

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

INCIDENCIAS ECONOMICAS DE LA CONTRATACION TEMPORAL.

Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales

DIEGO JOSE GAJARDO FERNANDEZ.

PROFESOR GUIA: Rosa María Mengod.

Santiago, Chile. 2005

INTRODUCCION .	1
CAPITULO I. CONTRATOS TEMPORALES A PLAZO FIJO Y POR OBRA O FAENA .	3
1.1. – CONTEXTO EN EL CUAL DEBEMOS SITUARNOS PARA EL ANALISIS DE LOS CONTRATOS A PLAZO FIJO Y POR OBRA O FAENA. .	3
1.2. – CONTRATOS A TERMINO INDEFINIDO .	4
1.3. - CONTRATO A PLAZO FIJO . .	5
1.4. – CONTRATO POR OBRA O FAENA .	6
1.5.- MARCO REGULATORIO DE LOS CONTRATOS A PLAZO FIJO EN NUESTRA LEGISLACION .	9
1.6.- MARCO REGULATORIO DE LOS CONTRATOS POR OBRA O FAENA EN NUESTRA LEGISLACION . .	11
1.7.- SITUACIONES EN QUE UN CONTRATO A PLAZO FIJO SE TRANSFORMA EN UN CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO . .	13
CAPITULO II. ANALISIS COMPARATIVO DE LOS BENEFICIOS O DESVENTAJAS DE LA CONTRATACION TEMPORAL O A TERMINO INDEFINIDO .	19
2.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS .	19
2.2.- ALCANCES DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN COMPARACION CON LA CONTRATACION A TERMINO INDEFINIDO .	20
2.2.1.- Obligaciones del empleador en la terminación de los contratos .	20
2.2.2.- Normas Previsionales .	24
2.2.3.- Negociación Colectiva . .	27
2.2.4.- Necesidades de la empresa como causal de despido .	29
2.2.5.- Fuero sindical . .	30
2.3.- PRACTICAS DE NORMAL OCURRENCIA Y SUS RAZONES .	31
CAPITULO III. INCIDENCIAS DE LOS FUEROS .	37
3.1.- Incidencias del fuero maternal .	39
3.2.- Fuero sindical .	41
3.3.- Incidencias del fuero por enfermedad .	44
CAPITULO IV. CONCLUSIONES .	47
BIBLIOGRAFIA .	49

INTRODUCCION

El presente estudio tiene como primer objetivo realizar un tratamiento lo más a fondo posible respecto de los contratos temporales, ya sean a plazo fijo o por obra o faena, intentando encontrar una definición lo más acertada posible y desentrañando cada uno de sus elementos. Ello debido al progresivo aumento que dicho tipo de contratación ha tenido en los últimos años, principalmente como consecuencia de la necesidad de las empresas de obtener una mano de obra lo más barata posible para poder competir de la mejor forma en el mercado actual, el cual se caracteriza por la gran apertura y globalización con que opera en Chile y el mundo entero.

Tal como la economía global, y por cierto también la de nuestro país, vienen creciendo de manera sostenida desde hace ya varios años, uno pudiera tender a pensar que todos los aspectos relacionados con dicho crecimiento y con el desarrollo en general han tenido un avance al menos similar, sino a la par.

Lamentablemente, pareciera que ello no es completamente cierto, y especialmente en relación al que para muchos es el verdadero sustento de la economía mundial: la fuerza laboral, los trabajadores.

Así, el segundo y principal objeto del presente estudio dice relación con la necesidad de revelar si efectivamente existe dicha disparidad entre el desarrollo económico y las condiciones en que laboran los trabajadores y los beneficios que por ello perciben.

He de señalar que en ningún caso este estudio se desarrollará con una mirada parcial o asumiendo de antemano alguna determinada postura, sino que intentará

analizar ciertos puntos, entre ellos el grado de responsabilidad que cabe a cada uno de los actores de la relación jurídico laboral, incluyendo también al Estado, el hecho de que muchas veces se actúe al margen de la ley o simplemente de forma contraria a ella, especialmente debido a la falta de una regulación adecuada y de sistemas de fiscalización efectivos que se requieran.

CAPITULO I. CONTRATOS TEMPORALES A PLAZO FIJO Y POR OBRA O FAENA

1.1. – CONTEXTO EN EL CUAL DEBEMOS SITUARNOS PARA EL ANALISIS DE LOS CONTRATOS A PLAZO FIJO Y POR OBRA O FAENA.

Para poder entender cabalmente y llegar a dilucidar algún concepto de contrato a plazo fijo o de contrato por obra o faena, es necesario enmarcarlo dentro de lo que podría llamarse “un viejo nuevo tema”, por cuanto hace ya bastante tiempo que es objeto de debate la existencia de este tipo de contratos como nuevas formas de contratación o como alguno las han denominado, formas “atípicas”¹ de contratación, en que no se dan todas las características que supone una relación laboral normal, o en que aquellas están presentes pero de una forma atenuada. Y podríamos decir, sin duda, que estas “formas

¹ Thayer W y Novoa P., Manual de Derecho del Trabajo, tomo II, 1997, 3ª edición, p. 125 y ss.

atípicas” de contratación han ido proliferando sustancialmente con el correr de los años, como resultado de una economía de mercado, ya sea interna o internacional, sumamente competitiva, abierta, donde se demanda para subsistir y desarrollarse, entre otras cosas, una mano de obra menos gravosa, generando como consecuencia que estas nuevas formas de contratación sean hoy en día las más utilizadas en la práctica.

De acuerdo a lo señalado, es que estas “nuevas formas de contratación” o “formas atípicas de contratación” nacen como respuesta a los cambios que con el correr del tiempo ha sufrido el Derecho del Trabajo, inmerso dentro del mundo globalizado y de una economía abierta y competitiva, siguiendo el tránsito normal desde un derecho protector del trabajador, sumamente rígido, hacia un derecho protector del empleo, con una mayor flexibilidad y desregulación, lo que desde el punto de vista de las empresas, ha de permitir la generación de mayores puestos de trabajo.

1.2. – CONTRATOS A TERMINO INDEFINIDO

Por otra parte, para lograr nuestro objetivo, debemos primero esclarecer lo que se entiende por contrato a término indefinido, puesto que estas nuevas formas de contratación constituyen una clara excepción a dicha especie, la cual, según se desprende de nuestro Código del trabajo, es la regla general que rige en nuestra legislación.

Por contrato de trabajo a término indefinido podemos entender aquel en el que no se establece un plazo determinado, por lo que las partes se encuentran en absoluta ignorancia respecto del término de dicho contrato, el cual no ha sido acordado con anterioridad por éstas; aunque esta indefinición temporal no apunta a un contrato de carácter vitalicio, sino que se le considera como una garantía de estabilidad del trabajador en su empleo. En este sentido se pronuncia una sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 03 de Diciembre de 1996, en proceso rol N° 33.844, la cual reza “el que un contrato sea de término indefinido no significa que sea eterno o que no se le puedan aplicar las causales de terminación que establece la ley, puesto que éstas son precisamente para estos efectos”².

Y puede señalarse que se trata de una regla general, pues la intención del legislador es clara en esta materia por una serie de razones, como es que al definir “contrato individual de trabajo”, en el artículo 7° del código del trabajo, se limita a enunciar las obligaciones recíprocas que unen a trabajador y empleador, no señalando en ningún caso que dicho contrato deba contener un plazo. Ahora, si bien es cierto que el artículo 10° del mismo texto legal enumera el plazo del contrato como una de las estipulaciones que, a lo menos, debe contener el contrato de trabajo, no es menos cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran contestes y uniformes en orden a que si no se señala un plazo en el contrato de trabajo, se entiende que éste se ha pactado como de término indefinido. A mayor abundamiento, cabe señalar que existen casos en que se

² Ediciones Técnicas Laborales, “Manual de Consultas Laborales y Provisionales, año XIV – N° 168, 1999, p. 358.

presume la existencia de un contrato a término indefinido y otros en que uno a plazo fijo se transforma en uno a término indefinido, todas situaciones contenidas en el artículo 159 del código del trabajo y que serán tratadas más adelante en párrafo aparte.

Teniendo claro el marco dentro del cual ubicamos a los contratos a plazo fijo y por obra o faena, y el lugar que en principio ocupan dentro de nuestra legislación, es posible abocarnos a la tarea de desentrañar algún concepto para una u otra forma de contratación.

1.3. - CONTRATO A PLAZO FIJO

Hay que señalar que nuestro Código del Trabajo, hasta hace muy poco tiempo, no contemplaba expresamente el contrato temporal en si, escenario que vino a cambiar recién el 1° de Noviembre de 1993, fecha en la cual entró en vigencia la ley N° 19.250, la que estableció normas especiales, particularmente, para los trabajadores agrícolas de temporada, pasando a regular posteriormente otros contratos temporales, como el de aprendizaje.

Como punto de partida, en relación ya a los contratos a plazo fijo, se debe señalar que nuestro Código del trabajo no ha definido lo que se entiende por tal, aunque sí hace mención al respecto, por lo que como una primera referencia para acercarnos a un concepto de contrato a plazo fijo, es menester citar el artículo 159 del código del trabajo, que hace mención a las causales de término del contrato de trabajo, y que en su N° 4, se refiere en los siguientes términos a este tipo de contrato: “Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año”...”Tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años”.

Como puede apreciarse, nuestro legislador únicamente se limitó a expresar la duración máxima que puede llegar a tener un contrato de trabajo a plazo fijo, pero en virtud del citado precepto legal, es manifiesta la vinculación entre el plazo en un contrato de trabajo y la terminación del mismo.

Lo mismo puede apreciarse en el Decreto N° 195 de 12 de Abril de 1972, que ordena cumplir como ley de la República, los Convenios Laboral y sobre Seguridad Social con la República Argentina, suscritos el 17 de octubre en Antofagasta, decreto que será analizado más adelante y que contempla un plazo máximo excepcional de tres años para un contrato a plazo fijo.

Así entonces, y como una primera aproximación, podríamos definir la modalidad de contratos de trabajo a plazo fijo como “Aquella en que de antemano es establecido por las partes el tiempo que durará el contrato, fijándose en consecuencia con certeza el momento en que terminará la relación laboral, con la sola llegada del plazo, obligándose los contratantes a darle cabal cumplimiento, ya sea en cuanto a su duración y término, no siendo necesario el aviso previo”.

Contando ya con una acertada definición respecto de lo que podemos entender por contrato de trabajo a plazo fijo, se puede por tanto, expresar como punto importante a considerar, que al celebrarse un contrato de este tipo, no puede ponerse término en virtud de una disposición unilateral de alguna de las partes, siendo posible en este caso señalar que los trabajadores, están protegidos por una especie de fuero (si así puede llamársele), extendiéndose sus labores por todo el tiempo pactado. Es más, resultaría ilógico que alguna de las partes intentara poner fin a un contrato de trabajo a plazo fijo antes de la llegada del mismo, puesto que dicho plazo ha sido establecido de común acuerdo, y por sobre todo, en directo beneficio de ambos. En consecuencia, la forma normal de término del contrato a plazo fijo es la llegada del plazo.

No obstante lo manifestado, el contrato a plazo puede terminar de manera anormal. El que un trabajador se desempeñe en virtud de un contrato a plazo fijo, no lo libra de la posibilidad de que el empleador le ponga término a su trabajo anticipadamente en caso de incurrirse en alguna de las causales de terminación del contrato de trabajo contempladas en los artículos 160 y 161 de nuestro Código del Trabajo.

En caso de ocurrir lo señalado en el párrafo anterior, si el trabajador no ha incurrido en causal, serían procedentes, al igual que en el caso de los trabajadores contratados a término indefinido, las indemnizaciones que correspondan y que se encuentran contempladas en los artículos 162 y 163 del Código del Trabajo; incluso, podrían aplicarse los aumentos a que se refiere el artículo 168 del mismo texto legal, si el juez así lo ordena, en caso que el trabajador considere injustificada, indebida o improcedente la aplicación de alguna causal de término de contrato, recurriendo al juzgado competente dentro de los sesenta días hábiles contados desde la separación.

También puede terminar el contrato a plazo por voluntad del trabajador, caso en el cual el empleador podría iniciar la correspondiente acción de indemnización de perjuicios en contra del trabajador.

A modo de confirmar lo ya señalado, es importante añadir lo que nuestra jurisprudencia administrativa ha manifestado al respecto. Y es así como en dictamen N° 130 de 19 de Enero del año 1982, de la Dirección del trabajo, se determinó que “contrato a plazo fijo es aquel que genera derechos y obligaciones limitados en el tiempo por expresa disposición de las partes contratantes”. En el mismo orden podemos citar el dictamen N° 3.872/197 de 22 de Junio de 1995 de la Dirección del trabajo, el cual expresa que, “el establecimiento de un plazo en el contrato implica que las partes se obligan recíprocamente por un tiempo determinado y que, por ende existe para ellas certeza en cuanto a su período de vigencia, toda vez que en este tipo de contratos, denominados de plazo fijo, se precisa una fecha a partir de la cual cesan sus efectos jurídicos”.

1.4. – CONTRATO POR OBRA O FAENA

Al igual que lo que ocurre respecto de los contratos a plazo fijo, los contratos de trabajo

por obra o faena no se encuentran tratados orgánicamente en nuestro Código del Trabajo, pero a la vez, también es posible desprender su reconocimiento de diversos preceptos legales.

Para precisar un concepto y el alcance de lo que debemos entender por “contrato por obra o faena transitoria”, resulta significativo reproducir lo que al respecto ha señalado la jurisprudencia administrativa.

El dictamen N° 5.651/371 del 16 de Noviembre de 1998 de la Dirección del Trabajo señala lo siguiente:

“Lo que caracteriza esencialmente a un contrato por obra o faena, es que las partes al momento de suscribirlo convienen de antemano su duración, no teniendo las mismas, sin embargo, certeza respecto del día en que dicha obra o faena va a concluir y, por ende de la fecha cierta de término del respectivo contrato.

De esta forma, la posibilidad que las partes pacten un contrato de trabajo por obra o faena determinada requiere la existencia de los siguientes elementos:

La existencia de una obra o faena específicamente determinada en el contrato de trabajo, a la cual adscribe la prestación de los servicios de los trabajadores.

