

I. Un camino que desandar

La pérdida de protección al trabajo es una tendencia que lleva ya muchos años. Si bien en algún momento se consideró que era un mal necesario, aunque transitorio, para el desarrollo de las sociedades, tal concepción se ha modificado y hoy es vista como un resultado muy negativo de la transformación productiva de inspiración neoliberal, que ha contribuido a la desigualdad en las sociedades y que pone en riesgo la integración social.

Esta nueva visión tiene especial importancia para América Latina, considerada la región más desigual del planeta, a pesar de lo cual, no se han desarrollado en el continente dinámicas contundentes orientadas a elevar sustancialmente las condiciones laborales y a rearmar la protección al trabajo, después de su desmantelamiento en los años setenta y ochenta. Se debate, eso sí, aunque no con demasiado vigor, en torno al sistema de relaciones laborales; un debate que, como en otras partes, está cercado por la condición de sostener el ritmo de acumulación, la competitividad de la economía y la utilidad de las empresas y por conservar los rasgos gruesos del capitalismo actual. Esta es la primera dificultad para que las políticas laborales desarrollen su lógica propia y distinta a la que mueve a la economía. El otro grave obstáculo es el debilitamiento que ha sufrido la concepción de los derechos laborales que, de ser considerada una conquista de la humanidad durante el siglo 20, pasó a ser catalogada como obstáculo al desarrollo; la escalada de mejoramiento de las condiciones laborales y las utopías humanistas en torno al trabajo perdieron valor sin que hasta ahora éste se haya recuperado.

Descartada está, pues, la recomposición del sistema de protección anterior, y el patrón de incorporación del trabajo cuidará, sin duda, no enervar la organización productiva que garantiza una fina adecuación a las fluctuaciones del mercado.

Pero debe tenerse en cuenta que el cambio en las condiciones políticas en los últimos años se ha hecho bajo el mandato de modificar la edificación que el neoliberalismo levantó en los dos decenios anteriores, algo que la Organización Internacional del Trabajo venía planteando desde largo tiempo atrás. Refiriéndose a este planteamiento, Sengenberger (2004) señala: *Desde los días de Albert Thomas, el primer director general, la Organización ha sostenido que las condiciones de trabajo no mejorarán simplemente como consecuencia del progreso económico, sino que requerirían de un enfoque proactivo basado en los derechos legales y el consenso internacional.* Esta convicción está en la base de las reformas laborales de los años recientes. Sobre qué bases proponer un sistema de protección que guarde sintonía con los requerimientos que hace la economía en la actualidad, es la interrogante que ha estado permanentemente interpelando a la investigación sobre el trabajo en América Latina, mientras que, más en sordina, la pregunta que se formula es sobre el valor absoluto que se otorga al crecimiento de la economía.

El deterioro de las condiciones de trabajo en los últimos 25 años, se atribuye principalmente a la fuerte gravitación que ha tenido el mercado en su fijación, un juicio que ha llevado las expectativas de mejoramiento hacia el Estado, hacia la política pública, en una inflexión que gana legitimidad.

La relación laboral según la modalidad estandarizada de los años setenta, no aceptaba toda la elasticidad en las contrataciones y despidos, que demandaban las empresas para una ágil adecuación al mercado. Disminuida su legitimidad, la ley que regulaba el trabajo fue sobrepasada por prácticas impulsadas por las empresas, perdiendo, en definitiva, buena parte de su eficacia. Distintos autores han señalado que éste ha sido un panorama de máxima

desregulación del mercado laboral, y han anotado los duros efectos que han recaído en la fuerza de trabajo: inestabilidad, precariedad, desprotección, vulnerabilidad y desigualdad social son las principales características denunciadas.

Éste ha sido un tema privilegiado por los juristas del trabajo, alarmados por el componente de destrucción del derecho laboral que el neoliberalismo incluye: *...el debate hoy se centra en la demanda de flexibilizar o aun de desregular las relaciones laborales, cambiando sustancialmente o incluso eliminando el Derecho del Trabajo*, dice Ermida, quien entiende la demanda de flexibilidad que hacen las empresas como *la necesidad de eliminar todos los obstáculos legales al empleo de mano de obra mediante la extensión o recuperación de las prerrogativas de dirección de la empresa*. Y remarca que *el dogma de la optimización de los beneficios empresariales llevado a sus últimas consecuencias significa pura y simplemente la desaparición del Derecho del Trabajo* (Ermida, 2000). Pero, además de las modificaciones a la ley, hay otros fenómenos que contribuyen a deteriorar la protección y *a crear una impresión de incertidumbre en cuanto al ámbito de la legislación a este respecto: el encubrimiento de las relaciones de trabajo y las situaciones objetivamente ambiguas acerca de la condición de los trabajadores. Tales fenómenos producen un "desenfoco" de la norma sobre la relación de trabajo, como si los trabajadores a los cuales la norma se dirige hubieran sido desplazados "fuera de su foco". Esos fenómenos no son nuevos, pero han estado en expansión en las últimas décadas* (OIT, 2000).

Aunque el desmantelamiento y la desvalorización del trabajo fueron graves, no se logró demoler la normativa laboral y el trabajo nunca estuvo sujeto al solo tratamiento del mercado. Por otra parte, se opacó, pero no se oscureció, la percepción social sobre el agudo desequilibrio que hay entre los actores laborales y que es propio del capitalismo.

