

EL FUTURO DEL TRABAJO EN CHILE: LA GOBERNANZA DEL TRABAJO

MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Chile

EXTRACTO

Palabras clave: Gobernanza, Chile, despido, subcontratación, negociación colectiva empresarial, autónomos, migrantes

Para comprender la gobernanza del trabajo en un país es preciso retroceder en la historia de sus instituciones, que aportan elementos propios y permiten proponer un futuro de gobernanza más eficiente. Sobre las instituciones ya existentes no parece prudente la adopción de soluciones globales ni menos la eliminación de las estructuras de gobernanza estatal en Chile, porque han funcionado adecuadamente, aun cuando puedan ser perfectible; y las erosiones que el sistema exhibe en materia de negociación colectiva y sistema de pensiones dicen relación con modelos especiales y particulares. Distinto es el escenario tratándose de nuevas problemáticas, como es el caso de los trabajadores autónomos y los trabajadores migrantes, en que hay ausencia de gobernanza estatal y son asuntos que están surgiendo en el mundo globalizado, de modo tal que la experiencia comparada y el apoyo técnico que puedan brindar organismos como la OIT resultan fundamentales. En la realidad chilena el diálogo social aun es moderado, dándose cuenta en el presente trabajo de algunas experiencias de diálogo social bipartito en materia de negociación colectiva. En definitiva, la cuestión de la gobernanza del trabajo no tiene una única respuesta dentro de un país como Chile y con certeza tampoco la tendrá en el mundo, por más globalizado que lo enfrentemos hoy.

ABSTRACT

Key words: Governance, Chile, dismissal, outsourcing, collective negotiation by company, independent workers, migrants

To understand the governance of work in a country it is necessary to go back in the history of its institutions, which contribute their own elements and allow us to propose a more efficient future for governance. On existing institutions, it does not seem prudent to adopt global solutions, nor less the elimination of the structures of state governance in Chile, because they have worked properly, even though they may be perfectible; and the erosions that the system exhibits in matters of collective bargaining and pension system relate to special and particular models. The scenario is different in regards of new problematics, as in the case of self-employed workers and migrant workers, in which there is an absence of state governance and are emerging in the globalized world, so that the comparative experience and technical support provided by agencies such as the ILO are fundamental. In the Chilean reality, social dialogue is still moderate, and in the present work some experiences of bipartisan social dialogue in collective bargaining are reported. In short, the question of labor governance does not have a single answer within a country like Chile and certainly will not have it in the world; however globalized we face it today.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. HISTORIA DE LA GOBERNANZA DEL TRABAJO EN CHILE
3. EROSIONES A LA GOBERNANZA ESTATAL ESTABLECIDA Y UNA INCIERTA RESPUESTA INSTITUCIONAL
 - 3.1. EN DERECHO INDIVIDUAL DE TRABAJO
 - 3.2. EN DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
 - 3.3. EN DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL
4. OBSERVACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

¿Necesitamos estructuras de gobernanza nuevas o diferentes para regular el trabajo en forma efectiva? Esta pregunta nos la hace la OIT en torno a estudiar iniciativas para revitalizar las normas e instituciones existentes, o bien crear nuevas formas de reglamentación que podrían ayudar a superar los retos de gobernanza presentes y futuros.

Sobre estos retos adelantamos que es indispensable indagar en las particularidades de cada país. Si bien hay algunas tendencias generalizadas que, en países en vías de desarrollo como Chile se encontraban consolidadas a fines del siglo XX, tales como normas básicas sobre la forma y los tiempos de trabajo, el despido, la libertad sindical o una cobertura mínima en la seguridad social, todo lo anterior con respaldo institucional en el sistema de fiscalización laboral y en la justicia especializada, ciertamente la historia económica y política chilena ha determinado un sello particular que provoca algunos problemas muy difíciles de universalizar, y más aún sus soluciones, según intentaremos explicar en las líneas que siguen.

Algunas informaciones generales sobre Chile son pertinentes. Su población activa alcanza a 8.7 millones de personas¹, con una tasa oficial de desempleo de 6,1%². La economía chilena es una de las más abiertas del mundo, con bajas tarifas aduaneras y fuerte orientación a las exportaciones. Ha sido el primer país latinoamericano en ingresar a la OCDE en el año 2010. En los últimos dos años ha descendido el PIB, alcanzando a 2,5 % en el año 2015 y solo a 1,5 % en el año 2016; con anterioridad venía creciendo entre 7 % y 4 %. Chile es miembro del APEC y solo asociado del MERCOSUR; ha suscrito acuerdos comerciales con la Unión Europea, México y Canadá.