Que la prestación de los servicios de que se trata no sea de una duración indefinida en el tiempo.

Que los contratantes convengan de modo expreso cuando debe entenderse que ha concluido el trabajo o servicio que dio origen al contrato de trabajo”.

Teniendo en vista el presente dictamen, podemos concluir, conceptualmente, que el contrato por obra o faena transitoria es aquel cuya duración obedece a la duración de los servicios u obras, las que necesariamente han de terminar o concluir, por lo que al igual que los contratos a plazo fijo, tienen una extensión circunscrita en el tiempo, pero que a diferencia de aquellos, en este caso el momento de término reviste el carácter de indeterminado, ya que se sabe que va a ocurrir, pero se ignora cuándo.

Importante es no confundir un contrato por obra o faena transitoria con un contrato de “reemplazo”, el cual se encuentra regulado por el artículo 54 de la Ley N° 19.070 y que tiene por objeto suplir o reemplazar a los trabajadores permanentes durante sus ausencias motivadas por feriados, licencias médicas, permisos, descansos maternales, cursos de perfeccionamientos, etc.

Si bien existe discrepancia dentro de nuestra jurisprudencia, tanto administrativa como judicial, respecto de la naturaleza de los contratos de reemplazo, pareciera ser que la mayoría se inclina por considerar a este tipo de contratos como un contrato a plazo fijo, ya que los trabajadores reemplazantes realizan labores que su empleador presta en carácter de permanente, circunstancia que elimina cualquiera idea de transitoriedad, uno de los requisitos para que se configure un contrato por obra o faena.

Confirma lo dicho el dictamen ordinario N° 2533/154 de 20 de mayo de 1993 emitido por la Dirección del Trabajo, el cual señala que:

“Los contratos de trabajo que celebra la Asociación con determinadas personas, cuyo objetivo es suplir o reemplazar a los trabajadores permanentes durante sus

ausencias motivadas por feriados, licencias, descansos maternales. Cursos de perfeccionamiento o becas, revisten el carácter de contratos a plazo fijo y, por ende, les resultan aplicables las normas contenidas en el N° 4 del artículo 1° de la Ley N° 19.010”.

Retomando el tema sobre los contratos por obra o faena transitoria y en cuanto a las características que se expresan como propias de este tipo de contratos, podemos resumir, a modo de análisis, que deben quedar establecidos en el contrato de trabajo, de manera ceñida, cuáles serán los servicios a prestar, teniendo presente el término de los mismos. Además, hay que dejar en claro que la obra o faena para la cual se contrata debe ser concluyente, es decir, que en virtud de la naturaleza de los servicios que se presten, sea posible llegar a su término de manera natural y total. Finalmente, e íntimamente relacionado con lo recién señalado, cabe decir que el término de la obra o faena debe ser coetáneo con el fin de la relación laboral respecto, al menos, de los mismos servicios, existiendo una relación de “causa - efecto” entre la realización de la obra o faena y el término de la misma, en conjunto con el contrato de trabajo.

En el mismo sentido, nuestra jurisprudencia administrativa ha señalado en dictamen N° 2798/141 del 05 de mayo de 1995, que “lo que caracteriza esencialmente a un contrato por obra o faena, es que las partes al momento de su suscripción convienen de antemano su duración, no teniendo las mismas, sin embargo, certeza respecto del día en que dicha obra o faena va a concluir y, por ende, la fecha cierta de término del respectivo contrato”.

A raíz de todo lo expresado, puede colegirse que no es procedente fijar en forma genérica el tiempo que debe durar una determinada obra o faena para ser considerada como transitoria, pues no depende de ello, sin perjuicio de que la Dirección del Trabajo haya dispuesto en dictamen N° 881/042 del 09 de Febrero de 1994 que si una determinada obra que se prolonga en el tiempo por más de dos años, sobrepasando sin solución de continuidad, varias temporadas, la obra o faena no tiene la calidad de transitoria o de temporada, dando así una gran estabilidad laboral a aquellos trabajadores que se encuentren en tal situación.

Uno de los contratos por obra o faena que me parece importante recalcar es el llamado “contrato de aprendizaje”, contrato de trabajo que sólo pueden celebrar los trabajadores menores de veintiún años de edad y que lo define el artículo 78 del Código del Trabajo 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”.

La naturaleza de este contrato eminentemente temporal, queda manifiesta de la lectura del artículo 84 del Código del Trabajo, el cual establece que:

“El contrato a que se refiere este capítulo tendrá vigencia hasta la terminación del plan de aprendizaje, el que no podrá exceder de dos años”.

Si bien se contempla un plazo máximo de duración para este tipo de contratos, no es dicho plazo lo que lo caracteriza, sino el que su duración estará condicionada a un fin determinado, cual es en este caso, el plan de aprendizaje.

1.5.- MARCO REGULATORIO DE LOS CONTRATOS A PLAZO FIJO EN NUESTRA LEGISLACION

Si bien ya se hizo mención, al intentar desentrañar su concepto, de ciertos preceptos legales que se refieren a los contratos a plazo fijo en nuestro Código del Trabajo, es en esta oportunidad en la cual nos abocaremos con mucha mayor profundidad a desarrollar un análisis más acabado de las mismas y, en general, del tratamiento que este tipo de contratos tienen en nuestra legislación.

Así entonces, y a modo de comienzo, me parece que he de referirme al artículo 10° de nuestro Código del Trabajo, el cual reza:

“El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

N° 6.- plazo del contrato”

Como puede apreciarse de la norma transcrita, y en virtud de lo ya dicho anteriormente en este texto, cabe señalar que nuestro legislador no ha tratado orgánicamente a este tipo de contratos de trabajo, ni siquiera los ha definido, si no que se ha limitado a expresar que el plazo es una de los elementos que debe contener todo contrato de trabajo. Y, en un primer lugar, me permito decir que “todo” contrato de trabajo debe hacer referencia al plazo, debido a la expresión “a lo menos” utilizada por el legislador, la cual establece que el plazo constituye una de las cláusulas obligatorias que debe contener cada contrato de trabajo que se pacte. Pero la verdad es que ello no es tan así en la práctica, por cuanto hoy en día tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia (ya sea judicial o administrativa) se encuentran contestes y uniformes en relación a que no existe ningún inconveniente o no se cae en ninguna ilegalidad en el caso de no establecerse un plazo en el contrato de trabajo, ya que se entiende que dicho contrato se a pactado a término indefinido, por toda la vida útil del trabajador, siempre que entretanto no medie alguna de las causales establecidas en la ley para ponerle fin de forma anticipada.

Con lo dicho se confirma como el legislador ha manifestado su predilección por los contratos a término indefinido, con la intención de ofrecer y asegurar así, una mayor estabilidad en el empleo para los trabajadores del país, siendo además entendido así por quienes han tenido posteriormente la tarea de interpretar o aplicar la ley.

En segundo lugar, he de referirme al que pareciera ser al precepto legal más importante de nuestro Código del Trabajo en lo que dice relación con los contratos de trabajo a plazo fijo, ya que se trata de la norma más estudiada al respecto y que me permite creer es la razón por la cual el legislador procuró, al menos, un pequeño tratamiento del tema.

De este modo, es que pasamos al estudio del artículo 159 del código del Trabajo, el cual se refiere a la terminación del contrato de trabajo y que establece en su N° 4 inc. 1° que:

“El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos:

N° 4.- Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año”.

Tal y como se advierte, la llegada del plazo, en caso que éste se haya pactado en el contrato de trabajo en virtud de lo señalado por el artículo 10° del mismo texto legal, representa una de las causales por las cuales se pone término al contrato de trabajo, no pudiendo en dicho caso ponérsele término en forma anticipada sin que medie causa legal, como lo señala el dictamen N° 130 del 19 de Enero de 1982 de la Dirección del Trabajo, el cual establece que “el plazo convenido para la duración de un contrato de trabajo obliga tanto al empleador como al dependiente”.

Pero el legislador no sólo se limitó a ello, sino que estableció un límite para la duración de los contratos a plazo fijo, señalando que éstos no pueden exceder de un año.

Queda claro que el legislador ha indicado únicamente la duración máxima que puede contener un contrato de trabajo, pero no ha hecho señalamiento a una duración mínima, por lo que ésta queda determinada por lo que acuerden las partes al respecto, quienes gozan de la más amplia libertad para ello, pudiendo pactar el plazo que gusten, siempre que no exceda del límite máximo indicado.

Si bien el límite de un año como máximo para la duración de un contrato de trabajo a plazo fijo encarna la regla general en esta materia, el legislador ha contemplado una excepción, la cual se encuentra contenida en el artículo 159° N° 4 inc. 3 del código del trabajo, que expone:

“Tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, la duración del contrato no podrá exceder de dos años”.

Esta excepción encuentra reconocimiento en dictamen de la Dirección del trabajo N° 5.633/180 del 19 de Agosto de 1991, al manifestar que “sólo si los servicios que presten las personas que tengan un título profesional o técnico se relacionan directamente con éstos, la duración del contrato de plazo fijo puede ser de hasta dos años”.

El dictamen en comento, no sólo se limita a confirmar la norma legal, sino que además exige que los servicios prestados por aquellas personas que cuentan con un título profesional o técnico, se relacionen directamente con dichos títulos.

Una norma aún más excepcional que la que dice relación con los trabajadores que cuentan con un título profesional o técnico, en relación con el plazo de un contrato, es aquella que se encuentra contenida en el Decreto N° 195, de 12 de Abril de 1972, el cual ordena cumplir como ley de la República, los Convenios Laboral y sobre Seguridad Social con la República Argentina, suscritos el 17 de octubre de 1971 en Antofagasta.

El artículo 11° del Título II del aludido Decreto, establece, en relación a los trabajadores temporarios, que:

“El plazo de permanencia de los trabajadores amparados por este régimen será el de la duración del respectivo contrato, siempre que el mismo no sea mayor de tres años.....En ningún caso el término de permanencia será superior a tres años, vencido el

cual el trabajador deberá salir del territorio del país receptor o tramitar la radicación definitiva en éste. De lo contrario será considerado como residente ilegal...”.

Como puede apreciarse, se trata de un plazo aún mayor que los contemplados por nuestro Código del Trabajo para el caso de un contrato a plazo fijo, plazo que al ser ley chilena, debe aplicarse a los chilenos que se trasladen a la República Argentina y a los argentinos que se trasladen a la República de Chile para desarrollar actividades remuneradas, en tareas no estacionales, sin ánimo de radicarse en el país receptor.

Para finalizar, he de señalar que las situaciones contenidas en el artículo 159 N° 4 incisos 2° y 4°, dada su connotación, serán tratados en párrafo aparte más adelante.

1.6.- MARCO REGULATORIO DE LOS CONTRATOS POR OBRA O FAENA EN NUESTRA LEGISLACION

En relación a los contratos de trabajo por obra o faena, es posible señalar que, para su tratamiento en términos generales y en concordancia con la orientación de esta parte del presente estudio, son dos los preceptos legales, que por su trascendencia, deben ser tratados más a fondo.

En primer término, he de referirme, al igual que respecto de los contratos a plazo fijo, al tratamiento que nuestro legislador hace de los contratos por obra o faena como uno de los casos previstos para el término de los contratos de trabajo.

Es así como debemos transcribir lo expresado por el artículo 159 del código del trabajo en su numeral 5°, que señala:

“El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos:

N° 5.- Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato”.

Al igual que lo que ocurre con los contratos a plazo fijo, el contrato de trabajo también puede suscribirse para la ejecución de un trabajo o servicio determinado, siendo precisamente la ejecución total de dichas labores las que ponen término al contrato de trabajo, pues así lo han acordado las partes, debiendo, por lo tanto, expresarse con toda claridad cuál es la labor o servicio para el cual se contrata al dependiente, como puede desprenderse de lo señalado por el numeral transcrito.

Lo dicho guarda manifiesta concordancia con lo expresado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia dictada en la causa rol N° 3025 de fecha 09 de Noviembre de 1994, la que establece que “acreditado en autos que el trabajador demandante fue contratado para un trabajo o servicio preciso y determinado por la sociedad demandada, el cual finalizó en la fecha prevista para el contrato, debe estimarse que éste terminó por la causal de conclusión del trabajo que le dio origen sin derecho a indemnización sustitutiva de aviso previo y de indemnización compensatoria por tiempo servido”.

En segundo término, me parece importante referirme a lo que establece, debido a lo

trascendente de la materia que trata, al artículo 305 de nuestro Código del Trabajo.

Este precepto legal establece una excepción a la regla general de que los contratos por obra o faena transitoria, al no tener un estatuto laboral especial, se rigen por la normativa contractual común, pudiendo los trabajadores contratados para desarrollar determinadas labores o servicios, ejercer todos los derechos contemplados en dicha normativa general. Y esta excepción es de suma importancia, por cuanto priva a los trabajadores en cuestión de uno de los derechos más importantes que nuestra legislación laboral establece a favor de los trabajadores, cual es la negociación colectiva.

Dice, el artículo 305 N° 1 del código del Trabajo que:

“No podrán negociar colectivamente:

N°1.- los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño de una determinada obra o faena transitoria o de temporada”.

Cabe señalar, como se desprende de la norma citada, que la prohibición de negociar colectivamente no sólo se aplica a los trabajadores contratados por obra o faena, sino que también a los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, existiendo la particularidad respecto de estos últimos, que la prohibición los alcanza tanto tratándose de una negociación reglada como de una no reglada.

Surge al respecto, basado en el tenor del artículo 82 del Código del Trabajo, la duda sobre si la prohibición de negociar que afecta a los trabajadores aprendices, dice o no únicamente relación con las remuneraciones, dando lugar al parecer a la posibilidad de que éstos sí puedan negociar respecto a otros puntos de interés.

Ahora bien, la mencionada excepción, en relación a los trabajadores contratados por obra o faena, no es absoluta, teniendo a su vez una contra-excepción, la que se encuentra establecida en el inciso 2° del artículo 314 del Código del Trabajo:

“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”.

Lo expresado ha de relacionarse con lo que establece el inciso primero del artículo 314 bis A del Código del Trabajo, por cuanto éste permite que el sindicato que agrupe a trabajadores agrícolas de temporada, podrá presentar a el o los respectivos empleadores, un proyecto de convenio colectivo de trabajo.