El derecho laboral, como se sabe, nació con el claro sentido de fijar límites que protegieran la condición del más débil en una relación no igualitaria, lo que significó una importante ruptura de la lógica jurídica, que se asentaba en la igualdad de los contratantes y en la autonomía de la voluntad. A pesar de ser ésta su orientación propia - siempre explicitada - el derecho del trabajo ha debido cumplir también objetivos relativos al funcionamiento de la economía; en efecto, *nació como una solución defensiva del Estado liberal para, mediante la promulgación de normas protectoras de los trabajadores, atender a la integración e institucionalización del conflicto entre trabajo asalariado y el capital en términos compatibles con la estabilidad del sistema económico establecido* (Palomeque, citado en Ugarte, 2004). Sobre estas bases, según se señala *...en todo el mundo occidental se forjó una decidida intervención estatal en el mundo del trabajo, primero bajo la forma de legislación obrera, después como Derecho del Trabajo*. Las leyes laborales intervienen deliberadamente en favor de una de las partes de la relación laboral, minimizando la capacidad negociadora de las mismas para poner límite a las ganancias económica del empresario y favorecer las del trabajador, generando una redistribución de la riqueza del primero hacia el segundo. La función económica del derecho del trabajo ha estado dirigida no a aumentar la riqueza sino a redistribuirla entre las partes de la relación laboral y más específicamente del empresario a favor del trabajador. *El principio que opera es pro operario y es de raíz tan profunda que habría de inspirar tanto la acción legislativa al establecer una norma laboral como la acción judicial al interpretar y aplicar dicha norma.*(Borrajo, citado en Ugarte, 2004)

A partir de los años setenta, esta concepción fue horadada, acosada desde la economía que reclamaba ajustes en el tratamiento del trabajo para elevar la competitividad. Hoy se conoce con bastante detalle cómo las legislaciones laborales de numerosos países fueron modificadas formalmente con el objeto de rebajar los estándares de protección, alzar la regulación respecto de

algunos derechos que posteriormente han debido negociarse, ampliar las facultades del empleador sustrayendo materias a la negociación colectiva. Además, en el marco del intercambio comercial entre países ricos y pobres, la presión de las instituciones financieras internacionales fue determinante para el ajuste de las legislaciones nacionales “Las reformas del derecho laboral para eliminar del mercado de trabajo toda regulación “excesiva” y nociva, se convirtieron en una condición para el otorgamiento de créditos internacionales y otro tipo de asistencia” (Sengenberger 2004).

Con posterioridad, se ha planteado nuevamente un objetivo económico como límite a la regulación laboral: la preservación del nivel de empleo y la creación de nuevos empleos. Este principio preconiza *repartir los recursos económicos de los trabajadores con empleo hacia los sin empleo, rebajando la protección legal de los primeros en favor de la contratación de los segundos* (Ugarte 2004). Esta redistribución abre paso a la flexibilización, al promover modalidades de contratación para sectores con difícil acceso al mercado laboral, al aumentar las facultades del empleador para organizar el trabajo (se levantan restricciones legales relativas al lugar de trabajo, la función, la jornada), al relajar las restricciones al despido. Un escenario que favorece la inestabilidad y la informalidad.

II. Hacia dónde dirigir la política laboral

La investigación ha mostrado desde hace tiempo cómo las innovaciones en la gestión del trabajo han proporcionado importantes ganancias de productividad, pero han generado, al mismo tiempo, un fuerte desequilibrio en la relación laboral y han abierto una brecha por la que se ha precipitado una baja significativa en las condiciones del trabajo. Hay aquí diferentes opciones de organización social, ante lo cual la política pública debe jugar su papel. De acuerdo a los compromisos iniciales, los gobiernos de los últimos 15 años se han propuesto reequilibrar las relaciones laborales, poner atajo a la dinámica que expulsa a los trabajadores de los mecanismos de tutela y proporcionar instrumentos para negociar las ganancias de productividad. Este campo de fuerzas es el que se analiza en los párrafos que siguen. Se describen cinco planos de las relaciones laborales en los que hay reorganización del proceso productivo y pérdidas de protección al trabajo ¿Cuál ha sido la política pública para atender a los objetivos señalados?

La alta movilidad del mercado de trabajo: Los estudios sobre trayectorias han entregado información sobre la alta movilidad del mercado de trabajo, la consecuente inestabilidad del empleo y de las condiciones de trabajo y la fragilidad de los derechos laborales. Esta es una dinámica a la que está sujeta la mayoría de los trabajadores, especialmente en el segmento de los más jóvenes y de los que tienen más baja calificación¹.

La alta movilidad de las personas se explica, en buena parte, porque la temporalidad del empleo es hoy un criterio central de gestión que se ha consolidado y su expansión ha sido vertiginosa²; pero también porque las empresas se han hecho mucho más volátiles; diversas mediciones muestran una dinámica acelerada de creación y mortalidad de empresas que sigue el ciclo económico, pero que obedece también a otros factores; uno de estos estudios señala para Chile

¹ Un estudio de la Dirección del Trabajo mostró que durante la crisis *asiática*, el 30 % de la fuerza de trabajo estuvo desocupada al menos una vez en el lapso de 18 meses. Asimismo, que la participación laboral de los jóvenes es intermitente, a intervalos cortos y que sólo el 9.1% de los trabajadores entre 15 y 19 años de edad conservó su posición en las seis mediciones de que fueron objeto.

² Como expresión de movilidad, la ENCLA (2004) mostró que, en el conjunto de empresas que estudia, durante el año 2003 –2004 se celebraron 67.5 contratos y 50.8 finiquitos por cada 100 trabajadores con contrato vigente. El 57.1 por ciento de estos finiquitos obedecieron a la causal de *vencimiento del plazo*.

que en seis años (1995 a 2001), el 81% de las empresas inactivas al inicio del período, seguían en esa condición o habían muerto al final del mismo, y de las que estaban activas al inicio, el 55 por ciento de las microempresas, el 34 por ciento de las empresas pequeñas y el 21 por ciento de las medianas habían desaparecido o estaban inactivas en la medición final.

Sin duda que una alta volatilidad pone en riesgo los derechos de los trabajadores. Cuando las empresas desaparecen por insolvencia y ruina, es frecuente que adeuden diversos beneficios a los trabajadores y que incluso queden sin cumplir derechos tan básicos como es la remuneración. Pero también las empresas suelen cambiar de giro, se reconvierten, crecen o se reducen sin menoscabo económico sino en función de estrategias de acumulación que se muestran exitosas. En la economía actual, las empresas no tienen necesariamente como objetivo su crecimiento y consolidación, ya que, pueden desarrollarse como un proyecto temporal para aprovechar una situación que parece rentable en un momento, al término de la cual el capital toma otro rumbo.

