecho del trabajo chileno. Incluye análisis del anteproyecto de ley de adaptabilidad del 2º

semestre de 2003. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004. 128 h.

LAFONTAINE, Juan, OBANDO, Hugo. Empresa de trabajo temporal, una relación triangular. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad Central de Chile, Facultad de Derecho, 2000. 114 h.

LAGOS, Ricardo. ¿Qué se entiende por flexibilidad en el mercado de trabajo? Revista de la CEPAL (54): 81-95, diciembre, 1994

LEY N° 16.744. Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Chile. 01 de febrero de 1968. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 17.322. Normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social. Chile. 19 de agosto de 1970. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 18.045. Ley de mercado de valores. Chile. 22 de octubre de 1981. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 18.046. Ley sobre sociedades anónimas. Chile. 22 de octubre de 1981. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 19.284. Establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad. Chile. 14 de enero de 1994. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 19.457. Reajusta ingreso mínimo mensual, asignaciones familiar y maternal y subsidio familiar. Chile. 25 de mayo de 1996. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 19.518. Fija el nuevo estatuto de capacitación y empleo. Chile. 14 de octubre de 1997. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 19.628. Sobre protección de la vida privada. Chile. 28 de agosto de 1999. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 19.759. Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica. Chile. 05 de octubre de 2001. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 20.022. Crea juzgados laborales y juzgados de cobranza laboral y previsional en las comunas que indica. Chile. 30 de mayo de 2005. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 20.023. Modifica la Ley 17.322, el Código del Trabajo y el D.L. N° 3500 de 1980. Chile. 31 de mayo de 2005. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 20.087. Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. Chile. 03 de enero de 2006. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LEY N° 20.123. Regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Chile. 16 de octubre de 2006. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

LIZAMA PORTAL, Luis. La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena. Tesis y Monografías. Santiago, Dirección del Trabajo - Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1998. 247 h.

LIZAMA PORTAL, Luis. ¿Qué y cuánta flexibilidad en el derecho del trabajo chileno? Programa de derecho y economía, cuaderno N° 2. Santiago, Universidad de Chile, 2000.13 h.

LÓPEZ ONETO, Marcos. La flexibilidad laboral chilena como adaptación estructural del sistema jurídico laboral al entorno social, mediante la generación del principio de protección a la fuente del empleo. Tesis (Magister en Derecho, mención en Derecho Privado). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1998. 98 h.

MARZAL, Antonio (Editor). Crisis del Estado de Bienestar y Derecho Social. Barcelona, Editorial Bosch, 1997. 206 h.

MENSAJE N° 731-355, de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un Proyecto de Ley sobre modificación al Código del Trabajo en materia de

salarios base. Chile. 21 de septiembre de 2007. [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <<http://www.bcn.cl>> [consulta: 09 de diciembre de 2007]

MERINO, Susana. Otro invento de la globalización, el “crowdsourcing”. [en línea]. El Grano de Arena. Correo Informativo de ATTAC. N° 383, 12 de febrero de 2007. <<http://archive.attac.org/attacinfoes/attacinfo383.pdf>> [consulta: 12 de septiembre de 2007]

MINISTERIO DE SALUD. Decreto Supremo N° 594. Aprueba reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo. Chile. 29 de abril de 2000. [en línea]. Ministerio de Salud de Chile. <<http://www.minsal.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Acuerdo para la mejora y el crecimiento del empleo. [en línea]. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. 09 de mayo de 2006. <<http://www.mta.es>> [consulta: 06 de junio 2007]

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Guía Laboral y de Asuntos Sociales 2006. [en línea]. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. s.f. <<http://www.mta.es>> [consulta: 06 de junio 2007]

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Preguntas y respuestas sobre la Reforma Laboral 2006. [en línea]. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. s.f. <<http://www.mta.es>> [consulta: 06 de junio 2007]

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES DE ESPAÑA. Un nuevo modelo de estímulo a la contratación indefinida. Folleto. [en línea]. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. s.f. <<http://www.mta.es>> [consulta: 06 de junio 2007]

MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Reglamento N° 76. Para la aplicación del artículo 66 bis de la Ley N° 16.744, incorporado por la Ley N° 20.123, que establece normas en materia de seguridad y salud en el trabajo para obras, faenas o servicios en que presten servicios trabajadores sujetos a régimen de subcontratación. Chile. 18 de enero de 2007. [en línea]. Ministerio del Trabajo y Previsión Social de Chile. <<http://www.mintrab.gob.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007]

MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Reglamento N° 319. Aprueba el Reglamento del artículo 183-C, inciso segundo, del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N° 20.123, sobre acreditación de cumplimiento

de obligaciones laborales y previsionales. Chile. 20 de enero de 2007. [en línea]. Ministerio del Trabajo y Previsión Social de Chile. <<http://www.mintrab.gob.cl>> [consulta: 09 de junio de 2007].

MONTT BALMACEDA, Manuel. Principios de Derecho Internacional del Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, 1998. 339 h.