Otro norma legal que trata a este tipo de contratos de trabajo y que también contempla una excepción al libre y total ejercicio de los derechos contemplados por nuestra legislación laboral común respecto de los trabajadores contratados para una obra o faena determinada, es el artículo 243 del Código del Trabajo, el cual, muy relacionado con el artículo 216 letra D del mismo texto, hace mención al término del fuero laboral, expresando en su inciso final que:

“Sin perjuicio de lo señalado en este artículo, tratándose de directores de sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios o de los integrantes aforados de los Comités Paritarios de higiene y Seguridad cuyos contratos de trabajo sean a plazo o por obra o

servicio determinado, el fuero los amparará, sólo durante la vigencia del respectivo contrato, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos”.

A diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los casos, en que los directores de sindicatos mantienen su fuero por un período posterior al término de su labor de representación sindical, lo cual les asegura que se mantendrán en su trabajo y no serán despedidos a raíz de alguna consideración a su labor de dirigente sindical, tratándose de directores de sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios o de los integrantes aforados de los Comités Paritarios de higiene y Seguridad cuyos contratos de trabajo sean a plazo o por obra o servicio determinado, su fuero termina conjuntamente con su contrato, momento en el cual ya no se les considera trabajadores ni menos dirigentes sindicales, no siendo necesario solicitar su desafuero para proceder a poner fin a sus labores.

1.7.- SITUACIONES EN QUE UN CONTRATO A PLAZO FIJO SE TRANSFORMA EN UN CONTRATO A TERMINO INDEFINIDO

Este tema merece ser tratado en forma separada, por cuanto se trata de una materia que viene a revitalizar el propósito que tuvo en mente el legislador al momento de reglamentarla, y en virtud de la cual hace hincapié en su predilección por la existencia de contratos a término indefinido, en relación a los temporales, para así asegurar una mayor estabilidad en el empleo a la clase trabajadora.

El mismo artículo 159 del Código del Trabajo, tan citado a lo largo de este estudio, es el que contempla las situaciones en que un contrato a plazo fijo se convierte en un contrato a término indefinido. Este precepto contempla dos situaciones genéricas, comprendiéndose tres casos específicos, una en que se da la transformación a que se hace referencia debidamente como tal y otra en que no opera propiamente una conversión, sino en que existe una presunción de haber sido un trabajador contratado a término indefinido, a pesar de haberse desempeñado en virtud de contratos a plazo.

Dice el artículo 159 N° 4 inc. 2° del Código del Trabajo que “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”.

Según lo establecido por la norma transcrita, para que opere la presunción legal de haberse contratado a un trabajador a término indefinido, es necesario que concurren, en forma copulativa, los siguientes requisitos:

Que el trabajador hubiere prestado servicios discontinuos;

Que dichos servicios discontinuos se configuren en consideración de a lo menos tres contratos de plazo fijo;

Que la duración total de estos tres o más contratos a plazo fijo comprenda un período de doce meses o más; y

Que esta duración total, incluidos los períodos no trabajados, se haya producido en un período de quince meses, contados siempre desde la primera contratación.

El reciente análisis, se encuentra más que corroborado con la abundante jurisprudencia tanto judicial como administrativa que existe al respecto, siendo importante para dilucidar dudas, citar algunos fallos o dictámenes.

El dictamen N° 2.715/203 del 17 de Junio de 1998 de la Dirección del Trabajo establece que, “En la situación en consulta no concurren las condiciones que permiten presumir que se está en presencia de una relación laboral de carácter indefinido, según lo previsto por el artículo 159 N° 4, por cuanto, surge de los antecedentes tenidos a la vista que tales dependientes no han prestado servicios discontinuos para el empleador en virtud de a lo menos tres contratos de plazo fijo cuya duración comprendiere doce meses o más y que tales contrataciones, sumados los lapsos no laborados, se hayan producido durante un período de quince meses, requisitos éstos, que en conformidad a la norma antes aludida, no hacen presumir legalmente que los trabajadores han sido contratados por una duración indefinida”.

En el mismo sentido se pronuncia el dictamen N° 6.902/229 del 22 de Octubre de 1991, el que señala que, “Para los efectos previstos en el inciso 2° del numerando 4° del artículo 1° de la ley 19.010 (ley que introdujo el actual inciso segundo del N° 4° del artículo 159 del Código del Trabajo), el trabajador debe haber prestado servicios discontinuos por espacio de doce meses, no bastando, por ende, que el dependiente haya laborado sólo algunos días de los meses que comprende dicho período”.

También existe jurisprudencia judicial que confirma la interpretación que se ha hecho de la norma en cuestión.

Por citar algún fallo judicial, me parece muy aclaratoria la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema de fecha 01 de Octubre de 1998, en causa rol N° 1551-1997, la cual determina que, “Para que proceda la presunción establecida en el N° 4 del artículo 159 del código del Trabajo es necesario que copulativamente los siguientes requisitos: a) que los servicios tengan la cualidad de ser discontinuos; b) que los mismos se hayan ejecutado en virtud de más de dos contratos a plazo; c) que lo hayan sido durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación. En el caso de autos no concurre el último requisito y por tanto se incurre en un error de derecho al aplicar la disposición precitada”.³

Por otra parte, y en relación a la transformación de un contrato a plazo fijo en uno de término indefinido, el inciso 4° del artículo 159 N° 4, dispone que, “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”.

Como puede observarse, el inciso reproducido contempla dos situaciones o casos en

³ Ediciones Técnicas Laborales, “Manual de Consultas Laborales y Provisionales, año XIV – N° 168, 1999, p. 350.

que puede operar la presente conversión.

El primer caso dice relación con el hecho de que un trabajador continúe prestando servicios con conocimiento de su empleador después de terminado el plazo, situación que por ejemplo acoge, entre otras, la sentencia dictada por Excelentísima Corte Suprema con fecha 30 de Mayo de 1994, en causa rol N° 2843, la cual establece que, “El hecho de que los demandantes continuaren trabajando con posterioridad a la expiración del plazo convenido: treinta días con conocimiento del empleador, transformó los respectivos contratos de trabajo en indefinidos, siendo inoponible la causal de caducidad fundada en el vencimiento del plazo estipulado...”.⁴

Por otro lado, la parte final del inciso en comento, trata la situación de la celebración de contratos sucesivos, recibiendo acogida en la sentencia dictada por la ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 05 de Agosto de 1992, en causa rol N° 1352-1992, que establece que, “La existencia de contratos sucesivos celebrados entre las mismas partes sin que medien entre ellos finiquitos celebrados legalmente, configuran un contrato de duración indefinida, en consecuencia, dan derecho al cobro de la indemnización sustitutiva del preaviso y por años de servicio”⁵.

De acuerdo a la norma legal estudiada, surge una legítima y lógica duda, que permite cuestionarse, dado que dicho precepto no lo prohíbe y que en virtud de la normativa común y general estaría permitido, si sería posible que, una vez que un contrato a plazo fijo se haya transformado en uno de término indefinido o habiendo operado la presunción, las partes del contrato vuelvan a pactar un contrato de plazo fijo, actuando según las reglas de la autonomía de la voluntad.

Al parecer, en ningún caso resultaría irrisorio pensar en una respuesta afirmativa a la interrogante planteada, puesto en un principio no parecería muy alejada de las posibilidades ciertas que nuestra legislación nos ofrece, pero ha sido la jurisprudencia la encargada de dilucidar cualquier incertidumbre que pudiera existir al respecto.

Importante y muy aclaratorio resulta el fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta con fecha 14 de mayo de 1997, en causa rol N° 16.031, el que estableció que, “Un contrato a plazo fijo puede transformarse en indefinido, en la medida que concurren las circunstancias que la ley exige; pero la ley no autoriza la situación inversa, y, ello, porque el espíritu del legislador laboral, en el primer caso, es la protección de los derechos que para los trabajadores emanan del contrato indefinido, cuales son, indemnización sustitutiva e indemnización por años de servicio, derechos que para los últimos revisten carácter de irrenunciables. Sobre el particular, el artículo 5°, inciso 2° del Código del Trabajo establece que: “Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados por mutuo consentimiento en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”. Esto significa que existen materias en el ámbito laboral que no pueden ser entregadas a la libre voluntad de las partes, independientemente que el contrato de individual de trabajo, sea consensual, bilateral, y, por tanto, no pueda ser modificado unilateralmente, sino por consentimiento mutuo. Por

⁴ Ediciones Técnicas Laborales, “Manual de Consultas Laborales y Provisionales, año XIV – N° 168, 1999, p. 352.

⁵ Ediciones Técnicas Laborales, “Manual de Consultas Laborales y Provisionales, año XIV – N° 168, 1999, p. 353.

consiguiente, no obstante, la naturaleza del contrato de trabajo, que se rige, en principio, por las partes generales de orden civil aplicables a la llamada “ley del contrato” del artículo 1545 del código civil, en esta materia específica prima la norma especial del Código del trabajo”⁶.

Debe concluirse que, al respecto, un contrato de trabajo a plazo que se ha transformado en indefinido, está otorgando al trabajador una situación de estabilidad relativa con sus consiguientes derechos eventuales, y no puede ser modificado por las partes, transformándolo en otro nuevamente a plazo fijo o por obra o servicio, ya que ello implicaría para el trabajador renunciar a la situación de estabilidad relativa que había adquirido.

Una segunda interrogante que podría surgir respecto del tema en cuestión, dice relación con el hecho de si existe la posibilidad de que sea un contrato por obra o faena transitoria el que se transforme en un contrato de término indefinido en caso de operar alguno de los casos que establece la ley.

A este respecto, la Dirección del Trabajo se ha pronunciado, a diferencia de lo que ocurre con los contratos a plazo fijo, en el sentido que estos contratos por obra o faena no se transforman en indefinidos, aunque se traslade al trabajador a una faena distinta de la original o que incluso vuelva a esta última una vez terminada aquella.

En efecto, el dictamen N° 5.379/321 del 05 de Octubre de 1993, manifiesta que, “La circunstancia de que un trabajador sea contratado para una faena determinada y al término de ésta continúe prestando servicios en una faena distinta, dentro de la misma obra, no produce el efecto de transformar dicho contrato en indefinido. En el evento de que un contrato de trabajo se celebre para la ejecución de una faena determinada y el dependiente sea destinado en forma transitoria a una faena distinta, dentro de la misma obra, retornando originalmente a la labor originalmente pactada, debe considerarse que ésta termina con la conclusión del trabajo que dio origen al contrato...Si un trabajador es contratado para la ejecución de una faena determinada y cuando la ha realizado sólo en forma parcial se le asigna a otra distinta, dentro de la misma obra, retornando, posteriormente a la faena originalmente pactada, debe entenderse que las partes acordaron modificar una cláusula del respectivo contrato, cual es la labor específica que el dependiente debía desempeñar y que, luego de un tiempo volvieron a modificar dicha cláusula, lo que de ninguna manera implica haber alterado la naturaleza del contrato en cuanto a su duración, el cual seguirá siendo un contrato por obra o faena”.

Como puede observarse, nuestra jurisprudencia administrativa ha fallado en forma diversa respecto a la transformación de un contrato por obra o faena a uno de término indefinido en relación a los contratos de plazo fijo, lo cual, a mi parecer no se justifica, puesto que ello no se condice con el espíritu del legislador ni con el principio de continuidad, el que opera tanto en este tipo de contratos como también en los a plazo.

No obstante, me parece que de los diversos fallos analizados se puede colegir que, si bien el espíritu de la ley es claro en cuanto a asegurar lo mejor posible la estabilidad del empleo y dar seguridad de ello a los trabajadores, no puede exagerarse, al regular el

⁶ Ediciones Técnicas Laborales, “Manual de Consultas Laborales y Provisionales, año XIV – N° 168, 1999.

Derecho del Trabajo, en pretender que toda relación jurídico laboral se regula sobre la base de una presunción de mala fe, que a mi parecer el legislador ha establecido respecto del empleador, debiéndose dar también protección a la parte empleadora, la que igualmente puede resultar afectada en una relación de trabajo.

En cuanto a la norma contenida en el inciso N° 2 del N° 4 del artículo 159 del código del trabajo, es decir, la presunción de tratarse de un contrato de término indefinido y no de uno a plazo fijo, la Dirección del Trabajo ha sido categórica en el sentido que dicha norma no es aplicable a los contratos por obra o faena transitoria, por cuanto el tema fue abordado directamente por el legislador al establecer la presunción legal, pero que sólo lo limitó a los contratos a plazo fijo y que si hubiese querido hacerlo aplicable a los contratos por obra o faena lo habría comprendido expresamente.

Lo dicho, claramente resulta algo alejado de la naturaleza de la modalidad contractual en análisis, ya que cuando se suscriben contratos por obra o faena en forma sucesiva, incluso a veces por años, en verdad ya no se está en presencia de trabajadores que esporádicamente se desempeñan para un mismo empleador, requisito base para que se trate de un contrato por obra o faena, sino que estamos ante una relación laboral que debe catalogarse como única, conclusión que no puede verse alterada como consecuencia de la suscripción formal de contratos y finiquitos sucesivos.

CAPITULO II. ANALISIS COMPARATIVO DE LOS BENEFICIOS O DESVENTAJAS DE LA CONTRATACION TEMPORAL O A TERMINO INDEFINIDO

2.1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente capítulo tiene por objeto dar a conocer los alcances, ya sean beneficios o desventajas, que representa tanto para el empleador como para el trabajador, el optar por una contratación temporal en comparación a una de término indefinido, en virtud de la gran variedad de matices por los cuales nuestra legislación permite optar al momento de determinar las estipulaciones que formarán el cuerpo de un determinado contrato de trabajo.

Este análisis se realizará tanto desde una perspectiva práctica, es decir, de los casos que ocurren en la realidad laboral de nuestro país, como desde una perspectiva económica, pues todo beneficio o desventaja que se asume como consecuencia de una u otra forma de contratación por la que se opte, puede traducirse o trasuntarse finalmente a

términos económicos.

Como se señala, intentará desentrañarse cuáles son los motivos por los cuales se prefiere optar por una contratación temporal, ya sea a plazo fijo o por obra o faena transitoria, en desmedro de una contratación a término indefinido, y por tanto, determinar cuáles son los beneficios y desventajas, establecidos por la ley, que pueden obtenerse o sufrirse como consecuencia de suscribir un contrato temporal.