La Dirección del Trabajo registró, durante la última recesión económica grave, un alarmante incumplimiento de las normas laborales, lo que, se estimó, era una pérdida generalizada de derechos básicos³. La gravedad de una situación como ésta radica no sólo en el alto monto de la deuda sino, sobre todo, en la dificultad para su cobro; ni el título que declara el derecho del trabajador ni su recurrencia a la instancia administrativa y judicial le aseguran el pago cuando la empresa ha desaparecido o ha cerrado sin tener patrimonio suficiente: *Esta circunstancia no se compadece con el principio de la ajenidad que sustenta la relación laboral, según el cual el empresario se apropia del producto de la prestación subordinada que le otorga el trabajador como contrapartida de la entera asunción del riesgo de ganancia o pérdida involucrada en el negocio que dirige* (López y Vergara 2002). La magnitud del problema se aprecia adecuadamente si se considera que en estas situaciones el impacto no es sólo sobre los trabajadores de la empresa que cierra sino que también en las empresas menores que son sus contratistas y que dependen de que las mandantes cumplan sus compromisos y las sigan subcontratando, en un contexto en que el trabajo en régimen de subcontratación se ha extendido significativamente.

En relación con este panorama de alta movilidad laboral, se señalan algunos aspectos relevantes del debate, de las proposiciones y de la puesta en práctica de políticas dirigidas a enfrentar la desprotección así generada:

* La constitución de un *Fondo de Garantía*, un seguro que cubre el riesgo de insolvencia del empleador. Si la contingencia ocurre, el fondo cubre los créditos adeudados. Se forma con cotizaciones de los empleadores y reparte el riesgo entre ellos. El crédito laboral se independiza del empleador y permite al trabajador cobrarlo a un órgano independiente.

Se trata de una política para enfrentar la desprotección laboral que se produce en mercados con alta movilidad. Sobre la base de la experiencia de la Unión Europea en los años 80, época en que

³ A partir de las denuncias hechas ante las inspecciones del trabajo y de las fiscalizaciones que éstas hicieron, se constató que durante los meses de julio y agosto del año 2003, la acción fiscalizadora registró diez mil millones de pesos reclamados por concepto de pago de remuneraciones e indemnizaciones por años de servicios. En ese período, se recibieron alrededor de 230 mil reclamos al año, un 65 por ciento de los cuales consistía en indemnizaciones por años de servicio y 35 por ciento en remuneraciones. Las cotizaciones al sistema previsional, por su parte, que no habían sido pagadas dentro del plazo legal pero sí declaradas por los empleadores, alcanzaban, en marzo de 2002, a 190,3 mil millones de pesos (representaban el 0.8 por ciento del patrimonio de los Fondos de Pensiones en esa fecha).

nacieron estas instituciones⁴, la Dirección del Trabajo elaboró una propuesta de *Fondo* para Chile. Fue planteada al interior del gobierno, pero no tuvo acogida, en un momento en que una nueva carga al empleador era vista como una grave amenaza al empleo.

* Frente a la rotación, a la masiva expansión del empleo temporal y a la consecuente conformación de trayectorias laborales interrumpidas, la creación de un Seguro de Cesantía ha sido la medida más importante que el gobierno ha echado a andar. Hay en esta figura dos componentes: un sistema de cuentas individuales, constituido por cotizaciones mensuales de empresarios y trabajadores, y un fondo solidario, financiado por el Estado. El seguro es operado por una sociedad administradora única, licitada por el Estado. La exigencia de un tiempo de afiliación y lo exiguo de las prestaciones de cesantía han sido las críticas más generalizadas.

* La indemnización por años de servicio, una antigua institución de cargo del empleador que fue seriamente limitada durante el régimen militar, tiene también una función frente al desempleo (aunque no fue ese su sentido original) No se han repuesto hasta el momento las rebajas que introdujo el Plan Laboral y la permanencia de esta institución ha sido cuestionada (aun por personeros de la coalición en el gobierno); se estima que es una carga excesiva para el empleador y una rigidez frente a l despido

*No existe, ni siquiera debate sobre otras políticas de empleabilidad, que apunten a la constitución de una red de seguridad, en que las contrataciones contemplen períodos de capacitación, de tiempo libre. No ha sido, como en otros países, tema de negociación. La capacitación laboral sí se ha implementado bajo formatos variados dirigidos a distintos segmentos de población; es, en realidad, la única política laboral maciza y persistente que está dirigida más que a elevar la calidad de los empleos y su protección, a mantener el nivel de empleo; es una política de empleo cuyos resultados son discutibles.

El reemplazo de relaciones laborales por acuerdos de otra naturaleza: Las estrategias empresariales para desconocer la relación laboral son antiguas, pero la multiplicación de estas prácticas es una consecuencia de la gestión empresarial actual inspirada en el modelo de la *fábrica mínima*, que exige encargar parte de los productos o servicios de su giro a productores externos al centro de trabajo, con los cuales se establecen relaciones muy distintas a las del asalariado que se desempeña en el espacio físico de la empresa.

En este marco de la desconcentración productiva se ha ensanchado el espacio de las contrataciones comerciales o civiles entre productores autónomos, pero también se ha facilitado el enmascaramiento de trabajo que es realmente subordinado. Paradigmática es la situación de los vendedores de bienes y de servicios que se desempeñan fuera del o los establecimientos de la empresa, moviéndose de un punto a otro en búsqueda de clientes, y también la de los teletrabajadores. Es cierto que respecto de estos trabajadores se han modificado algunos de los factores que definieron la dependencia en su versión clásica, cómo es el uso del tiempo, el lugar de trabajo y la modalidad de vigilancia,*se ha dado lugar a procesos de control productivo más horizontales y menos heterodirigidos, en los que el trabajador goza de mayor autonomía en la ejecución de su trabajo, que hace que formalmente haya un cierto relajamiento de las prácticas de dependencia* (Rodríguez Piñero citado en Ugarte 2004) ¿Conservan la condición de subordinado? La investigación ha recogido numerosas y diversas situaciones de trabajadores tratados como independientes aun cuando realizan trabajo por cuenta ajena, no concurren al

⁴ Surgen en el proceso de aproximar la legislación de los Estados miembros. La OIT las contempla en el convenio 173 de 1992 y promueve su adopción, sea para reemplazar el privilegio de los trabajadores en los créditos laborales o para combinar ambos sistemas

mercado, en su desempeño obedecen las instrucciones técnicas y se atienen al estándar de productividad y de calidad que les impone quién les encarga el trabajo.