MORGADO VALENZUELA, Emilio. Los derechos humanos y el derecho del trabajo. Revista Debate Laboral (6): 5-10, 1990

NÚÑEZ VIDELA, Roberto, PELLIZARI OSSA, David. Nuevas formas de contratación en nuestra legislación laboral, las nuevas disposiciones de la última reforma, y el impacto de la flexibilización en el derecho individual del trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004. 207 h.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Labour market flexibility. Report of an experts group meeting. Ginebra, mayo, 1986

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La Formación para el empleo: La inserción social, la productividad y el empleo de los jóvenes. Informe V. Conferencia Internacional del Trabajo, 88ª Reunión, Ginebra, 2000. 74 h.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La OIT en América Latina y el Caribe: Acción y desafíos. Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, O.I.T., 2003. 67 h.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Panorama Laboral 2005. América Latina y el Caribe (Avance Primer Semestre). Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, OIT, 2005. 118 h.

OLIVA RYBERTT, Mónica. Precarización del trabajo en Chile. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001. 157 h.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 85a Conferencia Internacional del Trabajo. Los derechos laborales, el trabajo en régimen de subcontratación y las PYME, temas de debate en la Conferencia. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www2.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/21/21ilc.htm>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 1, sobre las horas de trabajo (industria). Conferencia Internacional del Trabajo. 1ª Reunión, Washington, 1919. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 26, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos. Conferencia Internacional del Trabajo. 11ª Reunión, Ginebra, 1928. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 30, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas). Conferencia Internacional del Trabajo. 14ª Reunión, Ginebra, 1930. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 47, sobre las cuarenta horas. Conferencia Internacional del Trabajo. 19ª Reunión, Ginebra, 1935. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 99, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura). Conferencia Internacional del Trabajo. 34ª Reunión, Ginebra, 1951. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 100, sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor. Conferencia Internacional del Trabajo. 34ª Reunión, Ginebra, 1951. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 111, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación. Conferencia Internacional del Trabajo. 42ª Reunión, Ginebra, 1958. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 131, sobre fijación de salarios mínimos. Conferencia Internacional del Trabajo. 54ª Reunión, Ginebra, 1970. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo. Conferencia Internacional del Trabajo. 58ª

Reunión, Ginebra, 1973. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 156, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. Conferencia Internacional del Trabajo. 67ª Reunión, Ginebra, 1981. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 159, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas). Conferencia Internacional del Trabajo. 69ª Reunión, Ginebra, 1983. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de febrero de 2008]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 173, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Conferencia Internacional del Trabajo. 79ª Reunión, Ginebra, 1992. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de febrero de 2008]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas. Conferencia Internacional del Trabajo. 85ª Reunión, Ginebra, 1997. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil. Conferencia Internacional del Trabajo. 87ª Reunión, Ginebra, 1999. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El trabajo decente. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org/public/spanish/decent.htm>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (I). Trabajo en régimen de subcontratación y medianas empresas. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 A). Trabajo en régimen de subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª



Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 A). La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión, Ginebra, 2006. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). Trabajo en régimen de subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B). La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión, Ginebra, 2006. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe V (2 B) Addendum. Comisión del trabajo en subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la comisión del trabajo en subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo. 86ª Reunión, Ginebra, 1998. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe de la comisión de la relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión, Ginebra, 2006. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Portal Institucional. [en línea]. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 146, sobre la edad mínima. Conferencia Internacional del Trabajo. 58ª Reunión, Ginebra, 1973. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 10 de diciembre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 188, sobre las agencias de empleo privadas. Conferencia Internacional del Trabajo.



85ª Reunión, Ginebra, 1997. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Recomendación N° 198, sobre la relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión, Ginebra, 2006. [en línea]. Organización Internacional del Trabajo. <<http://www.ilo.org>> [consulta: 18 de octubre de 2007]

PARADA TELL, Alexander. La flexibilización de la duración y la ordenación del tiempo de trabajo. Análisis de los convenios de la organización internacional del trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002. 290 h.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los derechos humanos y el derecho del trabajo. Revista Debate Laboral (6): 11-24, 1990

RAMÍREZ WELSCH, Marcela. Análisis del proyecto de ley sobre trabajadores en régimen de subcontratación y regulación del funcionamiento de las empresas de servicios transitorios en Chile. Tesis (Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2004. 117 h.

RAZETO BARRY, Manuel, SÁNCHEZ MEDINA, Francisco. Determinación del empleador en las relaciones laborales mediadas por un tercero. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005. 103 h.

REBOLLEDO, Javier. La Ley del más fuerte. La batalla de la Subcontratación. La Nación Domingo, Santiago, Chile, 16 de diciembre de 2007

RIFKIN, Jeremy. El Fin del Trabajo. Nuevas Tecnologías contra Puestos de Trabajo: El Nacimiento de una Nueva Era. Traducción de Guillermo Sánchez. Buenos Aires, Editorial Biblos, 1996. 399 h.

RIQUELME RICHEDA, Cristián. Subcontratación según la jurisprudencia administrativa de la Inspección del Trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 52 h.

RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, José. De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal. Colección Estudios, N° 12. Madrid, Consejo Económico y Social, 1994. 178 h.

RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio. La ley de subcontratación y sus implicancias en la responsabilidad civil de las empresas relacionadas. En: SEMINARIO Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley N.º 20.123: 4 y 5 julio de 2006. Santiago, Colegio de Abogados de Chile A.G., 2006. 44 h.