2.2.- ALCANCES DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN COMPARACION CON LA CONTRATACION A TERMINO INDEFINIDO

El objeto en esta parte del presente estudio es desarrollar una serie de temas, establecidos en nuestra legislación laboral, respecto de los cuales existen diferencias en cuanto a sus alcances, tanto para con la parte empleadora como para con los trabajadores, circunstancias que pueden ayudar a explicar el por qué en determinadas situaciones se opta por uno u otro tipo de contratación.

Los temas ha desarrollar, como conceptos, son los siguientes:

2.2.1.- Obligaciones del empleador en la terminación de los contratos.

2.2.2.- Normas previsionales.

A) Ley N° 18.469. (publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1985)

B) Ley 19.728. (publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo del 2001)

C) Decreto con Fuerza de Ley N° 44. (publicado en el Diario Oficial el 24 de julio de 1978)

2.2.3.- Negociación colectiva.

2.2.4.- Necesidades de la empresa como causal de despido.

2.2.5.- Fuero sindical.

2.2.1.- Obligaciones del empleador en la terminación de los contratos

El artículo 162 del Código del Trabajo, en sus incisos 1°, 2° y 3°, consagra la obligación del empleador de comunicar al trabajador la terminación de su contrato de trabajo.

Las causales que configuran la obligación señalada son las previstas en los números 4, 5 o 6 del artículo 159 del Código del Trabajo, esto es, el vencimiento del plazo convenido en el contrato, la conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato y el caso fortuito o fuerza mayor respectivamente. Asimismo, deben avisarse el término del contrato de trabajo por cualquiera de las causales establecidas en el artículo 160 del citado cuerpo legal, es decir, aquellas causales que dan derecho al empleador a poner

término al contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna para el trabajador.

Los mencionados tres primeros incisos del artículo 162, establecen que la comunicación por término de contrato cuando corresponde, debe efectuarse por escrito y entregarse personalmente o enviarse por intermedio de carta certificada al domicilio del trabajador despedido, dentro de los tres días hábiles siguientes a la separación del trabajador, y en caso de invocarse la causal de caso fortuito o fuerza mayor, es decir una causal que no es usual y propia de los contratos temporales a diferencia de las dos anteriores, el plazo se amplía a seis días, debiendo el empleador enviar también, en todos estos casos, dentro de plazo, copia del aviso de despido a la Inspección del Trabajo de la jurisdicción.

Respecto del contenido del aviso de despido, éste debe indicar la o las causales invocadas y los hechos en que se fundamentan.

Como puede apreciarse, nuestro Código del Trabajo establece como regla general una clara exigencia respecto de los avisos que el empleador debe efectuar para proceder a la terminación de los contratos de trabajo en relación a los contratos temporales y, en general, para todo otro contrato en que opera una acción de despido por parte del empleador. Si bien puede argumentarse, para sostener la existencia de alguna diferencia en uno u otro tipo de contratación, que en aquellos casos en que no es necesario el aviso, la terminación del contrato de trabajo no se produce por la acción del empleador de despedir al trabajador, sin perjuicio de que tratándose de contratos temporales ello tampoco ocurre, pues estos llegan a su fin por el solo hecho del vencimiento del plazo convenido en el contrato o por la conclusión del trabajo o servicio que dio origen.

Esta exigencia del legislador, al parecer sin sentido, se encuentra ratificada por nuestra jurisprudencia, y así lo establece la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 21 de Octubre de 1993, en causa Rol N° 4.969, la cual ha determinado que, “La inexistencia de prueba alguna de que la demandada haya comunicado a la demandante por escrito, personalmente o por carta certificada, al término de su contrato de trabajo, expresando la causal invocada y el hecho que la funda, permite concluir que la demandada no puso término a los servicios de la actora por la causal invocada...”.⁷

Por su parte, el inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo establece: “Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o del artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”.

Para una mejor comprensión de la norma comentada, se transcribirá un importante extracto del dictamen N° 5.372/314, de fecha 25 de Octubre de 1999 de la Dirección del Trabajo, el cual interpreta de manera muy completa el sentido y alcance de la llamada ley Bustos, la ley N° 19.631:

⁷ Garrido M, Mario, “La Infracción Laboral y el Delito Provisional”, Editorial Jurídica Conosur, 418 p.

“Atendida la reciente publicación en el Diario Oficial de 28 de Septiembre de 1999, de la ley N° 19.631, que impone la obligación de pago de las cotizaciones provisionales adeudadas, como requisito previo para poner término a la relación laboral, se ha estimado necesario fijar el sentido y alcance de sus disposiciones que modifican el artículo 162 del Código del Trabajo, en relación a las siguientes materias:

Obligación que el aludido cuerpo legal impone al empleador al momento de proceder a poner término al contrato de trabajo y causales de terminación del mismo que hacen exigible tal obligación.

Efectos que produce en la terminación del contrato de trabajo la circunstancia de que el empleador, al momento del despido, no hubiere acreditado el pago de las respectivas cotizaciones provisionales.

Obligación que asiste al empleador que se encuentra en la situación descrita en el punto anterior, durante el período comprendido entre la fecha de término de la relación laboral y la fecha de envío de la comunicación de pago de las cotizaciones provisionales.

Al respecto, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

1.- En relación con la primera pregunta formulada, cabe señalar que el artículo 162 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N° 19.631, en sus incisos 1° y 5°, dispone: (texto ya transcrito anteriormente).

Por expreso mandato del legislador, el empleador a contar de la fecha de entrada en vigencia de las Ley N° 19.631 del año 1999, para poner término al contrato de trabajo de un dependiente por las causales que se señalan en la disposición analizada debe cumplir, previamente, con la obligación de pagar íntegramente las cotizaciones provisionales del trabajador devengadas hasta el último día del mes anterior del despido y acreditar tal circunstancia adjuntando los comprobantes que así lo justifiquen.

Por el contrario, conforme a las modificaciones referidas, es del caso puntualizar que el término del contrato por las causales de los N°s. 1, 2 y 3 del artículo 159 del Código del Trabajo, vale decir, mutuo acuerdo de las partes, renuncia del trabajador y muerte de éste, no imponen al empleador las obligaciones antes especificadas.

2.- En cuanto a esta pregunta, cabe señalar que la parte final del inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo, aparece que el no pago por parte del empleador de las cotizaciones previsionales al momento de invocar las causales de terminación antes aludidas no produce el efecto de poner término al contrato.

El tenor literal de la referida disposición autoriza para sostener que en la situación descrita, la relación laboral se mantendría vigente, en términos tales que ninguna de las partes contratantes podría liberarse de las obligaciones correlativas que le impone el contrato de trabajo, esto es, fundamentalmente la de prestar servicios y la de remunerar.

No obstante lo anterior, para determinar el verdadero sentido y alcance de la disposición en análisis, se hace necesario recurrir a las distintas reglas de interpretación legal, específicamente a la regla de interpretación contenida en el inciso 1° del artículo 22 del Código Civil que prescribe: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.

Conforme con la regla de interpretación en estudio, posible es sostener que el precepto en comento debe analizarse conjuntamente con el actual inciso 3° del artículo 480 del Código del Trabajo, que establece que la acción para reclamar de la nulidad del despido por incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones, prescribe en el plazo de seis meses, contado desde la “suspensión” de los servicios.

Como es dable apreciar, la norma legal antes citada establece expresamente que el plazo para interponer la respectiva acción de nulidad deberá contarse desde la suspensión de los servicios, circunstancia ésta que autoriza para sostener que la intención del legislador ha sido precisamente la de entender suspendida la obligación del trabajador de efectuar dicha prestación desde el momento en que el empleador aplicó una o más causales de terminación, sin sujeción a la obligación de pago que prevé el inciso 1° del artículo 162.

Armonizando ambos preceptos de la ley posible es afirmar que si, al momento de poner término al contrato de trabajo, no se hubiere acreditado el íntegro pago de las cotizaciones provisionales se produce el efecto de suspender la obligación del trabajador de prestar servicios, pero no así la obligación de remunerar, por disponerlo expresamente el nuevo inciso 7° del artículo 162 del Código del Trabajo.

Por consiguiente, al señalar el legislador en la parte final del inciso 5° del artículo 162 que el término del contrato no produce los efectos que le son propios, sólo determina que la relación laboral se mantiene vigente para efectos remuneratorios en las condiciones que se consignan en el nuevo inciso 7° del artículo 162.

3.- En relación a esta consulta, cabe tener presente que el nuevo inciso 7° del artículo 162 del código del Trabajo, establece:

“Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación del trabajador”.

De la norma legal transcrita se infiere que por expreso mandato del legislador, el empleador se encuentra obligado a pagar al trabajador y demás prestaciones contempladas en el contrato de trabajador por el lapso comprendido entre la fecha de terminación del contrato de trabajo y la fecha del envío o entrega de la comunicación de pago de las cotizaciones morosas.

Lo anterior, significa que el trabajador durante el período aludido debe continuar percibiendo las mismas remuneraciones y demás prestaciones a que habría tenido derecho de no haberse suspendido la relación laboral.

En relación con la afirmación anterior cabe precisar, en primer término, que al utilizar el legislador en la disposición en estudio genéricamente la expresión “contrato de trabajo”, sin efectuar distingo alguno, deben entenderse comprendidas aquellas remuneraciones y demás prestaciones emanadas del contrato individual, sea expresa o tácitamente, o de un instrumento colectivo de trabajo.

En segundo término, cabe señalar que al distinguir el legislador en la norma en análisis entre “remuneraciones” y “demás prestaciones”, deben incluirse, entonces, todos

aquellos beneficios en dinero o en especies a que el trabajador tenía derecho al momento del despido, independientemente que constituyan o no remuneración en los términos del artículo 41 inciso 1° del Código del Trabajo.

Por consiguiente, al tenor de lo expuesto en párrafos anteriores, posible es concluir que el empleador en el período comprendido entre el término de la relación laboral y el envío de la comunicación de pago de las cotizaciones provisionales, se encuentra obligado a continuar pagando todos los beneficios en dinero o en especie a que tenía derecho el trabajador al momento de la terminación del contrato, sin importar la naturaleza jurídica de ellos.

Igualmente, durante dicho período el empleador deberá enterar las cotizaciones previsionales en los términos señalados en el punto 2.- del presente informe”.

Es posible que de la lectura del dictamen transcrito surja la duda respecto a si las modificaciones incorporadas al artículo 162 del Código del Trabajo son o no aplicables a los trabajadores contratados por obra o faena, por cuanto pareciera referirse únicamente a los trabajadores contratados a plazo.

La verdad es que la disposición es clara, señalándolo así el propio inciso primero de la norma citada, en el sentido de ser también aplicable a aquellos que se desempeñan por obra o faena, por cuanto sería posible encontrar argumentos para acercar, el menos en su tratamiento e incluso respecto de su naturaleza, los contratos a plazo a los contratos por obra o faena.

2.2.2.- Normas Previsionales

En esta parte del estudio, se darán a conocer una serie de normas de carácter previsional que de alguna manera afectan a aquellos trabajadores que se desempeñan en virtud de un contrato a plazo fijo o por obra o faena, poniendo énfasis en aquellos casos en que nuestro legislador ha establecido un trato diferente para con el trabajador contratado temporalmente, en oposición a lo que ocurre como regla general, respecto de aquellos trabajadores que se desempeñan en alguna labor en virtud de algún contrato a término indefinido.

Ley N° 18.469 (publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1985, Regula el ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud).

Esta ley, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la Protección de la Salud y crea un régimen de prestaciones de salud, establece a mi juicio una afortunada norma, que contempla una protección especial tratándose de trabajadores que se desempeñan en virtud de un contrato de trabajo temporal.

El precepto a que se hace alusión, es el artículo N° 5 letra a) de la referida ley, modificado por el artículo 14 N° 1 de la ley 19.350, del 14 de Noviembre de 1994, el cual manifiesta que:

“Tendrán la calidad de afiliados al Régimen:

Letra a) Los trabajadores dependientes de los sectores público y privado. Tratándose

de personas que hayan efectuado cotizaciones, al menos, durante cuatro meses en los últimos doce meses calendario en virtud de contratos por obra o faena determinada, mantendrán la calidad de afiliados por un período de doce meses a contar del mes al que corresponde la última cotización. En todo caso, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas, que registren, al menos, sesenta días de cotizaciones en los doce meses calendario anteriores, mantendrán la calidad de afiliados durante los doce meses siguientes a aquel correspondiente a la última cotización”.

Como puede apreciarse, la norma transcrita contempla, como se dijo, una clara y ventajosa protección para aquellos trabajadores contratados diariamente, por turnos o jornadas, y respecto a una materia de suma importancia, por cuanto se trata del derecho constitucional de la protección de la salud.

La norma permite que aquellos trabajadores que suelen desempeñarse en ciertas labores en virtud de contratos temporales y que por lo mismo no cumplan con los plazos de cotizaciones establecidos por la ley, no pierdan la calidad de afiliados al régimen de prestaciones de salud por ello, manteniéndose dentro de él por un período en el cual se supone que dichos trabajadores volverán a realizar sus labores, como ocurre por ejemplo con los dependientes temporeros agrícolas, ya que se trata de un lapso de doce meses, el que se cuenta a partir de la última cotización.

Ley N° 19.728 (publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo del 2001, Establece un Seguro de Desempleo).

La presente ley establece un Seguro de Desempleo y contempla un trato distinto respecto de aquellos trabajadores contratados a plazo o por obra, trabajo o servicio determinado, contando éstos incluso con un tratamiento especial y separado en el Párrafo 4° del Título 1° de la ley en referencia.

La regla general es que para que todo afiliado tenga derecho a una prestación por cesantía, debe cumplir, entre otros, con el requisito establecido en la letra b) del artículo N° 12 de la ley, esto es:

“Que registre en la Cuenta Individual por Cesantía un mínimo de doce cotizaciones mensuales continuas o discontinuas, desde su afiliación al seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta ley”.

Por su parte, el artículo N° 22 de la ley en estudio establece un manifiesto beneficio para aquellos trabajadores contratados temporalmente, a quienes, debido precisamente a las labores en que se desempeñan, no les es posible cumplir a cabalidad con los requisitos exigidos por la ley para tener acceso a los beneficios contemplados por la misma.