Para que estas modalidades de trabajo queden tuteladas, es necesario redefinir los indicadores que dan cuenta de la subordinación, dado que el concepto de *subordinación y dependencia* es la clave para que un acuerdo de trabajo sea calificado de laboral y quede sujeto a las leyes del trabajo. A pesar de lo central que es, esta noción no ha sido definida en la ley, por lo que su concreción queda entregada a los tribunales y a la instancia administrativa del trabajo. En Chile, como en muchas otras partes, siempre se ha admitido –sin base legal suficiente, en opinión de los expertos– una noción física de la subordinación o dependencia jurídica, que se expresa en la siguiente cita de un fallo relativamente reciente: *el que ejecute la actividad laborativa lo haga bajo la dependencia y subordinación de la parte contratante, es decir que el trabajador debe ser dirigido directamente por el empleador, generalmente en su local, bajo sus reglas, y dentro de un determinado sistema organizativo* (Corte Valparaíso 2003, citado en Ugarte 2004)

La jurisprudencia administrativa también se inclina por esta definición física de la subordinación; la fórmula que habitualmente emplea es: *esta Dirección ha señalado reiteradamente que la subordinación se materializa a través de distintas manifestaciones concretas, tales como: continuidad de los servicios prestados en el lugar de faena, cumplimiento de horarios de trabajo, supervigilancia del desempeño de funciones, obligación de ceñirse a instrucciones impartidas por el empleador* (dictamen 1995 citado en Ugarte 2004).

Tales decisiones no incorporan el conocimiento que existe sobre la transformación del trabajo asalariado ni atienden al debate que la doctrina jurídica viene desarrollando. En verdad no hay impedimento legal para multiplicar y diversificar los indicadores en la perspectiva de construir *un concepto menos definido y más elástico referido a la inserción en un ámbito organizativo ajeno* (Montoya citado en Ugarte 2004). Sin embargo, la acción de los tribunales no es uniforme e indicios de este tipo se han utilizado ocasionalmente sin que se consolide una tendencia nítida y permanente que no mire sólo a los rasgos de control físico sino abra espacio a los de control y coordinación productiva.

La nueva vulnerabilidad del empleo independiente: Al disgregarse los procesos productivos, no sólo se han modificado los términos de la subordinación, sino que también se advierten cambios en la condición de los productores independientes. El primer dato a tener en cuenta es el fuerte aumento de las empresas en el país, sobre todo las de menor tamaño. (entre 1994 y 2004, el número de empresas en Chile aumentó en 33%; en su mayor parte, el 81%, estas unidades productivas son microempresas, cuyo aumento fue significativo en dicho decenio⁵; la mitad de los microempresarios trabaja como productor individual (Valenzuela, 2005). Hay que tener presente que las microempresas están constituidas generalmente por familiares o personas cercanas, la distribución de funciones suele ser poco clara y muy variable, determinada en buena medida por la confianza entre sus miembros, todo lo cual oscurece el carácter de las relaciones entre los integrantes y la condición de trabajador independiente o dependiente se hace más confusa en este sector.

Entre los diversos patrones de desempeño que siguen los microempresarios, está el de producir por encargo para otra empresa, abandonando o minimizando la búsqueda de mercados a los cuales llegar directamente. Éstas son las empresas contratistas, cuya multiplicación acelerada ha permitido constituir una trama productiva en red. Pueden ser muy diversas en tamaño, ubicarse

⁵ 135.683 unidades más, llegándose a 571.535 microempresas formales en 2004 (Baltera y Aguilar, 2006)

en cualquier sector productivo, alcanzar diferentes grados de solidez económica. La subcontratación se ha caracterizado porque la relación entre mandante y contratista suele ser muy desequilibrada y los acuerdos leoninos son frecuentes; como estrategia de fortalecimiento, las contratistas buscan diversificar el destino de su producción, un objetivo que no es fácil de alcanzar, por lo que hay un segmento de productores que tienen relación con una sola empresa mandante y no concurren al mercado por sí mismos; para éstos, la dependencia económica es muy fuerte y la vulnerabilidad, enorme: trabajadores que realizan servicios de reparación de los productos de una sola empresa, trabajadores que elaboran pequeñas manufacturas como parte de bienes producidos en la empresa mandante.

El trabajo independiente de este último tipo suele ser muy desprotegido: son trabajadores que no logran acumular capital; la renta que obtienen es muy baja y sobreviven con mucha dificultad. Con frecuencia fueron asalariados, luego despedidos y con posterioridad seleccionados por el antiguo empleador para encargarles algunos trabajos específicos. Pero no siempre tienen aptitud o disposición a ser emprendedores y, a veces, operan sólo como conexión entre la empresa mandante y los clientes de ésta. A pesar de que viven del trabajo que realizan y en los hechos se subordinan a una sola empresa, su posición no es de asalariado. Estos trabajadores con autonomía tan limitada, se perfilan como actores nuevos respecto de los cuales habría que preguntarse si el sistema de protección social debe incluirlos, en alguna medida al menos. La dicotomía clásica de trabajo dependiente/independiente no expresa bien las diferencias de vulnerabilidad que la información arroja.

En el debate jurídico se está elaborando la idea de fijar la protección en torno a la dependencia económica y con este sentido, el trabajo independiente (según las categorías clásicas) sería objeto de algún nivel de protección.

El autoritarismo al interior de las empresas: La investigación permanentemente da cuenta de distintas prácticas que revelan un fuerte autoritarismo en la gestión de las empresas y una seria debilidad de las concepciones sobre democracia. Una legislación que entrega excesivas facultades de administración al empleador, tiene dificultades para adoptar los modelos participativos que la gestión moderna preconiza y, más aún, para valorar el acuerdo como modo de relacionarse. Lo que la información revela es que muchos trabajadores dependientes viven el trabajo como una situación de agobio, que menoscaba la salud, cierra expectativas de desarrollo profesional y en ocasiones induce a abandonar ese empleo aún sin tener otro y sin contar con base económica para iniciar una actividad independiente sustentable, realizando un tránsito que suele lanzarlos a un círculo de progresivo menoscabo económico..