ROMAGNOLI, Umberto, Y OTROS. La Transformación del Derecho del Trabajo. Experiencias de Flexibilidad Normativa. Santiago, Dirección de Extensión e Investigación, Universidad Nacional Andrés Bello, 1992. 105 h.

SÁEZ CARLIER, Felipe. Las fortalezas que las reformas laborales le otorgaron a Chile para negociar el capítulo laboral del tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América. Tesis (Magíster en Derecho, mención en Derecho Privado). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. 148 h.

SOLÍS DE OBANDO, Lino. Magdalena Echeverría, experta laboral: Por primera vez logramos entrar al corazón del plan laboral de José Piñera. [en línea]. Revista Laboral ICAL. 22 de mayo de 2006.

<[http://www.revistalaboralical.cl/ver\\_laborales.asp?id=sxh6sy](http://www.revistalaboralical.cl/ver_laborales.asp?id=sxh6sy)> [consulta: 13 septiembre 2007]

SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL. Circular N° 2.345. Imparte instrucciones acerca de las obligaciones impuestas a las empresas por los incisos cuarto y quinto del artículo 76 de la Ley N° 16.744, en virtud de lo establecido en la Ley N° 20.123. Chile. 10 de enero de 2007. [en línea]. Superintendencia de Seguridad Social. Gobierno de Chile. <<http://www.suseso.cl>> [consulta: 27 de julio de 2007]

TEITELBAUM, Alejandro. ¿Europa? Tout va très bien Madame La Marquise (Primera parte). [en línea]. El Grano de Arena. Correo Informativo de ATTAC. N° 381,29 de enero de 2007.

<<http://archive.attac.org/attacinfoes/attacinfo381.pdf>> [consulta: 12 septiembre 2007]

TEITELBAUM, Alejandro. ¿Europa? Tout va très bien Madame La Marquise (Segunda parte). [en línea]. El Grano de Arena. Correo Informativo de ATTAC. N° 382, 05 de febrero de 2007.

<<http://archive.attac.org/attacinfoes/attacinfo382.pdf>> [consulta: 12 septiembre 2007]

THAYER ARTEAGA, William. Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral chileno. Revista de Estudios Públicos (54): 223-240, 1994

THAYER ARTEAGA, William, NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Vol. I

TOKMAN, Víctor, MARTÍNEZ, Daniel (Eds.). Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de trabajo. Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, OIT, 1999. 199 h.

TORO CONTRERAS, Pamela. Análisis dogmático de la subcontratación laboral y del trabajo suministrado. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 62 h.

TREU, Tiziano. La flexibilidad laboral en Europa. Revista Internacional del Trabajo 112(2): 217-233, 1993

UGARTE, José Luís. La negociación colectiva y el cuento del lobo. [en línea]. La Nación Domingo, 10 de febrero de 2008.  
<[http://www.lnd.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080209/pags/20080209184706.html](http://www.lnd.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080209/pags/20080209184706.html)> [consulta: 14 febrero 2008]

USECHE, María Cristina, QUEIPO PARRA, Beatriz. La organización del trabajo en el marco de la globalización. Revista Gaceta Laboral, 8 (1): 67-77, 2002

VALDÉS, Alfredo. Flexibilidad laboral. Programa de relaciones laborales. Santiago, Universidad de Chile, 1993

VÁSQUEZ, Carolina, RODRÍGUEZ, Fabián. Empresas de trabajo temporal en España. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. 49 h.

VEGA, Humberto. El milagro holandés en la lucha contra el desempleo. Revista Mensaje (501): 345 y ss., enero, 2001

VEGA, Humberto. Jugando en cancha dispareja. La Nación Domingo, Santiago, Chile, 22 de abril de 2007

VERGARA, Mónica (Compiladora). ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Cuadernos de Investigación, N° 10. Santiago, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1999. 177 h.

WALKER, Francisco. Derecho de las relaciones laborales. Santiago, Editorial Universitaria, 2003. 718 h.

ZONDEK, Andrea Y OTROS. Programa de Intermediación Laboral para Personas con Discapacidad: "Listos para el Trabajo". [en línea]. Fondo Nacional

de la Discapacidad. Ministerio de Planificación.  
<[www.fonadis.cl/tools/resources.php?id=442](http://www.fonadis.cl/tools/resources.php?id=442)> [consulta: 11 de marzo de 2008]

## **ANEXO 1: Convenio N° 181, sobre las agencias de empleo privadas, O.I.T., 85ª reunión, 1997**

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 1997, en su octogésima quinta reunión;

Tomando nota de las disposiciones del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949;

Consciente de la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo;

Recordando que la Conferencia Internacional del Trabajo en su 81.ª reunión, 1994, consideró que la OIT debía proceder a revisar el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949:

Considerando que el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del mencionado Convenio;

Reconociendo el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo;

Recordando la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos;

Reconociendo la necesidad de garantizar la libertad sindical y de promover la negociación colectiva y el diálogo social como elementos necesarios para el funcionamiento de un buen sistema de relaciones laborales;

Tomando nota de lo dispuesto en el Convenio sobre el servicio del empleo, 1948; Recordando las disposiciones del Convenio sobre trabajo forzoso, 1930, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, el Convenio sobre la política del empleo, 1964, el Convenio sobre la edad mínima, 1973, el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988, así como las disposiciones sobre reclutamiento y colocación que figuran en el Convenio sobre los trabajadores

migrantes (revisado), 1949, y en el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que estas proposiciones adopten la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997:

## Artículo 1

1. A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;

b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

2. A efectos del presente Convenio, el término trabajadores comprende a los solicitantes de empleo.

3. A efectos del presente Convenio, la expresión tratamiento de los datos personales de los trabajadores designa la recopilación, almacenamiento, combinación y comunicación de los datos personales, o todo otro uso que pudiera hacerse de cualquier información relativa a un trabajador identificado o identificable.