El mencionado artículo 22 establece que:

“Los trabajadores contratados a plazo o para una obra, trabajo o servicio determinado, retirarán en un solo giro el total acumulado en la Cuenta Individual por Cesantía, una vez acreditada la terminación del contrato de trabajo y un mínimo de seis cotizaciones mensuales, continuas o discontinuas, desde su afiliación al Seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubieren tenido derecho conforme a esta ley”.

De la norma recién transcrita se desprende que, para que un trabajador temporal pueda proceder al retiro de lo que ha acumulado en su Cuenta Individual por Cesantía, retiro único y por el total de lo acumulado en dicha cuenta, deberá acreditar, además que su contrato de trabajo ha terminado, la efectividad de contar con un mínimo de seis cotizaciones mensuales, sin importar si éstas han sido continuas o discontinuas, las que se cuentan desde que el trabajador se afilió al Seguro o desde la fecha en que se devengó el último giro a que hubiere tenido derecho conforme a esta ley.

Por otra parte, la ley N° 19.728, también establece una diferencia en el trato de los trabajadores temporales, respecto a la manera como se financia el seguro y cómo se enteran las cotizaciones.

El artículo 5° señala que:

“El seguro se financiará con las siguientes cotizaciones:

Un 0,6% de las remuneraciones imponibles, de cargo del trabajador.

Un 2,4% de las remuneraciones imponibles, de cargo del empleador.

Un aporte del Estado que ascenderá a un total de 225.792 unidades tributarias mensuales, las que se enterarán en doce cuotas de 18.816 unidades tributarias mensuales”.

En cambio, el artículo N° 21 de la ley en referencia, libera al trabajador de la obligación de efectuar la cotización indicada en la letra a) del artículo 5°, esto es la de un 0,6% de las remuneraciones imponibles, pero sin eliminar el entero de dicha cotización, sino que ella pasa a ser de cargo del empleador, en forma conjunta o total con la señalada en la letra b) del mismo precepto, es decir, será el empleador quien deberá cotizar el 0,6% de las remuneraciones imponibles antes señalado, más el 2,4% que ya le corresponde, correspondiéndole en definitiva, tratándose de los trabajadores contratados a plazo o para una obra, trabajo o servicio determinado, cotizar el 3% de las remuneraciones imponibles, suma que se abonará íntegramente en la Cuenta Individual de Cesantía de trabajador.

El artículo N° 21 de la Ley N° 19.728, establece que:

“Respecto de los trabajadores a que alude este párrafo (trabajadores contratados a plazo o para una obra, trabajo o servicio determinado), no regirá la obligación de enterar la cotización indicada en la letra a) del artículo 5°. La cotización de cargo del empleador será el 3% de las remuneraciones imponibles y se abonará íntegramente en su Cuenta Individual de Cesantía”.

Decreto con Fuerza de Ley N° 44 (publicado en el Diario Oficial el 24 de julio de 1978, Establece normas comunes para Subsidios por Incapacidad Laboral de los trabajadores dependientes del sector privado).

Este Decreto, al igual que lo que ocurre, en general, con las demás leyes que regulan materias previsionales, establece una diferencia respecto de los trabajadores contratados en virtud de contratos temporales en cuanto a los requisitos necesarios para tener derecho a los subsidios que establece este Decreto.

El Decreto con Fuerza de Ley N° 44, que establece normas comunes para subsidios

por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, señala en su artículo 4°:

“Para tener derecho a los subsidios se requiere un mínimo de seis meses de afiliación y de tres meses de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores a la fecha inicial de la licencia médica correspondiente.

Con todo, para acceder a los subsidios, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas deberán contar, además del período mínimo de afiliación a que se refiere el inciso primero con, a lo menos, un mes de cotizaciones dentro de los seis meses anteriores la fecha inicial de la respectiva licencia”.

Es decir, en estos casos la ley es menos exigente para los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas, asimilándolos para los efectos de este estudio a trabajadores contratados temporalmente, pues se requiere el mismo plazo de afiliación, pero bastará con un mes de cotización, ya que puede suceder que en el período de seis meses exigido por la ley los trabajadores hayan laborado de manera intermitente y en consecuencia no hayan cotizado todos los meses.

2.2.3.- Negociación Colectiva

Los contratos por obra o faena transitoria, al no contar con un estatuto laboral especial, se rigen por la normativa contractual común, pudiendo los trabajadores contratados, para desarrollar determinadas labores o servicios, ejercer todos los derechos contemplados en dicha normativa general.

Pero como es recurrente que suceda, toda regla general suele tener una o más excepciones, sin que ello implique una alteración de la regla.

El artículo 305 N° 1 de nuestro Código del Trabajo contempla no sólo una excepción a la regla general expresada en relación a los contratos por obra o faena transitoria, sino que priva a los trabajadores en cuestión de uno de las facultades más importantes que nuestra legislación laboral establece en favor de los trabajadores, el derecho a la negociación colectiva reglada y en consecuencia, a la posibilidad de celebrar contratos colectivos de trabajo.

La norma citada establece que:

“No podrán negociar colectivamente:

N 1. los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño de una determinada obra o faena transitoria o de temporada”.

Es del caso señalar que la norma transcrita, no sólo prohíbe a los trabajadores contratados para trabajar por obra o faena el negociar colectivamente, prohibición que por lo demás es absoluta, sino que además se los priva de lo que a mi juicio constituye una presunción en su favor, consistente en que si no se deja constancia en el contrato de trabajo de la prohibición en comento, se entenderá que el trabajador sí está habilitado para negociar colectivamente, situación que se contempla en el inciso 2° del mismo artículo 305 del Código del Trabajo.

Este inciso 2° establece que:

“De la circunstancia de no poder negociar colectivamente por encontrarse el trabajador en alguno de los casos señalados en los números 2, 3 y 4 (gerentes, subgerentes, agentes y apoderados dotados con, a lo menos, facultades generales de administración; personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores y; trabajadores que de acuerdo con la organización interna de la empresa, ejerzan dentro de ella un cargo superior de mando e inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización) deberá dejarse constancia escrita en el contrato de trabajo y, a falta de esta estipulación, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente”. Es decir, una prohibición que es de carácter absoluto, pareciera encontrar una excepción en una cuestión de forma, pues ante la falta de estipularse en el contrato de trabajo la prohibición de negociar colectivamente que sujeta a dichos trabajadores, éstos estarían habilitados para ello.

Por otro lado, me parece importante analizar otro aspecto que ha señalado la Dirección del Trabajo en relación a los trabajadores contratados para trabajar por obra o faena y el derecho de negociar colectivamente.

La Dirección del Trabajo, en dictamen de fecha 09 de Febrero de 1994, ha establecido que la prohibición de negociar colectivamente se configura por la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos:

Que los trabajadores estén contratados exclusivamente para el desempeño de una determinada obra o faena.

Que la específica obra o faena sea “transitoria” o de “temporada”.

Como puede desprenderse de lo señalado por la jurisprudencia administrativa, se nos da a entender que los trabajadores que no cumplan con alguno de aquellos requisitos copulativos, sí tienen derecho a negociar colectivamente. Y la misma jurisprudencia ha señalado, por tanto, que si un trabajador es contratado por obra o faena y su duración en el tiempo excede de los dos años, sí puede negociar colectivamente, ya que sus labores no serían transitorias o de temporada.

La postura asumida por la Dirección del Trabajo concuerda con lo que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entiende por “temporada”, manifestando que significa un tiempo durante el cual se realiza alguna cosa de manera no permanente, dando como ejemplos “temporada de verano” o “de nieve”.

Asumo que el plazo de dos años señalado por la Dirección del Trabajo, dice relación con el plazo máximo para suscribir contratos temporales a plazo fijo, sobretodo teniendo en cuenta que antes la regla general en cuanto a la duración máxima de los contratos a plazo era de dos años y no de uno como es actualmente.

En virtud de lo señalado, debo manifestar mi desacuerdo con la posición de la jurisprudencia administrativa en esta materia, por cuanto ella misma, como ya se analizó, ha establecido que las situaciones que operan la transformación a indefinido de un contrato a plazo fijo, no se aplican a los casos de contratos por obra o faena; y se sabe, en virtud de nuestra realidad práctica, que en muchos casos un contrato para desarrollar

una obra o faena determinada puede exceder de los dos años en su duración, por lo que la posición que al respecto ha adoptado la Dirección del Trabajo podría hacer pensar que en algún minuto la prohibición de negociar colectivamente pudiera hacerse extensiva a los contratos a plazo, lo que personalmente me parece absolutamente alejado del espíritu de la ley y del objeto de nuestra legislación dar protección a los trabajadores.

2.2.4.- Necesidades de la empresa como causal de despido

Como ya fue expresado a lo largo del desarrollo de este estudio, dada las características y el carácter laboral de los contratos de trabajo a plazo fijo y por obra o faena transitoria, no es lícito que el empleador ponga término al contrato de manera anticipada, salvo que medie alguna causal imputable al trabajador y procediendo las indemnizaciones que conforme a la ley se deban al dependiente.

Sin perjuicio de lo anterior, existe discrepancia en cuanto a si es posible poner término a un contrato temporal, de alguna de las especies señaladas y que son el objeto del presente estudio, por la causal de necesidades de la empresa, con las consabidas consecuencias que ello podría acarrear.

Para la doctrina de la Dirección del Trabajo ello sí es posible, pronunciándose favorablemente por dicha postura, como puede apreciarse en el dictamen ordinario N° 5.379/321 del 05 de Octubre de 1993, el cual manifiesta que:

“No existe inconveniente en poner término a un contrato por obra o faena o a un contrato a plazo fijo por la causal de necesidades de la empresa, prevista en el inciso 1° del artículo 3° de la ley N° 19.010, sin perjuicio de lo que resuelvan en definitiva los tribunales de justicia”.

La doctrina anterior se sustenta en que la causal de necesidades de la empresa introducida por la ley N° 19.010 es una causal objetiva, distinta al mero desahucio contemplado en el antiguo artículo 155, el cual evidentemente era subjetivo, por cuanto dependía de la sola voluntad del empleador, razón por la cual, resultaría perfectamente aplicable al contrato a plazo fijo, ya que de alguna forma en nada se diferenciarían de las causales del artículo 159, en aquellas que pudiesen aplicarse naturalmente.

Ahora bien, no obstante que la jurisprudencia administrativa admita la posibilidad de que le empleador invoque para poner término al contrato de plazo fijo la causal de necesidades de la empresa, no se pronuncia sobre las consecuencias de ello, es decir, no queda del todo claro si lo que pretendió fue establecer la posibilidad de invocar esta causal para los efectos de ponerle término anticipado al contrato y por lo tanto pagando una indemnización correspondiente al pago de las remuneraciones hasta el día originalmente fijado para su vencimiento o si por el contrario se traduciría en el pago de las indemnizaciones por años de servicios o la sustitutiva del aviso previo si correspondieran; aunque pareciera ser que se inclinaría por esta segunda modalidad.

Posición diversa, y haciendo uso de la prerrogativa “otorgada” por la Dirección del Trabajo, como se aprecia en el dictamen reproducido anteriormente, es la de los Tribunales de Justicia, quienes no admiten la terminación del contrato a plazo fijo o por obra o faena por la causal en comento, asimilándola a una causal que depende de la

voluntad del empleador y estableciendo que ella sólo opera respecto de los contratos a término indefinido, debiéndose en consecuencia pagar la indemnización respectiva por el término anticipado del contrato.

La Corte Suprema, en sentencia dictada el 24 de Noviembre de 1994, ha expresado que:

“En estas condiciones, habiéndose puesto término anticipadamente a la relación laboral surgida entre las partes, por voluntad del empleador, el actor tiene derecho a que se le paguen las remuneraciones por el tiempo que faltaba para el cumplimiento del plazo antes mencionado, cuyas cantidades deben ser satisfechas con los reajustes e intereses que contempla la ley”.⁸

Otro fallo judicial que ilustra muy adecuadamente la postura que han asumido los Tribunales de Justicia en relación a la discrepancia en comento, es aquel dictado por la Corte Suprema el 05 de Agosto de 1992, el cual establece que:

“La facultad del empleador para poner término al contrato de trabajo mediante desahucio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3° de la ley N° 19.010, sobre terminación del contrato de trabajo, sólo puede ejercerse tratándose de contratos de plazo indefinido, pues lo contrario importa que carece de sentido la facultad de contratar a plazo fijo y dejar sin efecto un contrato que es ley para las partes, ya que resulta ilusorio fijar un plazo en el contrato si éste pudiera quedar sin efecto en cualquier momento por voluntad del empleador”.⁹

En mi opinión, la doctrina judicial resulta más acertada y apegada a la naturaleza de este tipo de contratos temporales, debiéndose resolver a favor del trabajador las evidentes diferencias que resultan según se opte por una u otra postura respecto a la procedencia de invocar la causal de necesidades de la empresa para poner término a un contrato de trabajo a plazo fijo o por obra o faena transitoria.

2.2.5.- Fuero sindical

La regla general en cuanto al período por el cual un dirigente sindical goza de su fuero laboral, se encuentra contenida en el inciso 1° del artículo 243 del Código del Trabajo, el cual señala que:

“Los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deban hacer abandono del mismo, o por término de la empresa”.

Pero como ya se esbozó algo en una primera parte del presente estudio, existe una excepción respecto a los directores de sindicatos de trabajadores eventuales o

⁸ Ediciones Técnicas Laborales, “Manual de Consultas Laborales y Provisionales, año XIV – N° 168, 1999.

⁹ Ediciones Técnicas Laborales, “Manual de Consultas Laborales y Provisionales, año XIV – N° 168, 1999.

transitorios y de los integrantes aforados de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad cuyos contratos de trabajo sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, lo que constituye una clara desventaja respecto a la generalidad de los directores de sindicatos, ya que éstos sí pueden mantener y gozar su fuero durante un largo período luego de haber cesado en su cargo, lo que impide que pierdan su trabajo, a pesar de existir razones para ello.