Si bien existe en nuestro medio la preocupación por moderar esta situación, no se ha traducido en la reducción de las facultades del empleador, que siguen siendo extraordinariamente amplias al amparo del concepto de *poder de dirección*⁶. El sistema de relaciones laborales está muy lejos de una concepción participativa y está incluso prohibida la negociación colectiva de materias relativas a la dirección de la empresa. Como se sabe, la empresa como un paradigma del poder es un problema antiguo, que se hizo evidente en los años sesenta, cuando hubo conciencia de estar frente a *una contradicción entre el reconocimiento constitucional de una serie de derechos fundamentales de la persona, y su negación radical en el ámbito concreto de la empresa* (Baylos citado en Melis)). La situación se ha diagnosticado por los expertos señalando que *..en virtud de una igualdad jurídico formal, el trabajador cede una parte de su libertad al empresario. El*

⁶ En el ámbito laboral la dirección comprende libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades del mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido y sancionar las faltas y los incumplimientos contractuales del trabajador

trabajador al contratar acepta en bloque y a priori el poder empresarial...”(Romagnoli, citado en Melis), con lo cual la separación entre el status general de ciudadanía y el estatuto de trabajador subordinado se hace evidente y palpable en la relación laboral en la empresa (Molina, citado en Melis). El término de ciudadanía en la empresa que se acuñó, impulsa a perseguir el respeto a los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el ámbito de la empresa.

Contar con los instrumentos jurídicos eficaces para este objetivo suele ser un proceso largo; el paso más importante es el respaldo constitucional a las relaciones de trabajo, la *constitucionalización del derecho del trabajo que implica sobre todo la valorización de los derechos fundamentales llamados inespecíficos o de la personalidad en las relaciones laborales* (Melis, sin fecha). Este paso en nuestro ordenamiento ya se ha dado y la Constitución Política reconoce hoy un número no menor de derechos propiamente laborales - libertad sindical y negociación colectiva – y los derechos personales e inespecíficos que sin ser netamente laborales se aplican en la relación de trabajo por ser inherentes a la condición de ciudadano. Este listado, clásico por lo demás, es significativo⁷.

Pero bajo la Constitución, en la trama de las normas de rango inferior, el tratamiento de los derechos fundamentales ha sido muy débil. El tema fue abordado en la reforma del año 2001, que introdujo mejoramientos no despreciables: el más importante fue la declaración en el Código del Trabajo de que *el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador tienen como límite las garantías constitucionales de los trabajadores...*⁸. En segundo lugar, fue corregida la regulación que prohíbe la discriminación, abriendo el abanico de factores discriminatorios prohibidos. Y una tercera modificación destacable reafirma el cuidado por la dignidad del trabajador al ordenar la reserva de los datos privados de éste.

La jurisprudencia judicial se ha desarrollado escasamente para contener las frecuentes vulneraciones a los derechos fundamentales por parte de las empresas y la utilización del instrumento poderoso que es el recurso de protección, ha sido ocasional; el juicio de algunos juristas nacionales ha sido *nada se ha obtenido*. Distinta ha sido la actuación de la instancia administrativa, la que ha conocido numerosos casos de atropello a los derechos fundamentales y ha seguido una línea interpretativa consistente. Los dictámenes son numerosos, gran parte de los cuales son sobre registro a los trabajadores y sobre formas de control⁹

Han sido prohibidas y sancionadas también otras prácticas autoritarias comunes en las empresas, que atropellan derechos distintos a los llamados fundamentales; es así como se ha prohibido la petición, por parte de las empresas, de test de embarazo a las mujeres que postulan a un empleo y, después de un largo debate en el parlamento, otra ley ha prohibido y sancionado el acoso sexual. La política para controlar esta práctica se inició en la administración del trabajo, mucho

⁷Derecho a la integridad física y psíquica, (art. 19, 1), igualdad y no discriminación (art. 19,2 y 6), libertad de conciencia y religión (art.19,6), derecho al honor e intimidad personal (art. 19,4), derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art.19, 5) libertad de opinión e información (art.19, 12), libertad de reunión (art.19,13), libertad para el ejercicio de actividades económica (art.19, 21 y 22)

⁸ Para algunos comentaristas nacionales, ésta es una idea matriz que debiera impregnar todas las relaciones de trabajo (Melis); para otros, su resultado no es especialmente significativo (*se trata de normas cuya posible virtualidad no viene dada por su propio contenido sino más bien por la virtualidad remota...de que los actores del mundo del trabajo, especialmente los jueces, los hagan operar como guías de decisión y protección efectiva del trabajo.*(Ugarte, 2004).

⁹ La Dirección del Trabajo ha considerado *ilícitos los siguientes mecanismos de control: el detector de mentiras, por no ser medio idóneo de control empresarial; el control del peso a la entrada y salida, por no ser un mecanismo concordante con la relación laboral, las cámaras de televisión fijas dirigidas a un trabajador, por no respetar su derecho a la intimidad y dignidad persona...*(Ugarte 2004)

antes que la ley se promulgara, al ordenar un procedimiento de fiscalización basado en los buenos oficios, para poner atajo a las conductas de acoso sexual que hubieren sido denunciadas o que las inspecciones del Trabajo¹⁰ conocieran en su desempeño cotidiano.

Sin duda que la normativa sobre derechos fundamentales se ha perfeccionado y se ha ampliado en una línea de política pública que se viene perfilando con nitidez.

La principal crítica a todo este tratamiento para la protección de los derechos fundamentales ha sido la seria debilidad de la tutela judicial; dan clara cuenta de ello los datos recogidos en una investigación realizada en tres tribunales, que revelaron que en el 80 por ciento de los juicios ganados por los trabajadores no se cumple la sentencia. Sin embargo, la reforma a la justicia laboral, que está próxima a entrar en vigencia, se hizo cargo de este problema y contempló un procedimiento muy breve en el que interviene tanto la inspección del trabajo como el tribunal y que facilita la recurrencia de los trabajadores vulnerados en sus derechos fundamentales.

La pérdida de nitidez del empleador: la intermediación (o tercerización) es en la actualidad una estrategia empresarial muy generalizada para proveerse de trabajo y tanto la subcontratación como el suministro de trabajo y otras modalidades similares son hoy en día muy frecuentes¹¹. Se trata de figuras jurídicas antiguas que hoy se han revalidado porque responden bien a las necesidades de flexibilidad de las empresas. Pero estos formatos han significado graves pérdidas de protección laboral y se han multiplicado las contrataciones informales. La subcontratación ha sido siempre sospechosa y ha servido para enmascarar incumplimientos laborales y tributarios; la investigación ha mostrado que las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados son bajas, más bajas mientras más distante del mercado se ubiquen.