## Artículo 2

1. El presente Convenio se aplica a todas las agencias de empleo privadas.

2. El presente Convenio se aplica a todas las categorías de trabajadores y a todas las ramas de actividad económica. No se aplica al reclutamiento y colocación de la gente de mar.

3. El presente Convenio tiene como una de sus finalidades permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones.

4. Previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, todo Miembro podrá:

a) prohibir, en determinadas circunstancias, el funcionamiento de las agencias de empleo privadas con respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica en lo que atañe a la prestación de uno o más de los servicios a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1;

b) excluir, en determinadas circunstancias, a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, o de partes de éstas, del campo de aplicación del presente Convenio, o de algunas de sus disposiciones, siempre que se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada.

5. Todo Miembro que ratifique el Convenio deberá indicar, en las memorias que envíe en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las prohibiciones o exclusiones a las que en su caso se acoja en virtud del párrafo 4 del presente artículo, motivándolas debidamente.

### Artículo 3

1. La determinación del régimen jurídico de las agencias de empleo privadas se efectuará de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

2. Todo Miembro deberá determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales.

#### Artículo 4

Se adoptarán medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas que prestan los servicios a los que se hace referencia en el artículo 1 no se vean privados del derecho de libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva.

#### Artículo 5

1. Con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo Miembro velará por que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no serán obstáculo a que las agencias de empleo privadas faciliten servicios especiales o apliquen programas destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo.

#### Artículo 6

El tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas deberá:

a) efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales;

b) limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente.

#### Artículo 7

1. Las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa.

2. En interés de los trabajadores afectados, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, podrá autorizar excepciones a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo respecto de determinadas categorías de trabajadores, así



como de determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas.

3. Todo Miembro que autorice excepciones en virtud del párrafo 2 del presente artículo deberá, en las memorias que envíe de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, suministrar información acerca de esas excepciones y motivarlas debidamente.

#### Artículo 8

1. Todo Miembro deberá, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, dentro de los límites de su jurisdicción y, en su caso, en colaboración con otros Miembros, para que los trabajadores migrantes reclutados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas gocen de una protección adecuada y para impedir que sean objeto de abusos. Esas medidas comprenderán leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas o abusos.

2. Cuando se recluten trabajadores en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados considerarán la posibilidad de concluir acuerdos laborales bilaterales para evitar abusos y prácticas fraudulentas en materia de reclutamiento, colocación y empleo.

#### Artículo 9

Todo Miembro tomará medidas para asegurar que las agencias de empleo privadas no recurran al trabajo infantil ni lo ofrezcan.

#### Artículo 10

La autoridad competente deberá garantizar que existen mecanismos y procedimientos apropiados en los que colaboren si es conveniente las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas.

#### Artículo 11

Todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de:

- a) libertad sindical;
- b) negociación colectiva;
- c) salarios mínimos;
- d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo;
- e) prestaciones de seguridad social obligatorias;
- f) acceso a la formación;
- g) seguridad y salud en el trabajo;
- h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales;
- j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

## Artículo 12

Todo Miembro deberá determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas que prestan los servicios que se mencionan en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, y de las empresas usuarias, en relación con:

- a) la negociación colectiva;
- b) el salario mínimo;
- c) el tiempo de trabajo y las demás condiciones de trabajo;
- d) las prestaciones de seguridad social obligatorias;
- e) el acceso a la formación;
- f) la protección en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo; g) la indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- h) la indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales;

i) la protección y las prestaciones de maternidad y la protección y prestaciones parentales.

### Artículo 13

1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales y previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, todo Miembro elaborará, establecerá y revisará periódicamente las condiciones para promover la cooperación entre el servicio público del empleo y las agencias de empleo privadas.

2. Las condiciones que se mencionan en el párrafo 1 del presente artículo deberán reconocer el principio de que las autoridades públicas retienen competencias para, en última instancia:

a) formular políticas de mercado de trabajo;

b) utilizar y controlar la utilización de fondos públicos destinados a la aplicación de esa política.

3. Las agencias de empleo privadas deberán, con la periodicidad que la autoridad competente disponga, facilitarle la información que precise, teniendo debidamente en cuenta su carácter confidencial:

a) con el fin de permitirle conocer la estructura y las actividades de las agencias de empleo privadas, de conformidad con las condiciones y las prácticas nacionales;

b) con fines estadísticos.