El artículo 243 inciso final del Código del Trabajo, establece que:

“Sin perjuicio de lo señalado en este artículo, tratándose de directores de sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios o de los integrantes aforados de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad cuyos contratos de trabajos sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, el fuero los amparará, sólo durante la vigencia del respectivo contrato, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos”.

Lo interesante que se desprende del análisis de esta norma, es que en tales casos prevalecen las reglas del contrato por sobre las del fuero protector, lo que en principio puede parecer sin sentido; tal vez debiera instaurarse un fuero subsecuente o complementario, pero ello atentaría contra el poder de dirección de que goza el empleador.

2.3.- PRACTICAS DE NORMAL OCURRENCIA Y SUS RAZONES

El objeto principal en esta parte del estudio, dice relación con el dar a conocer variados casos en que, ya sea por la parte empleadora o bien la trabajadora, se incurre en una desnaturalización de los objetivos tenidos en vista por el legislador al momento de normar los contratos temporales a plazo fijo, o por obra o faena. Es así como en muchas oportunidades ambos partícipes de la relación jurídico - laboral hacen un uso indebido de la misma o simplemente no se apegan ciento por ciento a la letra de la ley, actuándose al filo de ella, abusando de las lagunas legales que se generan a medida que el Derecho, Laboral en este caso, va evolucionando y regenerándose, todo esto con el fin último de obtener siempre un beneficio económico para sí.

Debido a la dificultad que genera, no se efectuará un desarrollo casuístico del tema, ni tampoco se desarrollarán todas y cada una de las diversas situaciones, en que se den algunos supuestos que nos permitan afirmar que, por alguna parte de la relación jurídico – laboral, se ha actuado al límite de lo permitido, o lisa y llanamente en forma ilegal, para obtenerse un beneficio económico, ya sea aumentando ganancias o bien, disminuyendo los costos. Estas situaciones que son vividas a diario por una serie de trabajadores en nuestro país, como son los trabajadores de la construcción, los trabajadores de fines de semana y festivos, el caso de los trabajadores suministrados por terceros, etcétera.

De acuerdo a lo manifestado, sólo se intentará abarcar de la manera más completa y acertada posible el caso específico de un solo grupo de trabajadores, los del sector

agrícola, principalmente, debido a la mayor información que existe respecto de este grupo en relación a otros que viven situaciones similares, ya que el presente estudio tiene por objeto ser lo más objetivo posible para dar a conocer situaciones irregulares inaceptables y que han de ser subsanadas.

De acuerdo a la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) del año 1998, del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN), es posible estimar que el total de trabajadores asalariados no permanentes en nuestro país son algo menos de 850.000. La misma encuesta, pero del año 2000, señaló que las cifras totales indican que el 72,1% de las mujeres asalariadas posee contrato de trabajo, cifra que en el caso de los hombres llega al 77,2%. Confirmando la tendencia que puede apreciarse, la encuesta del año 2004 señaló que frente a una fuerza laboral de 5,5 millones de personas el año 2003, sólo un 75% (unos 3 millones) tenían un empleo permanente.

A su vez, la ENCLA (Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo) del año 1999, determinó que el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en el sector de la agricultura era de un 65%, contra un 31% contratado por obra o faena y un 3,2% que se desempeñaba en virtud de un contrato a plazo fijo.

Las cifras son claras, nadie puede desmentir el hecho de que el sector agrícola y especialmente el de la agroexportación constituyen una actividad económica de notable crecimiento y éxito económico en las últimas dos décadas, actividad que ha dado mucho empleo y que lo ha hecho principalmente respecto de dos combinados especialmente sensibles a las cifras de desempleo, como son las mujeres y los jóvenes. Pero a la vez resulta indudable que aún persisten muchas deficiencias respecto de la calidad de sus condiciones de trabajo.

Para encauzar el desarrollo de este delicado tema del modo más claro posible, se efectuará una especie de análisis comparativo en relación a una serie de acápite, y respecto a qué dice la legislación laboral vigente en contrapartida a lo que se da y aprecia en la práctica en los lugares de trabajo.

Respecto a los contratos de trabajo por obra o faena en sí, la ley autoriza a celebrar contratos de trabajo con una duración hasta la conclusión de la prestación que dio origen a la contratación. Esta modalidad de trabajo permite a las empresas utilizar trabajadores por tiempo limitado, sin necesidad de pagar compensaciones por término de contrato y sin posibilidad de que los así empleados, como regla general, puedan negociar colectivamente.

Según los datos de la Asociación de Exportadores Frutícolas (AGROCAP 2001), un 69,3% de los trabajadores contratados del sector lo está por temporada, y un 21,2% lo está por obra o faena.

Hay que señalar que en la práctica, a raíz del alto grado de informalidad con que se trabaja en el sector y a pesar de las cifras antes indicadas, es común que los empresarios ni siquiera otorguen contrato de trabajo por escrito a sus trabajadores de temporada, como lo confirma la Encuesta Casen del 2000, la que lleva por sobre un 60% la proporción de trabajadores del sector agrícola sin contrato de trabajo.

Descansando en la falta de regulación existente respecto a los trabajadores

temporales, sin ser excepción a ello el caso de los temporeros de la agroindustria, es que en estos casos se trabaja en jornadas de diarias de más de diez horas, muchas veces sin días de descanso en las semanas que dura la cosecha, con bajos salarios y la mayoría de las veces en precarias condiciones en lo que respecta a instalaciones de alojamiento, baños y alimentación.

Además se aprecia una ausencia significativa de sindicatos de los trabajadores de temporada, debido, como se ha dicho, a las propias deficiencias de la ley laboral y a la cada vez mayor intervención de intermediarios de mano de obra, sin regulación hoy en día, que trasladan sucesivamente a los trabajadores de predio en predio, sin que pueda identificarse claramente el empleador que los contrata o la empresa para la que trabajan.

Ahora, en cuanto a la estabilidad laboral, los contratos temporales no son indemnizables si concluyen por el término del plazo pactado o de la obra que dio origen al contrato, y las normas sobre la renovación de los contratos a plazo permiten que un trabajador labore hasta por dos años en una misma empresa sin derecho a indemnización.

En la práctica, y debido a la gran incidencia de contratos de duración transitoria en el sector de la agroexportación y la permanente rotación en el empleo, virtualmente no existe la obligación de pagar indemnizaciones por término de contrato de trabajo, lo que se encuentra claramente en pugna con los fines de la legislación laboral y que plasma un vacío que ha de salvarse lo antes posible.

Por otra parte, en relación a las remuneraciones, nuestra legislación contempla un sistema de fijación flexible de remuneraciones, el empleador goza de la libertad para establecer una remuneración por tiempo trabajado, según una obra realizada o pactar remuneraciones de un monto fijo o variable según los resultados empresariales o como comisión sobre las ventas que se obtengan.

Las únicas limitaciones legales en esta materia se refieren a la periodicidad del pago, que no puede ser superior a un mes, y en relación al monto, el que no puede ser inferior al ingreso mínimo establecido por ley.

Como se dijo, la remuneración puede fijarse por unidad de tiempo, ya sea por hora, día, semana, quincena o mes, o por pieza, medida u obra. En la agroexportación suelen pactarse remuneraciones "a trato", es decir, se paga por la fruta recolectada y no por el tiempo en que el trabajador haya efectivamente trabajado. A fin de mes, el trato pactado debiera ser al menos equivalente al ingreso mínimo legal, pero no ocurre siempre así. Datos de la Agrocap del 2001, señalan que en faenas de huerto, al menos un 32,6% de los trabajadores ganaba el ingreso mínimo o menos, cifra que se elevaba a un 33,8% en las faenas de packing.

En cuanto a la forma de pago de las remuneraciones, la ley permite que a los trabajadores agrícolas se les pague en dinero y en regalías hasta por un monto igual al 50% del total de la remuneración.

En la práctica, se ha observado que los productores consideraban como regalías para los trabajadores el otorgamiento de alimentación, alojamiento y transporte, lo que no corresponde de acuerdo con la ley.

Ahora, en cuanto a la jornada de trabajo, la regulación legal de la misma contempla una jornada ordinaria con límites de 10 horas diarias, incluidas 2 horas extras, y de 45 horas semanales, distribuidas en no más de seis días ni menos de cinco, existiendo claro está, ciertas excepciones. Lo dicho no impide que la legislación reconozca amplios espacios de adecuación en la duración y distribución del tiempo de trabajo, con gran libertad empresarial para implementar sistemas de turnos, trabajo diurno y nocturno, contratos de trabajo con jornada reducida y facilidades para funcionar en días que debieran ser de descanso.

En el caso de los trabajadores agrícolas, la jornada laboral está sujeta a un promedio anual de 8 horas diarias, sin perjuicio de que sin superar dicho promedio, las empresas de la agroexportación están habilitadas para laborar jornadas diarias de más de 8 horas; además, las faenas de riego, siembra y cosecha están por ley exceptuadas del descanso dominical y días feriados.

En la práctica, el régimen salarial “a trato” no da derecho a percibir remuneración adicional por horas extras, por lo que los propios trabajadores del sector se ven tácitamente obligados a prolongar su trabajo en procura de un mayor resultado salarial, que depende de la cantidad de fruta recolectada y no es compensación de las extensas jornadas de trabajo.

Cifras entregadas por la Agrocap del 2001, indican que la jornada semanal promedio en el sector agrícola es de 63 horas, con jornadas diarias de hasta 18 horas, y durante todos los días de la semana.

Por otra parte, respecto a la libertad sindical, ya se ha dejado bien en claro durante el desarrollo del presente estudio, que nuestra legislación reconoce la posibilidad de que exista un tipo de sindicato para que aquellos trabajadores que se desempeñan de manera eventual o transitoria respecto de faenas que a la vez son de carácter cíclico o intermitente. Incluso se ha dicho que no se aprecia obstáculo legal alguno para que un trabajador contratado por obra o faena pueda integrar un sindicato de empresa.

Pero la realidad práctica dice otra cosa, sin necesidad de imputarle la responsabilidad de ello a la parte empleadora, por cuanto lo que hace que la sindicación en el sector de la agroexportación sea sumamente escasa, son las dificultades propias de la dispersión geográfica y de la transitoriedad de los trabajadores. Además, si bien la última reforma legal reforzó los medios legales que protegen e incentivan la constitución de sindicatos, dicha reforma no derogó la prohibición de negociar colectivamente que existe sobre algunos trabajadores, en particular sobre los de temporada agrícola.

Datos preliminares de la Dirección del Trabajo señalan que para el año 2002, se constituyeron sólo 62 sindicatos de trabajadores transitorios, con un total de 3.168 trabajadores asociados.

En relación con la protección a la maternidad, nuestra legislación contempla una serie de normas que establecen derechos irrenunciables para las trabajadoras, pero cuya eficacia se ve significativamente mermada por la gran informalidad y temporalidad con que se desarrolla el trabajo femenino en el sector del agro.

En primer lugar, la ley reconoce el derecho a un descanso por maternidad de seis

semanas anteriores al parto (prenatal) y de doce semanas posteriores al mismo (posnatal), períodos durante los cuales la trabajadora tiene derecho a percibir un subsidio por parte de Estado en reemplazo de su remuneración.

Además, se establece el fuero maternal, en virtud del cual la trabajadora embarazada no puede ser legalmente despedida, sin autorización judicial, desde el momento de la concepción y hasta un año después del término del descanso posnatal.

También cuenta la trabajadora, con el derecho a permiso y subsidio en caso de enfermedad del hijo menor de un año, y con un derecho a permiso, equivalente a una hora diaria, para alimentar a sus hijos menores de dos años. Incluso, aquellas empresas donde laboren veinte o más trabajadoras, tienen la obligación legal de instalar o financiar sala cuna para los hijos menores de dos años de sus trabajadoras.

Nuestra realidad dista mucho de ser ideal, ello debido principalmente a los problemas que genera la propia naturaleza transitoria de las faenas de la agroexportación y a las dificultades geográficas en que éstas se desarrollan, lo que impide que en general las trabajadoras ejerzan los derechos mencionados.

Incluso, la imposibilidad actual de establecer un sistema eficaz de cuidado infantil en la agroexportación, ha redundado en un problema de ribete superior, cual es el trabajo infantil, principalmente en las faenas de la cosecha.

En cuanto a las normas sobre seguridad social, y específicamente respecto a las pensiones de vejez, nuestro sistema establece como requisito para poder acceder a una pensión de vejez en el sistema provisional, el haber cumplido la edad de 60 años en el caso de las mujeres y la de 65 para los hombres; es en ese momento en que se puede acceder a una pensión de vejez financiada con los fondos acumulados en la cuenta de capitalización individual.

En el caso de que los fondos mencionados fueren insuficientes para cubrir todo el período de vejez de un afiliado, existe un subsidio público, el cual concede una pensión mínima, de carácter vitalicio, una vez que se han agotado los fondos de la cuenta individual. Para que el cotizante pueda hacer efectivo este subsidio, debe haber acumulado al menos 20 años de cotizaciones durante su vida activa.

En la práctica, la posibilidad y el derecho de acceso a estos importantísimos beneficios sociales, se hace inoperante, por cuanto aquellos trabajadores que se desempeñan por temporadas no mayores de tres o cuatro meses al año en ocupaciones estables y con contrato de trabajo (si es que se cuenta con uno), y por ende obligados a cotizar durante dichos períodos, son contribuyentes esporádicos que muy difícilmente reunirán fondos suficientes en su cuenta de ahorro previsional para financiar una pensión de vejez.

Es más, la temporalidad e intermitencia de los trabajos a que acceden, les impide cumplir los requisitos de antigüedad en cuanto a las cotizaciones que se requieren para poder optar a la pensión mínima que el Estado otorga en forma subsidiaria.

Relacionado con lo que se ha señalado recientemente, surge el problema que tienen los trabajadores temporales para afiliarse al sistema público de salud.

Hago alusión únicamente al sistema de salud pública y no al privado, ya que éste

último puede discriminar legalmente en razón de, entre otras, el ingreso del cotizante, el cual se sabe que en el caso de los trabajadores agrícolas de temporada, es insuficiente.

Una reciente modificación reglamentaria permite que con sólo tres meses de cotización al año, los trabajadores de temporada puedan acceder a la cobertura de salud en el sistema público; pero a pesar del importante avance que supone esta modificación, el alto grado de informalidad que se da en las faenas del sector agrícola, representa un obstáculo para la eficiencia de este beneficio.