Las normas que rigen la subcontratación han sido recientemente modificadas con el claro objetivo de mejorar la protección al trabajo así contratado. La nueva normativa eleva la responsabilidad de la empresa mandante respecto de las obligaciones laborales y previsionales de sus contratistas, especialmente en materia de seguridad e higiene en el trabajo, ámbito en el que le exige mucha más diligencia.

Esta ley reguló también el suministro de trabajadores, una figura para la cual no había exigencia legal alguna. El criterio central que ahora se instala es que el suministro de trabajadores sea excepcional, para situaciones urgentes que la ley señala. Luego, se exige solvencia económica a la empresa de servicios transitorios (la que contrata a los trabajadores), se le impone la obligación de capacitarlos y de tener un giro limitado (sólo el servicio de trabajadores a las empresas) además de registrarse como empresa de servicios transitorios en la Dirección del Trabajo. Estos contratos son temporales y no pueden celebrarse para reemplazar a trabajadores en huelga legal.

La ley 20.123 empezó a regir el 14 de enero del presente año, de manera que no hay evaluación de su eficacia todavía. Se piensa sin embargo que se trata de una modificación de fondo, que impedirá evadir las normas laborales y devolverá a los subcontratados la tutela que les corresponde.

¹⁰ Antes de este instructivo, la conducta de los fiscalizadores era señalar que en ausencia de ley expresa, nada podía hacerse para controlar el acoso sexual

¹¹ La Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo da cuenta de esta expansión: en 1999, el 43 % de las empresas de la muestra subcontrató partes de su producción; en 2002 lo hizo el 49 % y en 2004, el 51%

Recobrar el sello colectivo Como es sabido, al mercado concurren los individuos uno a uno y todo acuerdo o concertación entre ellos es repudiada, prohibida y sancionada. Esta concepción central del orden liberal irrumpió arrasando con el sistema de las relaciones laborales que se había desarrollado sobre una base distinta: la constitución de colectivos: *desde la sociedad civil, en que la inseguridad es consustancial, se mira al Estado para que tome el papel de organizar la seguridad, y adquiera condiciones para otorgar mínimas protecciones al grueso de los individuos. Estos pasan a participar en un estatuto colectivo protector...* (Castel, 2004)

El sindicato y la negociación colectiva han sido las instituciones que más cabalmente expresan el criterio ya señalado y, por lo tanto, fueron desmanteladas. El cambio político de 1990 contemplaba remover las restricciones a la acción organizada de los trabajadores, que operaron durante el régimen militar, objetivo era entendido como un acto de reconstrucción democrática; en su programa gubernamental inicial, la Concertación de Partidos por la Democracia planteaba una transformación significativa de las relaciones de trabajo, en respuesta a un movimiento de trabajadores que había tenido un importante protagonismo en la acción política en favor de la democracia. Proponía, en este documento, *introducir cambios profundos en la institucionalidad laboral, de modo que ésta cautele los derechos fundamentales de los trabajadores y permita el fortalecimiento de las organizaciones sindicales para que éstas se vayan transformando en una herramienta eficaz para la defensa de los instrumentos de los asalariados y en un factor de influencia sustantiva en la vida social del país. ¿En qué medida se ha recreado la trama colectiva de las relaciones de trabajo? En lo que sigue se señalan algunos puntos del debate que este tema genera.*

A poco andar el gobierno, en 1991, fueron repuestas las centrales sindicales, que habían sido prohibidas (la ley 19.049), y se promulgó luego un conjunto de medidas (ley 19.069) que abrían mayores posibilidades para la constitución y consolidación de sindicatos, sobre todo en los sectores más débiles de trabajadores eventuales y transitorios y en las empresas de menor tamaño; se ampliaron las funciones del sindicato y se protegió mejor la función del dirigente haciendo más eficaz el control de las prácticas antisindicales; se mejoró también el financiamiento sindical permitiendo recurrir a nuevas fuentes y facilitando la recaudación de las cuotas sindicales. La negociación colectiva, en cambio, quedó casi inalterada en esta reforma.

Aunque la modificación de las relaciones laborales fue un tema que se mantuvo pendiente, sólo en 2001 se aprobó la segunda gran reforma laboral, después de una tramitación iniciada en 1995 que luego se inmovilizó, en la que los acuerdos fueron siempre difíciles de construir (ley 19.759). El resultado alcanzado fue bastante menos de lo que planteaba el proyecto, pero no pueden desconocerse sus avances, entre los cuales hay numerosas medidas orientadas a fortalecer la organización sindical, que apuntaron a tres objetivos: plena afirmación al derecho a sindicalización, mayor autonomía sindical y mecanismos de protección al sindicato; en este último punto, fue muy relevante la nulidad del despido por prácticas antisindicales¹² (Tapia, 2000)

Nuevamente en esta reforma de 2001, las modificaciones a la negociación colectiva fueron de rango menor, de manera que el limitado alcance de esta institución aún persiste. Es así como no

¹² Las más importantes medidas fueron: rebaja del quórum para la constitución de sindicatos, extensión del fuero a los trabajadores durante la constitución del sindicato y en el período de negociación colectiva, simplificación de la constitución, afiliación y reforma de estatutos reduciendo la ingerencia administrativa, fortalecimiento de la sanción por prácticas antisindicales al imponer la obligación de reintegrar al trabajador despedido por prácticas antisindicales.

se ha removido la restricción a materias cuya negociación está prohibida (a fin de no restringir el poder de dirección del empleador), continúan excluidos de la negociación los trabajadores con contrato transitorio; subsiste el limitado alcance de los beneficios sólo a quienes han suscrito el documento, y se mantiene la prohibición de negociar más allá de la empresa. Tampoco se ha logrado evitar la dispersión de los trabajadores, facilitada por la normativa actual al aceptar negociaciones colectivas múltiples en la misma empresa, la coexistencia de más de un instrumento colectivo, la actuación de los trabajadores a través grupos distintos del sindicato y al contemplar la opción de un procedimiento informal para acordar condiciones de trabajo con el empleador. Por otra parte, la huelga, un instrumento tradicional de la acción sindical aún tiene limitaciones que no existen en ninguna otra legislación del mundo, como es la autorización al empleador para contratar reemplazantes de los trabajadores en huelga¹³.