4. La autoridad competente deberá compilar y, a intervalos regulares, hacer pública esa información.

### Artículo 14

1. Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán por medio de la legislación o por otros medios conformes a la práctica nacional, como decisiones judiciales, laudos arbitrales o convenios colectivos.

2. El control de la aplicación de las disposiciones destinadas a dar efecto al presente Convenio correrá a cargo de los servicios de inspección del trabajo o de otras autoridades públicas competentes.

3. Se deberían prever y aplicar efectivamente medidas de corrección adecuadas, con inclusión de sanciones si hubiese lugar, en los casos de infracción de las disposiciones del presente Convenio.

#### Artículo 15

El presente Convenio no afecta a las disposiciones más favorables aplicables en virtud de otros convenios internacionales del trabajo.

#### Artículo 16

El presente Convenio revisa el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, y el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933.

#### Artículo 17

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

#### Artículo 18

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

#### Artículo 19

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que haya entrado inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo, quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo

sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

#### Artículo 20

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.
2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrar en vigor el presente Convenio.

#### Artículo 21

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

#### Artículo 22

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

#### Artículo 23

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente Convenio, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:
  - a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso iure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 19, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;
  - b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

#### Artículo 24

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

#### REFERENCIAS:

CONVENIO: C029 Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930  
CONVENIO: C034 Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933  
CONVENIO: C087 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948  
CONVENIO: C088 Convenio sobre el servicio del empleo, 1948  
CONVENIO: C096 Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949  
CONVENIO: C097 Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949  
CONVENIO: C098 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949  
CONVENIO: C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958  
CONVENIO: C122 Convenio sobre la política del empleo, 1964  
CONVENIO: C138 Convenio sobre la edad mínima, 1973  
CONVENIO: C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975  
CONVENIO: C168 Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988  
REVISION: C034 Este Convenio revisa el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación, 1933  
REVISION: C096 Este Convenio revisa el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949  
SUPLEMENTO: C181 Complementado por la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997  
CONSTITUCION: 22: artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo

## **ANEXO 2: Recomendación Nº 188, sobre las agencias de empleo privadas, O.I.T., 85ª reunión, 1997**

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 1997, en su octogésima quinta reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complementa el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997, adopta, con fecha diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas:

### **I. Disposiciones generales**

1. Las disposiciones de la presente Recomendación complementan las del Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (en adelante «el Convenio»), y deberían aplicarse conjuntamente con ellas.

2. 1) En la medida de lo posible, los organismos tripartitos o las organizaciones de empleadores y de trabajadores deberían ser asociados a la formulación y aplicación de las disposiciones adoptadas para dar efecto al Convenio.

2) Cuando sea conveniente, la legislación nacional aplicable a las agencias de empleo privadas debería completarse con normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional.

3. Los Estados Miembros deberían, cuando sea conveniente y viable, intercambiar informaciones y compartir la experiencia adquirida sobre la contribución de las agencias de empleo privadas al funcionamiento del mercado de trabajo, comunicándolas a la Oficina Internacional del Trabajo.

### **II. Protección de los trabajadores**

4. Los Miembros deberían adoptar las medidas necesarias y apropiadas para prevenir y eliminar las prácticas de las agencias de empleo privadas que no

sean conformes a la deontología. Entre estas medidas pueden figurar leyes o reglamentos que establezcan sanciones, incluyendo la prohibición de las agencias de empleo privadas que lleven a cabo prácticas que no sean conformes a la deontología.

5. Los trabajadores empleados por las agencias de empleo privadas a las que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio, deberían tener, cuando sea conveniente, un contrato de trabajo escrito en donde se especifiquen sus condiciones de empleo. Como mínimo, estos trabajadores deberían ser informados de sus condiciones de empleo antes del inicio efectivo de su actividad.

6. Las agencias de empleo privadas no deberían poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga.

7. La autoridad competente debería reprimir las prácticas desleales en materia de publicidad y anuncios engañosos, incluidos aquéllos para empleos inexistentes.

8. Las agencias de empleo privadas:

a) no deberían reclutar, colocar o emplear trabajadores para trabajos que impliquen riesgos y peligros no aceptados o cuando puedan ser objeto de abusos o trato discriminatorio de cualquier tipo;

b) deberían informar a los trabajadores migrantes, en la medida de lo posible en su idioma o en el que les resulte familiar, acerca de la índole del empleo ofrecido y las condiciones de empleo aplicables.

9. Se debería prohibir, o impedir con otras medidas, a las agencias de empleo privadas que formulen o publiquen anuncios de puestos vacantes o de ofertas de empleo que tengan como resultado, directo o indirecto, la discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, origen étnico, discapacidad, situación conyugal o familiar, orientación sexual o afiliación a una organización de trabajadores.

10. Debería alentarse a las agencias de empleo privadas a que promuevan la igualdad en el empleo a través de programas de acción positiva.

11. Se debería prohibir a las agencias de empleo privadas que consignen en ficheros o en registros datos personales que no sean necesarios para juzgar la aptitud de los candidatos respecto de los empleos para los que están siendo o podrían ser tomados en consideración.



12. 1) Las agencias de empleo privadas deberían conservar los datos personales de un trabajador únicamente mientras esté justificado por los fines concretos para los cuales hayan sido recabados, o únicamente mientras el trabajador desee figurar en una lista de candidatos a un puesto de trabajo.