Por último, tratándose del sistema de seguro para accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, el cual se financia con una cotización equivalente al 0,9% de las remuneraciones imponibles de los trabajadores, más una tasa de cotización adicional diferenciada según actividad y riesgo de la misma, éste tiene por objeto otorgar prestaciones médicas gratuitas a los trabajadores accidentados o enfermos, en caso de invalidez temporal o definitiva y una pensión de sobrevivencia para los familiares de un trabajador fallecido.

En la práctica, cuando se trata de los trabajadores temporales del sector del agro, la cobertura de este sistema es sumamente insuficiente y casi inoperante, debido a que el sistema de seguro por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales depende eminentemente de la existencia de un contrato de trabajo, lo cual como ya se ha dicho, no se presenta en porcentajes mayoritarios en el sector.

Además, las deficiencias en las condiciones de trabajo de que adolecen las faenas de la agroexportación, como son la falta de servicios sanitarios e higiénicos, la alta presencia de riesgo, la sobrecarga de trabajo o la permanente exposición a la intemperie y a productos químicos tóxicos, se confabulan para que las empresas no cumplan con las obligaciones que les impone la ley respecto a tomar las medidas necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores, manteniendo condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas.

A modo de conclusión, es importante señalar que, si bien el éxito económico del sector agrícola, y en especial el de la agroexportación, ha generado empleos, sobre todo respecto de mujeres y jóvenes, no es menos cierto que dicho éxito se sustenta en una serie de relaciones de trabajo que no han avanzado a la par del éxito alcanzado por el sector, desarrollándose el trabajo en condiciones que lo único que obtienen es mermar la dignidad de los trabajadores, en vez de buscar su incentivo, lo que a la postre les reportará seguramente mayores réditos que los actuales tanto a los empresarios como a los mismos trabajadores.

CAPITULO III. INCIDENCIAS DE LOS FUEROS

Para comprender de mejor forma el presente capítulo, debemos comenzar por clarificar el concepto del término “fuero”.

Por “fuero” debe entenderse la inamovilidad laboral con que cuentan ciertos trabajadores y que les garantiza relativamente su trabajo por todo el período que dura este derecho.¹⁰

El fuero no es en ningún caso una prohibición absoluta para despedir, como si ocurre, por ejemplo, en el caso de los trabajadores que se encuentran cumpliendo con su obligación de servicio militar, como lo establece el artículo 158 del Código del Trabajo; por el contrario, un trabajador que goza de fuero puede ser despedido, pero el empleador no puede hacerlo directamente, sino que debe cumplir con un requisito previo: solicitar y obtener la autorización del juez del trabajo correspondiente, la que se tramita de acuerdo a las normas del juicio ordinario del trabajo de aplicación general, que se inicia con una demanda que debe presentar el empleador en contra del trabajador.

La forma como se materializa el mencionado fuero en materia laboral, se encuentra establecido en el artículo 174 inciso 1° del Código del Trabajo, el cual señala que:

“En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner

¹⁰ Garrido M, Mario, “La Infracción Laboral y el Delito Previsional”, Editorial Jurídica Conosur, s.a. p. 371.

término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.

El juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, podrá decretar, en forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus labores, con o sin derecho a remuneración. Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración. El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales”.

Menester es señalar que, como se desprende de la norma citada, la solicitud de desafuero sólo es procedente tratándose de las causales contempladas en el artículo 160 y en los numerales 4 y 5 del artículo 159 del Código del Trabajo.

Si el tribunal acogiere la demanda presentada por el empleador y lo autoriza para poner término al contrato de trabajo del trabajador aforado, éste podrá ser despedido; por el contrario, si el tribunal rechaza la demanda presentada por el empleador y le niega la autorización para poner término al contrato del trabajador aforado, éste no podrá ser despedido, y deberá además ordenar su inmediata reincorporación a sus labores si hubiere sido separado, y en este caso, el lapso de separación se entenderá como efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales, y si la separación ha sido decretada sin goce de remuneraciones, el juez en la misma sentencia dispondrá el pago íntegro al trabajador de las remuneraciones y beneficios debidamente reajustados más el máximo de interés permitido para operaciones reajustables.

No obstante lo expresado por el artículo 174 del Código del Trabajo y en su posterior análisis, hay que señalar que ello encuentra su excepción en el artículo 243 inciso final del mismo texto legal, el cual señala que tratándose de directores de sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios o de los integrantes aforados de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad cuyos contratos de trabajo sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, no es necesario solicitar respecto de ellos la autorización al tribunal para poder proceder a su desafuero, y como consecuencia, a su despido en caso de existir alguna causal establecida por la ley.

Si bien el fuero está instituido para la protección de trabajadores que se encuentran en diversas situaciones, como son, por ejemplo, los trabajadores involucrados en una negociación colectiva, delegados sindicales, delegado de personal, o candidatos a dirigente sindical que cumplan con los requisitos para ello, nos abocaremos sólo al estudio de aquellos casos que me parecen de mayor trascendencia en virtud de la cantidad de casos en que se presentan en la práctica y del mayor tratamiento que el legislador le ha dado.

Así entonces, se analizarán las incidencias que producen, en los contratos temporales, los siguientes fueros:

3.1.- Fuero Maternal.

3.2.- Fuero Sindical.

3.3.- Fuero por Enfermedad.

3.1.- Incidencias del fuero maternal

El artículo 201 inciso 1° del Código del Trabajo establece el período por el cual la trabajadora embarazada goza de su fuero maternal, señalando que:

“Durante el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, la trabajadora estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174”.

Como se advierte, la ley protege a la mujer trabajadora, otorgándole fuero desde el momento en que se encuentra embarazada, sin importar si ello es de conocimiento de su empleador, y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, esto es, hasta un año de expirado el plazo de doce semanas (o tres meses) luego del parto, como lo establece el artículo 195 inciso 1° del Código del Trabajo, sumando un período que, sin mediar alguna causal que motive su ampliación como puede ser la enfermedad de la mujer embarazada, debiera ser de quince meses a contarse desde el parto.

Hoy, y a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.591 del año 1998, ya no hay mujeres excluidas de este derecho al fuero maternal, ya que dicha ley derogó la norma que marginaba a la trabajadora de casa particular como beneficiaria del fuero maternal.

Ahora, el artículo 201 del Código del Trabajo, no sólo protege a través del fuero maternal a aquella mujer trabajadora que se encuentra embarazada, sino que también protege a aquella mujer, e incluso hombres que quieran adoptar un hijo.

El inciso 2° del citado precepto establece que:

“Tratándose de mujeres o de hombres solteros o viudos que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a las disposiciones de la ley de adopción, el plazo de un año establecido en el inciso precedente se contará desde la fecha en que el juez, mediante resolución dictada al efecto, confíe a estos trabajadores el cuidado personal del menor en conformidad al artículo 19 de la Ley de Adopción o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley”.

Lo recién señalado, se ve corroborado con lo que ha manifestado la Dirección del Trabajo en dictamen N° 2.653/208 del 29 de Junio de 2000, en el cual ha expresado:

“La trabajadora que manifiesta judicialmente su voluntad de adoptar un hijo en conformidad a la Ley de Adopción, goza de fuero laboral por el plazo de un año contado desde la fecha de la resolución judicial que le haya confiado el cuidado personal o la tuición del menor...”.

Un tema sumamente interesante y enormemente recurrente, es el que dice relación con el fuero maternal que protege a la mujer afecta a un contrato a plazo fijo o por obra o faena y la posibilidad de proceder a su despido previa solicitud de desafuero al tribunal competente.

Este tema se ve fuertemente agravado en aquellos casos en que el empleador ha contratado a una trabajadora para efectuar un reemplazo, y se encuentra con un fuero que excede largamente el tiempo de duración del reemplazo para el cual fue contratada.

Este problema surge de la interpretación que se hace de la propia ley, puesto que ha establecido como una de las causales respecto de las cuales el juez podrá otorgar el desafuero, precisamente, la existencia de un contrato de plazo fijo o por obra o faena, lo que denota que el juez no está obligado a otorgar el desafuero tratándose de este tipo de contratos, dependiendo de las circunstancias de cada caso si lo acepta o no.

Tanto nuestra jurisprudencia administrativa como la judicial se han manifestado al respecto, como se aprecia, por ejemplo, en el dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3.545/210 del 16 de julio de 1993, en el cual se ha señalado que:

“la causal contenida en el N° 4 de la ley 19.010, trata de la terminación del contrato por el vencimiento del plazo convenido, de lo cual es posible derivar que la llegada del plazo de un contrato de plazo fijo no produce la terminación del mismo respecto de una trabajadora acogida a fuero maternal a menos que el juez lo autorice, por las causales que específicamente hacen posible dicha autorización”.

A su vez, el dictamen N° 802/33 del 05 de Enero de 1988, ha señalado que:

“Para poner término al contrato de trabajo de temporada de una trabajadora sujeta a fuero maternal, es preciso, previamente, obtener la correspondiente autorización judicial”.

En idéntico sentido se han pronunciado nuestros tribunales de justicia, como se aprecia en la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 18 de Diciembre de 1989, en la cual he establecido:

“Viola la normativa sobre fuero maternal el empleador que despide a la trabajadora, contratada a plazo fijo, antes de resolverse favorablemente su solicitud de exoneración, presentada antes del vencimiento del plazo de término fijado en el contrato”.¹¹

Resulta enormemente atrayente, del análisis de la jurisprudencia analizada, el hecho de que tratándose de contratos a plazo fijo, corresponde igualmente aplicar respecto de ellos la petición de desafuero para poner término a dicho contrato, aun cuando es valedero el argumento de que en tal caso no es el empleador quien pone fin al contrato, sino que han sido ambas partes de la relación jurídico - laboral, quienes de manera anticipada han determinado hasta cuándo se extiende la relación laboral.

Siguiendo con el análisis, existen fallos en que, respecto de esta última tesis, se ha adoptado una posición absolutamente contraria e incluso extrema, teniendo presente la postura, claramente mayoritaria, de nuestra jurisprudencia.

Así es, la Corte Suprema, en sentencia dictada en la causa rol N° 6165, de fecha 06 de Abril de 1996 (muy posterior a muchos de los fallos analizados), señaló que:

“Es improcedente pretender ponerle término al contrato de una trabajadora embarazada, sin otra razón aparente que el vencimiento del plazo estipulado en el contrato, lo que está en pugna con la garantía constitucional de la Indiscriminación

¹¹ “La reforma laboral en América Latina, un análisis comparado”, oficina internacional del trabajo, año 2000, pag. 751.

Absoluta Laboral”.¹²

A mi juicio, puede darse una doble lectura al problema que se presenta en virtud de los fallos expuestos, pues si bien nuestra legislación está orientada completamente en el sentido de dar protección a los trabajadores, con un gran énfasis en relación al caso de una mujer embarazada, no es menos cierto que a la parte empleadora no se le puede cargar completamente el peso de dicha situación vulnerándose incluso los derechos que a éstos les han sido conferidos.

También existen diversas tesis respecto al momento en el cual se debe efectuar la solicitud de desafuero.

La tesis, al parecer mayoritaria, sostiene que el desafuero debe solicitarse antes del vencimiento del plazo del contrato, como se aprecia en el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 02 de Abril de 1986, en el que se señala que:

“La autorización judicial previa para poner término al contrato de trabajo de una empleada sujeta a fuero maternal en razón del vencimiento del plazo convenido, debe solicitarse durante la vigencia del contrato a plazo fijo.

La petición de tal autorización, hecha con posterioridad al vencimiento del plazo del contrato, implica que el propio empleador estima que éste se encuentra vigente, desprendiéndose de ello que el trabajador ha continuado prestando servicios luego del vencimiento del contrato, lo que lo ha transformado en uno de duración indefinida, de tal suerte que resulta improcedente invocar la causal de caducidad referida”.¹³

En contrario, aparece la tesis que sostiene que el desafuero no necesariamente debe solicitarse antes del vencimiento del plazo, toda vez que si existe ignorancia del empleador, evidentemente no podría solicitar dicha autorización, prestándose tal situación para que la trabajadora pudiese hacer mal uso de su condición apoyada en la ley, como ha sucedido reiteradamente en nuestra realidad práctica.

Así lo ha señalado la Corte Suprema en sentencia dictada con fecha 27 de Enero de 1983, estableciendo que:

“Aceptar la tesis contraria de que siempre la autorización debe pedirse antes del vencimiento del plazo del contrato provocará el resultado de que las trabajadoras contratadas a plazo fijo, oculten sus embarazos hasta que haya vencido el plazo de aquellos, para luego alegar el fuero”.¹⁴

3.2.- Fuero sindical

¹² Ediciones Técnicas Laborales, “Manual de Consultas Laborales y Provisionales, año XIV – N° 168, 1999, p. 352.

¹³ Ediciones Técnicas Laborales, “Manual de Consultas Laborales y Provisionales, año XIV – N° 168, 1999, p. 354.

¹⁴ “La reforma laboral en América Latina, un análisis comparado”, oficina internacional del trabajo, año 2000.

A pesar de lo que podría pensarse, debido a la naturaleza jurídica de los contratos temporales y a que le está prohibido negociar colectivamente a los trabajadores contratados para realizar una obra o faena transitoria o de temporada, nuestra legislación sí contempla la posibilidad de que dichos trabajadores constituyan un sindicato, constituyéndose en esos casos el llamado “sindicato de trabajadores eventuales o transitorios”, que según el artículo 216 del Código del Trabajo, “es aquel constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes”.

Surge la interrogante en relación a si un trabajador contratado por obra puede o no afiliarse a un sindicato de empresa, respecto a lo cual he de señalar que no veo ningún inconveniente para ello, ampliándose por ende la posibilidad a éstos para formar parte de un sindicato.

Como se ha señalado anteriormente, el fuero en materia sindical no solo protege a los directores sindicales, sino que también lo hace tratándose tanto de aquellos trabajadores que sean candidatos a director sindical, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para ello, como a los delegados sindicales y a los delegados del personal.

Ya en lo relativo a la constitución de un sindicato y elección de su directorio existen diferencias según se trate de un sindicato de trabajadores contratados a término indefinido (ya sea un sindicato de empresa o interempresa), o bien se trate de trabajadores contratados temporalmente (constituyéndose un sindicato de trabajadores eventuales o transitorios).