Con excepción del lapso inicial del período democrático, no se advierte una expansión importante de la organización sindical. La tasa de sindicalización –calculada sobre la fuerza de trabajo asalariada- fue de 13.3 en el año 2004, bastante menor que los valores que había alcanzado en los años 90 a 93, cuando osciló entre 16.0 y 18.3. Desde este último año hasta 2001, la sindicalización cayó hasta el 12.4 y desde entonces se advierte una recuperación moderada. El crecimiento de los últimos años se produce en los cuatro tipos de sindicato, pero es menor en el sindicato de empresa y mayor en los interempresa, en los sindicatos de trabajadores transitorios y en los de independientes; en estos últimos tres tipos, la afiliación ha crecido a un ritmo mayor que la fuerza de trabajo.

Las cifras de negociación colectiva son aún más decepcionantes: sólo el 7.6 por ciento de la fuerza de trabajo asalariada estaba cubierta por contrato colectivo en el año 2004, una tasa que ha venido cayendo persistentemente desde 1992, momento en que alcanzó al 14.4 (Salinero, 2006)

Es evidente el fracaso en la recomposición de la acción colectiva de los trabajadores. Se mantiene una regulación que promueven la dispersión y que no induce suficientemente a la asociación. Lo más grave es el escaso espacio que tiene la negociación colectiva cuando las tendencias de reconstrucción de las relaciones laborales buscan precisamente abrir mayores posibilidades al acuerdo entre las partes para fijar la normativa en las empresas. Lo que existe en Chile es una indefensión: una legislación extremadamente flexible¹⁴ y una debilidad inquietante de la tutela sindical.

III. Consideraciones finales

* El programa inicial del gobierno en 1990 contemplaba cambios en el ámbito del trabajo, como parte de la reconstrucción democrática que se iniciaba; fortalecer al movimiento sindical e introducir mayor igualdad en las relaciones laborales eran claves en la concepción de crecimiento con equidad que debía guiar el desarrollo del país.

* En ese mismo momento se expresó más abiertamente la disputa entre la pretensión de conservar los espacios laborales ya excluidos de la regulación legal, por una parte, y la expectativa de reponer la regulación que el Plan Laboral había eliminado, por otra. Una tensión que no se ha reducido hasta la fecha. A ello ha contribuido la existencia de un empate de fuerzas

¹³ Más de una vez Chile ha sido censurado en el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

¹⁴ Un exhaustivo listado de las normas que flexibilizan el trabajo en sus distintas dimensiones en Echeverría y otros, 2005

políticas en el país y especialmente en el Poder Legislativo, donde ha debido decidirse la mayor parte de las modificaciones proyectadas. La conclusión de acuerdos ha sido muy difícil y a causa de ello el debate laboral ha sido permanente.

* Es un debate que ha experimentado variaciones no menores a través de los dieciséis años de gobierno democrático. La alta valoración que se atribuía a los cambios en el trabajo iba en la perspectiva de instalar un diálogo nacional que asegurara gobernabilidad en el difícil momento de salida de la dictadura. Pero este perfil se diluyó con posterioridad y el proyecto de desarrollo nacional puso mayor énfasis en mejorar la inserción del país en el comercio internacional, en el crecimiento y en la modernización de la economía, factores éstos que se estimaban suficientes para conjurar las bajas condiciones de trabajo.

* La crisis económica que se dejó sentir ya a fines de 1998, llevó a retomar, las reformas laborales, pero ahora sin quitar espacio a la flexibilidad que reclamaba el empresariado y poniendo al empleo - impedir su destrucción y estimular su creación- como un objetivo indiscutible al que se subordinó toda demanda por elevar la calidad en el trabajo.

* En este período se introdujeron nuevos temas que sin hacer avances en los ejes del sistema de relaciones laborales, permitirían mejoramientos significativos de las condiciones laborales. El más importante de éstos es la defensa de los derechos fundamentales al interior de la empresa. Modificaciones a la ley y una interpretación adecuada de ésta en la administración del trabajo, han facilitado la invocación de estos derechos, aun cuando la jurisprudencia judicial no haya expresado una acogida similar. Se han aprobado también normas que sancionan prácticas discriminatorias o autoritarias específicas.

* A pesar de ser uno de los temas más debatidos, la precarización del empleo ha sido enfrentada con debilidad y los acuerdos de trabajo al margen de las normas laborales han seguido expandiéndose. Una razón para ello es el inmovilismo de la noción de *subordinación*; la significativa transformación que la condición de subordinado ha experimentado en la organización moderna del trabajo, no ha sido recogida por la ley ni por los órganos encargados de interpretarla. Hay, pues, un retardo en la elaboración jurídica para trazar el nuevo linderó de la protección. En este panorama, el empleo independiente pero vulnerable no tiene ningún espacio en la juridicidad laboral y es un punto que el debate ignora.

* Sin embargo, una normativa reciente ataca la precariedad desde un ángulo distinto. Se trata de la modificación a la subcontratación, una de las modalidades de empleo que muestra mayor precariedad y bajas condiciones laborales. Esta ley tiene como objetivo atajar el deterioro del trabajo en las unidades productivas en red, especialmente en las que están más alejadas del mercado y lo hace elevando la responsabilidad de la empresa matriz, a la que impone obligaciones con todos los trabajadores, sean contratados de manera directa o subcontratados. El objetivo es que el trabajo en régimen de subcontratación genere relaciones virtuosas. Esta reforma también pone fin al trabajo suministrado en forma permanente, que por largo tiempo ha existido, permitiendo el merchadising, una modalidad de trabajo prohibida, y agudiza el control a las empresas de trabajo transitorio, las que deben cumplir formalidades y demostrar solvencia.