2) Se deberían adoptar medidas para asegurar el acceso de los trabajadores a todos sus datos personales, tal y como se conservan en los sistemas de tratamiento automático o electrónico o en ficheros manuales. Estas medidas deberían contemplar el derecho de los trabajadores a examinar y obtener copia de estos datos así como el derecho a solicitar que se supriman o rectifiquen los datos inexactos o incompletos.

3) Excepto cuando guarden relación directa con los requisitos de una profesión determinada, y cuenten con el permiso explícito del trabajador afectado, las agencias de empleo privadas no deberían pedir, conservar ni utilizar los datos sobre las condiciones de salud de un trabajador, ni tampoco utilizar esos datos para determinar la aptitud de un trabajador para el empleo.

13. Las agencias de empleo privadas y la autoridad competente deberían adoptar medidas para alentar la utilización de métodos apropiados, equitativos y eficaces de selección.

14. Las agencias de empleo privadas deberían contar con personal adecuadamente cualificado y formado.

15. Dentro del respeto debido a los derechos y obligaciones establecidos en la legislación nacional relativos a la terminación del contrato de trabajo, las agencias de empleo privadas que presten los servicios mencionados en el párrafo 1 b) del artículo 1 del Convenio no deberían:

a) impedir que la empresa usuaria contrate a ese asalariado, o

b) limitar la movilidad profesional de ese asalariado;

c) imponer sanciones al asalariado que acepte un empleo en otra empresa.

III. Relaciones entre el servicio público de empleo y las agencias de empleo privadas

16. Debería fomentarse la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas para la puesta en práctica de una política nacional de organización del mercado de trabajo; a ese efecto, se podrán

establecer organismos que comprendan a representantes de los servicios públicos de empleo y de las agencias privadas de empleo, así como de las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

17. Las medidas dirigidas a fomentar la cooperación entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas podrían comprender:

a) la puesta en común de informaciones y la utilización de una terminología común para mejorar la transparencia del funcionamiento del mercado de trabajo;

b) intercambios de anuncios de puestos vacantes;

c) la promoción de proyectos conjuntos, por ejemplo en materia de formación;

d) la conclusión de convenios entre los servicios públicos de empleo y las agencias de empleo privadas sobre la ejecución de ciertas actividades, tales como proyectos para la inserción de los desempleados de larga duración;

e) la formación del personal;

f) consultas regulares dirigidas a mejorar las prácticas profesionales.

### **ANEXO 3: Proyecto de convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, O.I.T., 86ª reunión, 1998**

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el dos de junio de 1998 en su octogésima sexta reunión;

Tomando nota del creciente recurso al trabajo en régimen de subcontratación y reconociendo la conveniencia de adoptar nuevas normas en la materia, con miras a garantizar una protección adecuada a los trabajadores en régimen de subcontratación;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al trabajo en régimen de subcontratación, tema que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha de junio de mil novecientos noventa y ocho, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, 1998:

#### Artículo 1

A efectos del presente Convenio:

- a. la expresión «trabajo en régimen de subcontratación» designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, y cuando:
  - i. el trabajo se realiza con arreglo a un acuerdo contractual directo entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, distinto de un contrato de trabajo, o
  - ii. el trabajador en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario;

- b. el término «subcontratista» designa a una persona física o jurídica que se compromete a asegurar la realización de un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta;
- c. el término «intermediario» designa a una persona física o jurídica que pone a disposición de una empresa usuaria trabajadores en régimen de subcontratación, sin adquirir formalmente la calidad de empleador de esos trabajadores.

## Artículo 2

1. El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todos los trabajadores en régimen de subcontratación. No se aplica a los trabajadores que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, tienen un contrato de trabajo formalmente reconocido con la empresa usuaria. No se aplica a los asalariados de las agencias de empleo privadas puestos a disposición de empresas usuarias para realizar un trabajo en régimen de subcontratación.

2. La autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, podrá excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a:

- a. otras categorías particulares de trabajadores en régimen de subcontratación que gozan, por otros conceptos, de una protección adecuada, o
- b. determinadas ramas de actividad económica, cuando la aplicación del Convenio pudiera suscitar problemas particulares de considerable importancia.

3. Todo Miembro que ratifique el Convenio deberá indicar, en la primera memoria que presente de conformidad con el artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las excepciones a que se haya acogido con arreglo al párrafo 2 anterior y explicar sus motivos.

## Artículo 3

Todo Miembro deberá velar por que se adopten medidas adecuadas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, a fin de prevenir accidentes y daños para la salud de los trabajadores en régimen de subcontratación que sean consecuencia del trabajo en régimen de subcontratación, guarden relación con él o sobrevengan durante su realización.

#### Artículo 4

Deberán adoptarse medidas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, para:

- a. garantizar una protección adecuada por lo que se refiere al pago de:
  - i. las sumas que se adeuden a los trabajadores en régimen de subcontratación por el trabajo realizado, y
  - ii. toda cotización de la seguridad social que deba ser pagada por cuenta de estos trabajadores en virtud de ese trabajo;
- b. garantizar que se determinen claramente las responsabilidades relativas al cumplimiento de las obligaciones económicas previstas en el apartado a) anterior;
- c. garantizar que los trabajadores en régimen de subcontratación perciban indemnizaciones en caso de sufrir accidentes o enfermedades que sean consecuencia de la realización del trabajo en régimen de subcontratación.