El artículo 221 del Código del Trabajo, en su inciso 3°, establece que:

“Los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, gozan de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada. Este fuero no podrá exceder de cuarenta días”.

En cambio, tratándose de los sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios, al mismo artículo 221 en su inciso 4° señala:

“Los trabajadores que constituyan un sindicato de trabajadores transitorios o eventuales, gozan del fuero a que se refiere el inciso anterior, hasta el día siguiente de la asamblea constitutiva....Este fuero no excederá de quince días”.

Los dos incisos transcritos constituyen una de las más importantes modificaciones que en materia de Derecho Colectivo del Trabajo introdujo la Ley N° 19.759 en el año 2001, conocida como la llamada “Reforma Laboral”.

Muy importante me parece analizar lo que ocurre en relación a los directores sindicales que pueden elegirse.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.759, esta materia estaba regulada por la ley, la que establecía que el número de directores sindicales dependía del número de personas afiliadas al sindicato, pudiendo el directorio componerse desde uno hasta nueve miembros. Actualmente, la determinación del número de directores sindicales se encuentra enteramente entregada a los estatutos del sindicato, limitándose

la ley a regular el número de directores que gozan de fuero.

Lo señalado se contempla en el actual artículo 235 del Código del trabajo, en virtud del cual se desprende que con anterioridad a la entrada en vigencia de la citada ley modificatoria, la ley establecía cuantos directores dirigían un sindicato y todos ellos gozaban de fuero. Actualmente, la ley sólo determina el número de directores de un sindicato que gozan de fuero, pudiendo los estatutos establecer el número de directores sindicales que estimen convenientes, pero si se establece un número de directores superior a aquellos que gozan de fuero, ello significa que el sindicato tendrá directores con fuero y directores sin fuero.

La verdad es que se trata de un reforzamiento más bien teórico de la autonomía sindical, porque en la práctica parece altamente improbable que se elijan directores que no puedan acceder al beneficio del fuero laboral.

De más está mencionar que todo lo dicho respecto a la obligación de solicitar el desafuero de un trabajador aforado para proceder a poner término a su contrato de trabajo se aplica en este caso.

En cuanto al período por el cual dura el fuero de los directores sindicales, la regla general está contenida en el artículo 243 del Código del Trabajo, el cual establece en su inciso 1° que:

“Los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deban hacer abandono del mismo, o por término de la empresa”.

Pero en el caso de los directores de sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios y de los trabajadores aforados de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad cuyos contratos de trabajos sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, existe una doble diferencia, por cuanto no gozan de su fuero una vez que han cesado en su cargo y respecto de ello no es necesario proceder, por parte de su empleador, a la solicitud de desafuero al término de los mismos.

El artículo 243 inciso final del Código del Trabajo, establece que:

“Sin perjuicio de lo señalado en este artículo, tratándose de directores de sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios o de los integrantes aforados de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad cuyos contratos de trabajos sean a plazo fijo o por obra o servicio determinado, el fuero los amparará, sólo durante la vigencia del respectivo contrato, sin que se requiera solicitar su desafuero al término de cada uno de ellos”.

Todo lo dicho respecto al fuero de los directores sindicales se aplica también a los delegados sindicales, que son representantes elegidos por los trabajadores de una empresa que estén afiliados a un sindicato interempresa o de trabajadores eventuales o transitorios, siempre que sean ocho o más, y que no se hubiere elegido a uno de ellos como director del sindicato respectivo.

En cuanto a los candidatos a director sindical, su situación se encuentra contenida en el artículo 238 del Código del Trabajo, el cual, sin hacer distinción en relación al tipo de

sindicato del cual se pretenda ser director, establece que:

“Los trabajadores de los sindicatos de empresa, de establecimiento de empresa, interempresa y de trabajadores transitorios o eventuales, que sean candidatos en la forma prescrita en el artículo anterior (es decir, que cumplan con los requisitos estatutarios correspondientes), gozarán del fuero previsto en el inciso primero del artículo 243, desde que el directorio en ejercicio comunique por escrito al empleador o empleadores y a la Inspección del Trabajo que corresponda, la fecha en que deba realizarse la elección respectiva y hasta esta última. Dicha comunicación deberá practicarse con una anticipación no superior de quince días de aquel en que se efectúe la elección. Si la elección se postergare, el fuero cesará en la fecha en la que debió celebrarse aquella.

Esta norma se aplicará también en las elecciones que se deban practicar para renovar parcialmente el directorio.

En una misma empresa, los trabajadores podrán gozar del fuero a que se refiere este artículo, sólo dos veces durante cada año calendario”.

Finalmente, tratándose de un delegado del personal, éste goza del fuero a que se refiere el artículo 243 del Código del Trabajo, como asimismo se le aplica lo establecido en el inciso final de dicho precepto, cuando se trate de delegados de personal contratados por plazo fijo o por obra o servicio determinado.

Al delegado del personal, como lo señala el artículo 302 inciso 2° del Código del Trabajo, le corresponde la función de servir de nexo de comunicación entre el grupo de trabajadores que lo haya elegido y el empleador, como asimismo, con las personas que se desempeñen en los diversos niveles jerárquicos de la empresa o establecimiento; pudiendo además, representar a dichos trabajadores ante las autoridades del trabajo.

3.3.- Incidencias del fuero por enfermedad

Si bien se pretende desarrollar el presente tema como parte integrante de lo que se ha entendido por el concepto de “fuero”, en la práctica no se trata de un fuero propiamente tal, por cuanto en el caso de un trabajador que goza de una licencia médica no opera la institución del fuero y no se requiere de una autorización judicial para poder poner término a su contrato de trabajo, es más, tratándose de las causales de despido de desahucio y de necesidades de la empresa, éstas no pueden ser invocadas para despedir a un trabajador que goza de una licencia médica, como lo señala el artículo 161 del Código del Trabajo.

Lo señalado, se debe a la gran trascendencia práctica que representan los muchos casos en que se ha procedido al despido de un trabajador a pesar de gozar de una licencia médica o bien, por el contrario, los muchos otros en que se ha pretendido obtener una licencia falsa para obtener beneficios, como lo es la imposibilidad de ser despedido.

De más está decir que lo relativo a las enfermedades comunes, accidentes del

trabajo o enfermedades profesionales, se aplica sin diferencias respecto a aquellos trabajadores contratados a término indefinido, como respecto de aquellos contratados en virtud de un contrato a plazo fijo o por obra o faena.

Respecto de los trabajadores que gozan de licencia médica, el derecho de que ellos gozan, relativo a su inamovilidad laboral mientras dure dicha licencia, se encuentra establecido en el inciso final del artículo 161 del Código del Trabajo, señalando que a aquellos trabajadores que gocen de licencia médica por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, no se les podrá invocar las causales de término de contrato de trabajo fundado en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, ni el desahucio contemplado para aquellos trabajadores que tengan poder para representar al empleador dotados de, a lo menos, facultades generales de administración.

Pero, como ha señalado nuestra jurisprudencia administrativa, el hecho de que un trabajador que se desempeña en virtud de un contrato de trabajo temporal cuente con una licencia médica, genera un problema, por cuanto ello sólo le otorga el derecho a no ser despedido durante la vigencia de su licencia, pero no impide que se ponga término al contrato de dicho trabajador por operar las causales contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 159 del Código del Trabajo.

Al respecto, la Dirección del Trabajo señaló, en dictamen ordinario N° 8.282/428 del 27 de Noviembre de 1986, lo siguiente:

“La circunstancia que un dependiente afecto a un contrato a plazo fijo se encuentra acogido a licencia médica al momento del vencimiento del plazo convenido, no produce la prórroga del mismo”.

CAPITULO IV. CONCLUSIONES

La contratación temporal, ya sea a plazo o por obra o faena, ha surgido como necesaria respuesta a la creciente flexibilización que en materia laboral impera desde hace algunos años.

Esta flexibilidad laboral que rige en la actualidad no es antojadiza, sino que es el lógico resultado de una economía global en permanente expansión, sumamente abierta y donde la competencia por subsistir y avanzar hacia el futuro es implacable.

Ahora, si bien soy partidario del desarrollo, pues creo que es el camino para solucionar los grandes problemas que aquejan a la humanidad y que por cierto se dan en nuestro país, como son la pobreza y la salud, soy también de la postura que dicho desarrollo debe ser sustentable con esos mismos principios. Para muchos, la solución se obtendrá privilegiando el desarrollo económico para luego ocuparse de los problemas básicos; otros serán de la idea de que un país con altos índices de pobreza, bajo nivel educacional y deficiencias en el ámbito de la salud, el desarrollo es simplemente una utopía.

Personalmente soy de aquellos que seguimos la “descabellada” idea de que los avances de una nación deben verse reflejados a la par respecto de todo tipo de ámbitos, o al menos propender a ello, por lo que no concibo la existencia de semejante desigualdad entre el desarrollo económico del país y sus empresas, y la desprotección en que se encuentran aquellos que son el sustento del referido desarrollo, a saber, los trabajadores.

Cabe señalar, que los déficit existentes en materia laboral y en especial en relación con los trabajadores que se desempeñan en virtud de algún contrato temporal y que como se ha dicho representan un número creciente año a año, no son de exclusiva responsabilidad de la parte empleadora, como es la tendencia a pensar y creer, sino que de todos los actores que intervienen en materias del trabajo, sin perjuicio de las irregularidades que se presentan en la práctica. Tanto los empleadores y los trabajadores, como asimismo el Estado deben poner de su parte y remar hacia un mismo lado para dirigirse al objetivo común, el cual ha de ser sin lugar a dudas el beneficio de todos, el bien común.

Más específicamente, y respecto a lo que son los contratos de carácter temporal, me parece que la conclusión lógica dice relación con que nuestra legislación laboral debe dejar de hacer oídos sordos al tema, generándose un cambio de consideración que pase a regular la contratación temporal con la importancia que la realidad práctica, tanto en nuestro país como en el mundo entero, hacen imprescindible.

El camino correcto a mi juicio, consiste en abandonar la insistencia con que se pretende preservar el trabajo a término indefinido como empleo modelo, debiéndose orientar los mismos criterios y funciones protectoras con que algún día se reguló este tipo de trabajo, para regular los empleos que son consecuencia de la flexibilidad laboral y que constituyen una realidad que no puede ser obviada.

Así entonces, nuestra legislación debiera propender a proteger al trabajador temporal, cosa que no hace, asegurándole un ingreso suficiente para poder solventar su subsistencia y la de su familia; otorgándole un amplio acceso al sistema de seguridad social, cubriendo los riesgos de enfermedad, cesantía y vejez; estableciendo parámetros mínimos de seguridad y de condiciones de higiene, junto con implementar un sistema de fiscalización adecuado y conciente de las jornadas de trabajo y de la geografía en que se desarrollan las mismas, principales obstáculos para que ella se lleve a cabo.

Además, aparece como necesario el instruir a los trabajadores, en especial a los más humildes, respecto a los derechos con los que en la actualidad cuentan, incentivándolos a exigir un contrato de trabajo escrito y que se respete la jornada diaria y los descansos, a la constitución de sindicatos y a negociar colectivamente en caso de ser posible, sin temor a represalias por parte de sus respectivos empleadores, para lo cual se requiere a su vez un sistema de control y sanciones efectivos y practicables.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Ediciones Técnicas Laborales. Manual de consultas laborales y previsionales, año XIV – Nº 168, 1999.
- 2.- GARRIDO M, MARIO. La infracción laboral y el delito previsional, Editorial Jurídica Conosur, s.a. 418 p.
- 3.- HUAVA O., RAFAEL, Memoria de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. 1995
- 4.- La reforma laboral en América Latina, un análisis comparado. Oficina internacional del trabajo, 2000.
- 5.- MEJÍA V., S. Y LIZAMA P., L. Reformas laborales. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Conosur limitada, 2001. 448p.
- 6.- OTÁROLA S., E. Enciclopedia laboral y previsional. Tratado práctico de legislación laboral. Santiago de Chile. Publicaciones Técnicas S.A. 1997. Tomo 1.
- 7.- OTÁROLA S., E. Enciclopedia laboral y previsional. Tratado práctico de legislación laboral. Santiago de Chile. Publicaciones Técnicas S.A. 1997. Tomo 2.
- 8.- POSNER, R. El análisis económico del derecho. México. Progreso S.A. 682p.
- 9.- THAYER A., W. Y NOVOA F., P. Manual de derecho del trabajo. 4ª ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1997. 371p. Tomo 1.
- 10.- THAYER A., W. Y NOVOA F., P. Manual de derecho del trabajo. 4ª ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1997. 415p. Tomo 2.

- 11.- TODARO, R. Y YÁÑEZ, S. El trabajo se transforma. Relaciones de producción y relaciones de género. CEM ediciones. Santiago de Chile, 2004. 294p.
 - 12.- VALDÉS, X. Modernización, democratización y derechos ciudadanos: una mirada a la vida privada de los temporeros de la fruta. Escrituras de la diferencia sexual. Colección Contraseña. Editorial LOM/La Morada, serie Casandra. Santiago de Chile, 2000.
 - 13.- VALDÉS, XIMENA. Mujer, trabajo y medio ambiente, los nudos de la modernización agraria. Santiago de Chile, 1992. 250p.
 - 14.- VALDÉS, X. Temporeros y temporeras de la fruta: modernización del agro y cambio en las relaciones sociales de género. Revista Propositiones Nº 28, Ediciones Sur. Santiago de Chile, 1998.
- Valdés, X. trabajo, sistemas de protección social y familia. Revista Propositiones Nº 32, Ediciones Sur. Santiago de Chile, 2001.
- 15.- LEY Nº 18.469. Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección a la salud y crea un régimen de prestaciones de salud. Código del Trabajo. Santiago de Chile, 23 de noviembre de 1985.
 - 16.- LEY Nº 19.728. Establece un seguro de desempleo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Código del Trabajo. Santiago de Chile, 14 de mayo de 2001.
 - 17.- DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 44. Establece normas comunes para subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado. Ministerio del trabajo y Previsión Social. Código del Trabajo. Santiago de Chile, 24 de julio de 1978.