* En la recomposición de la acción organizada de los trabajadores y en su consolidación como parte en la elaboración de acuerdos, los avances son exigüos. Las sucesivas reformas laborales han facilitado la constitución de sindicatos y su funcionamiento y han endurecido la sanción a las prácticas antisindicales, pero en los hechos, la expansión del sindicalismo no ha sido significativa, especialmente en los sindicatos de empresa, que son los que integran el sistema

formal de relaciones laborales. Hay que reparar en la mayor expansión que muestran los sindicatos de trabajadores independientes y transitorios y también los sindicatos interempresa, aunque su peso en el conjunto del sindicalismo siga bajo. Se trata de organizaciones de los trabajadores informales, para las que no se contemplan vías institucionales que acojan su demanda y encarrilen su actuación. ¿cuál es el sentido de estas organizaciones y cuál su patrón de actuación? ¿han logrado reducir la dispersión de sus intereses?¹⁵

* Todo sistema de relaciones laborales contempla algún mecanismo para demandar mejoramientos de salarios y de condiciones laborales, un espacio, en otros términos, donde la disputa es sobre el producto. El acuerdo se genera a través de una negociación colectiva, un proceso formalmente regulado de manera excesiva y rígida. La negociación colectiva tiene serias limitaciones en cuanto a las materias que incluye y la cobertura que alcanza, limitaciones que no han sido removidas hasta la fecha, a pesar de que el compromiso a hacerlo se planteó en el primer programa de gobierno, en 1990.

* Se ha propuesto en reiteradas ocasiones la concepción de *autonomía colectiva* como clave para reconstruir el sistema de relaciones laborales. En el mensaje del primer proyecto de negociación colectiva que envió el gobierno al Congreso se lee *...somos por tanto partidarios que la intervención del Estado sea subsidiaria, sin sustituir el rol propio de los actores sociales involucrados*. Posteriormente, en el proyecto de reforma que se aprobó en 2001, esta concepción estaba en la base de la proposición que entregaba al sindicato el papel de negociar cambios en la jornada laboral. La debilidad del sindicalismo y la estrechez del segmento de trabajadores que negocian colectivamente son dificultades insalvables para generar acuerdos. Es por eso que el diálogo para elaborar normas laborales que interesen a ambas partes, es una política que ha fracasado y es asimismo incierto que por esta vía se logren avances de adaptabilidad del trabajo por sobre un piso de derechos básicos asegurados, a pesar de ser ésta una propuesta que viene repitiéndose.

* La ley que ha reformado la justicia laboral es, sin duda, un factor fundamental para que los derechos laborales puedan hacerse efectivos. La investigación mostró de manera irrefutable que el funcionamiento de los tribunales del trabajo era absolutamente ineficaz y que, al decir de una autora, *tal funcionamiento equivale casi a una denegación de justicia* (Gazmuri, 2004). La investigación ha mostrado que la pérdida de derechos de los trabajadores, que están reconocidos, es alarmante.

* La reforma eleva considerablemente el número de jueces del trabajo, así como su calificación, reorganiza los tribunales para un mejor aprovechamiento del conocimiento de estos letrados y modifica sustancialmente el procedimiento. Sin embargo, se suspendió la entrada en vigencia de esta ley hasta el año 2008.

* También la intervención de la administración del trabajo ha tenido modificaciones importantes advirtiéndose una tendencia a expandir su actuación, a exigir investigación más exhaustiva de la vulneración de ciertos derechos - como el acoso sexual, las prácticas antisindicales y la subcontratación - y a solicitar más asiduamente su actuación ante los tribunales, sea a través de informes o compareciendo personalmente.

¹⁵ El sindicalismo fue objeto de muchos estudios hasta hace unos diez años. Es imprescindible retomarlo.

Referencias bibliográficas:

Castel, R. (2004 a) *La Inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Editorial Manantial, Buenos Aires.

Crespi, G. (2003) *PyME en Chile: nace, crece y ... muere. Análisis de su desarrollo en los últimos siete años. 1995 a 2001.* FUNDES Internacional.

Echeverría, M., López, D. Vega, H. y Velásquez, M. (2004) *Flexibilidad laboral en Chile: las empresas y las personas*, Dirección del Trabajo, Santiago

Echeverría, M., Solís, V. y Echevarría, V. (1998), *El otro trabajo. Suministro de personas en las empresas*, Dirección del Trabajo, Santiago.

Ermida, O. (2000) *La flexibilidad.* Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.

Feres, M. E. (2005) *El trabajo y las relaciones laborales en los gobiernos de la Concertación 1990-2005. Análisis de los contenidos programáticos*, documento de Fundación EBERT, no publicado

Gálvez, T. (2005) *Vendedor@s cuentan: actuales formas de contratación*, Dirección del Trabajo, Santiago

Gazmuri, C. (2004) *La justicia del trabajo en Chile; realidad y perspectivas*, Dirección del Trabajo, Santiago

Henríquez, H.; Gálvez, T, Riquelme, V.. (2006) *¿Lejos del trabajo decente. El empleo desprotegido en Chile*, Dirección del Trabajo, Santiago.

Henríquez, H. y Uribe-Echevarría, V. (2003) *Trayectorias Laborales: la certeza de la incertidumbre*, Dirección del Trabajo, Santiago, 2003.

OIT (2000) *“Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección.* Documento técnico de base, Ginebra.

Pereira, R. (1992) *Reformas a la legislación del trabajo: un esfuerzo por establecer relaciones laborales autónoma.* En Economía y Trabajo en Chile 1991-1992, Programa de Economía del Trabajo, S.R.V Impresores, Santiago.

República de Chile: Código del Trabajo

Salinero, J. (2006) *Veinte años de afiliación sindical y negociación colectiva en Chile: problemas y desafíos.* Dirección del Trabajo, Santiago

Sengenberger, W. (2004) *Globalización y progreso social*, Nueva Sociedad, Caracas.

Tapia, F. (2001) *Modificaciones al derecho sindical en la ley 19.759*, en Revista Laboral Chilena, Centro de Extensión Jurídica Ltda., Santiago.

Ugarte, J.L. (2004) *El nuevo Derecho del Trabajo.* Editorial Universitaria, Santiago.

Ugarte, J.L. (2001) *La reforma laboral. Luces y sombras*, en Revista Laboral Chilena, Centro de Extensión Jurídica Ltda, Santiago

Valenzuela, M.E (2005) *¿Nuevo sendero para las mujeres? Microempresa y género en América Latina en el umbral del siglo XXI*, LOM Ediciones/CEM, Santiago

Walker, F. (2001) *Conceptos de Negociación Colectiva*, en Revista Laboral Chilena, Centro de Extensión Jurídica, Santiago