#### Artículo 5

Todo Miembro deberá fomentar la igualdad de trato entre los trabajadores en régimen de subcontratación y los trabajadores que tienen una relación de empleo reconocida, habida cuenta de las condiciones aplicables a otros trabajadores que realizan un trabajo de índole esencialmente similar, en condiciones análogas.

#### Artículo 6

1. Deberán adoptarse medidas para garantizar que los trabajadores en régimen de subcontratación gocen de la misma protección que los trabajadores que tienen una relación de empleo reconocida, por lo que se refiere a:

- a. el derecho de sindicación y el derecho de negociación colectiva;
- b. la discriminación en el empleo y la ocupación basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social;
- c. la edad mínima.

2. Deberán adoptarse medidas, según proceda, para garantizar que los trabajadores en régimen de subcontratación gocen de una protección adecuada en materia de:

- a. tiempo de trabajo y otras condiciones laborales;
- b. protección de la maternidad;
- c. seguridad y salud en el trabajo;
- d. remuneración;
- e. régimen legal de seguridad social.

#### Artículo 7

Todo Miembro deberá adoptar medidas para garantizar que, cuando se recurra al trabajo en régimen de subcontratación, no se eludan las obligaciones ni se denieguen los derechos previstos en la legislación laboral y de seguridad social.

#### Artículo 8

1. El presente Convenio deberá aplicarse mediante la legislación o por cualesquiera otros medios compatibles con la práctica nacional, tales como decisiones judiciales, laudos arbitrales o convenios colectivos.

2. Se adoptarán medidas eficaces, correspondientes a los medios escogidos en virtud del párrafo 1 anterior, para asegurar mediante una inspección adecuada o de otra forma la aplicación y el cumplimiento apropiados de la reglamentación o las disposiciones sobre el trabajo en régimen de subcontratación.

3. Se deberán prever y aplicar eficazmente medidas correctivas adecuadas, incluidas sanciones cuando así proceda, en caso de infracción de la reglamentación o las disposiciones mencionadas en el párrafo 2 anterior.

#### Artículo 9

Las disposiciones del presente Convenio no menoscabarán las disposiciones más favorables que sean aplicables a los trabajadores en régimen de subcontratación en virtud de otros convenios internacionales del trabajo.

## **ANEXO 4: Proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, 86ª reunión, O.I.T., 1998**

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el dos de junio de 1998 en su octogésima sexta reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al trabajo en régimen de subcontratación, tema que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complemente el Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, 1998, adopta, con fecha de junio de mil novecientos noventa y ocho, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, 1998:

1. Las disposiciones de la presente Recomendación deberían aplicarse conjuntamente con las del Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación, 1998 (en adelante, «el Convenio»).

2. Al determinar, a efectos de la definición de la expresión «trabajo en régimen de subcontratación», si se cumplen las condiciones de dependencia o de subordinación a que alude el apartado a) del artículo 1 del Convenio, todo Miembro podrá tomar en consideración, entre otros, los criterios siguientes:

- a. la medida en que la empresa usuaria determina el momento y la manera en que ha de realizarse el trabajo, incluidos el tiempo de trabajo y las demás condiciones laborales del trabajador;
- b. si la empresa usuaria paga periódicamente y de acuerdo con criterios preestablecidos las sumas adeudadas al trabajador;
- c. la medida en que la empresa usuaria ejerce sobre el trabajador un poder de supervisión y un control con respecto al trabajo realizado, incluido un poder disciplinario;
- d. la medida en que la empresa usuaria hace inversiones y suministra, entre otras cosas, herramientas, materiales y maquinaria para efectuar el trabajo de que se trate;
- e. si el trabajador puede o no obtener ganancias o exponerse a pérdidas al efectuar ese trabajo;
- f. si el trabajo se efectúa en forma regular y continua;
- g. si el trabajador trabaja o no para una sola empresa usuaria;

- h. la medida en que el trabajo realizado forma parte integrante de las actividades normales de la empresa usuaria;
- i. si la empresa usuaria proporciona o no al trabajador una formación específica de cierta importancia para el desempeño de su trabajo.

3. Deberían adoptarse medidas para garantizar que los trabajadores en régimen de subcontratación reciban una información apropiada y fácilmente comprensible acerca de sus condiciones de trabajo, de las sumas a que tengan derecho y del modo en que éstas serán fijadas.

4. Deberían adoptarse medidas, según proceda, para asegurar que los trabajadores en régimen de subcontratación reciban el mismo trato que los asalariados de la empresa usuaria o, según sea el caso, que los asalariados del subcontratista o del intermediario, por la realización de tareas que sean en lo fundamental análogas, se lleven a cabo en condiciones semejantes y requieran calificaciones similares.

5. En determinadas circunstancias (por ejemplo, cuando el trabajo en régimen de subcontratación se utiliza principal o exclusivamente con el fin de eludir las obligaciones o denegar los derechos previstos en la legislación laboral o de seguridad social), los trabajadores en régimen de subcontratación deberían ser tratados como los asalariados de la empresa usuaria o, según sea el caso, como los del subcontratista o del intermediario.

6. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, no debería ponerse a disposición de una empresa usuaria a trabajadores en régimen de subcontratación con el fin de sustituir a trabajadores de esa empresa que estén en huelga.

7. Deberían adoptarse medidas para garantizar que los trabajadores en régimen de subcontratación puedan negarse a realizar un trabajo cuando tengan motivos razonablemente fundados para pensar que podría entrañar un peligro grave para su seguridad o su salud.

8. 1) La legislación y la práctica nacionales podrían atribuir al subcontratista (o al intermediario, según proceda) y a la empresa usuaria la responsabilidad que a cada uno incumbe con relación al cumplimiento de las obligaciones contraídas para con los trabajadores en régimen de subcontratación, tomando en consideración el grado de dependencia o de subordinación de estos trabajadores respecto de aquéllos.

2) Cuando la parte responsable de las obligaciones a que se refiere el subpárrafo 1) anterior las incumpla, la otra parte, cuando proceda, debería tener la responsabilidad de cumplirlas.



3) En la medida prevista por la legislación nacional, las obligaciones económicas para con el trabajador en régimen de subcontratación podrían recaer solidariamente en el subcontratista y la empresa usuaria, o en el intermediario y dicha empresa, o en todas esas partes, según sea el caso.

9. En caso de insolvencia de la empresa usuaria, del subcontratista o del intermediario, los créditos de los trabajadores en régimen de subcontratación deberían tener la misma prioridad que la prevista por la legislación y la práctica nacionales para los créditos adeudados al trabajador por su empleador.

10. 1) El recurso al trabajo en régimen de subcontratación podría quedar condicionado, de conformidad con la legislación nacional, a la obligación del subcontratista o del intermediario de inscribirse ante la autoridad competente o de obtener de ésta una autorización.

2) La inscripción o la autorización podrían quedar supeditadas a la condición de que el subcontratista o el intermediario demuestren su viabilidad y su capacidad para cumplir sus obligaciones para con los trabajadores en régimen de subcontratación, o a que depositen una fianza por un monto suficiente para hacer frente a esas obligaciones.

11. 1) Deberían adoptarse, cuando proceda, medidas ajustadas a las condiciones nacionales con la finalidad de fomentar la negociación colectiva como medio para determinar y mejorar las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores en régimen de subcontratación.

2) Deberían identificarse y suprimirse los obstáculos al ejercicio del derecho de los trabajadores en régimen de subcontratación a afiliarse a las organizaciones de trabajadores que estimen convenientes y a participar en las actividades de dichas organizaciones.

12. En la medida de lo posible, todo Estado Miembro debería reunir, mantener actualizados y publicar datos estadísticos y otras informaciones acerca del trabajo en régimen de subcontratación.

13. Todo Miembro debería adoptar medidas, cuando proceda, con el fin de brindar protección a los trabajadores en régimen de subcontratación nacionales de otros países que realicen un trabajo en su territorio.

## **ANEXO 5: Recomendación Nº 198, sobre la relación de trabajo, 95ª reunión, O.I.T., 2006**

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad, en su nonagésima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006;

Considerando que la legislación nacional, así como los convenios colectivos, ofrecen una protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado;

Considerando que la legislación y su interpretación deberían ser compatibles con los objetivos del trabajo decente;

Considerando que la legislación laboral o de trabajo trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo;

Considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente;

Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;

Observando que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho;

Reconociendo que la orientación internacional a los Miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección mediante la legislación y la práctica nacionales, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo;

Reconociendo, además, que esa protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables, y basarse en leyes eficaces,

efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario;

Reconociendo que la política nacional debería ser fruto de la consulta con los interlocutores sociales y debería ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo;

Reconociendo que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente;

Considerando que la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional;

Observando que, en el marco de la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador;

Considerando que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general;

Considerando que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales;

Tomando nota de todas las normas internacionales del trabajo pertinentes y en especial las normas relativas a la situación particular de la mujer, así como las relativas al ámbito de la relación de trabajo;

Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la relación de trabajo, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que estas propuestas revistan la forma de una recomendación, adopta, con fecha quince de junio de dos mil seis, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

## I. POLÍTICA NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS POR UNA RELACIÓN DE TRABAJO

1. Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

2. La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes. Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

3. La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a:

a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;

b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;

c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;

d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;

e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;

f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y

g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.

5. En el marco de la política nacional los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.

6. Los Miembros deberían:

a) velar especialmente por que en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo, y

b) establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género.

7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:

a) al formular una política nacional, todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y

b) cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.

8. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

## II. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO

9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenido por las partes.

10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:

a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;

b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y

c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

14. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

16. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

17. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

18. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

### III. SEGUIMIENTO Y APLICACIÓN

19. Los Miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de empleo en el marco de la política nacional.

20. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo. Además, esas organizaciones deberían ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.

21. Los Miembros deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.

22. Los Miembros deberían establecer mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales. Debería prestarse atención al desarrollo de contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros Estados.

### IV. PÁRRAFO FINAL

23. La presente Recomendación no supone una revisión de la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), ni puede revisar el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181).