¹ Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas, Encuesta Nacional de Empleo (ENE) Julio-Septiembre 2016.

² Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas, Encuesta Nacional de Empleo (ENE), Octubre-Diciembre 2016. Debe atenderse a cierta crítica hecha a este guarismo (Alejandro Alarcón, Universidad de Chile), pues basta que una persona esté dos horas a la semana trabajando para que se considere empleada, los conductores de Uber son considerados como empleo por cuenta propia y en el último trimestre han aportado 60 mil de los 100 mil nuevos empleos.

2. HISTORIA DE LA GOBERNANZA DEL TRABAJO EN CHILE

Para visualizar el futuro de la gobernanza del trabajo, sus particularidades y algunas vías de solución a los problemas que identificaremos, es indispensable revisar someramente su historia.

Las normas protectoras del trabajo se identifican en Chile tempranamente y es posible distinguir las siguientes etapas.

Primera etapa

Marcada por el Código Civil de 1855, reguló la relación de trabajo de los criados domésticos y la del arrendamiento de servicios.³

La *cuestión social* como objeto de estudio y protección por el Derecho del Trabajo y como consecuencia de la revolución industrial, se manifestó a fines del siglo XIX en la zona salitrera, al norte del país, con huelgas que ayudaron a crear conciencia sobre la necesidad de una adecuada legislación social (Thayer y Novoa:2015; Walker:2003).

Mientras rigió la regulación del trabajo desde el Código Civil, hubo leyes aisladas que comenzaron a surgir, como la Ley sobre Descanso Dominical N° 1990 de 1907, la Ley N° 2951 de la Silla de 1915, la Ley N° 3170 sobre Accidentes del Trabajo de 1916 y la Ley N° 3186 de 1917 sobre Salas Cunas.

En el año 1924 se dictan nuevas leyes importantes, tomadas de capítulos de un fallido proyecto de Código del Trabajo: Ley N° 4054 sobre Seguro Obligatorio de Enfermedades e Invalidez, Ley N° 4055 sobre Tribunales de Conciliación y Arbitraje, Ley N° 4057 sobre Organización Sindical, Ley N° 4058 sobre Sociedades Cooperativas, y Ley N° 4059 sobre Empleados Particulares.

Segunda etapa

Se inicia con la promulgación del primer Código del Trabajo en el año 1931, fuertemente inspirado en los convenios de la OIT, organismo al que Chile se había incorporado en el año 1919. Se convirtieron en secciones de este primer código las leyes promulgadas en el año 1924 a que ya hicimos referencia.

Nacen en esta época la Oficina Estadística del Trabajo, antecedente de la actual Dirección Nacional del Trabajo, en el año 1919, y años más tarde se crearía el Ministerio del Trabajo, en 1924. En lo relacionado con la institucionalidad judicial, los Tribunales del Trabajo pasaron a integrar formalmente el Poder Judicial en el año 1955, ya que antes de esa fecha tenían un carácter administrativo.

³ El Código Civil rige hasta hoy, y en lo relacionado con el trabajo independiente también, con excepción de las normas sobre criados domésticos.

Hasta este momento histórico podemos sostener que Chile siguió más o menos la tendencia mundial en torno a las normas de gobernanza estatal de trabajo a través de las normas laborales que hemos señalado y la institucionalidad correspondiente.

Tercera etapa

El Gobierno Militar instalado en Chile entre septiembre de 1973 y marzo de 1990, es decir, por 17 años, trajo importantes consecuencias en la legislación laboral que se observan hasta hoy.

Las ideas de libre mercado y de corte neoliberal que inspiraron el marco regulatorio del trabajo, se contuvieron en el llamado Plan Laboral del año 1978 (Walker: 2003; Piñera:1991; Mardones:1987) y marcaron un sello particular a nuestras normas laborales y de seguridad social, lo que más tarde se recogería en la Constitución Política de 1980⁴.

Chile tiene un orden público económico laboral marcado en libertades (libertad de trabajo, libertad económica, libertad de elegir un sistema público o privado de seguridad social), en el cual a pesar de las múltiples discusiones dogmáticas y políticas desde el retorno a la democracia en el año 1990, los gobiernos posteriores ya sea de centro izquierda o de centro derecha, solo han introducido ajustes normativos menores pero no han modificado sustancialmente el modelo.

Su regulación normativa se tradujo con el Plan Laboral en los siguientes términos.

- En derecho individual: se derogaron regímenes laborales de excepción (Piñera:1991), quedando regidos todos por unas mismas normas; dejaron de dictarse leyes sobre reajuste de remuneraciones, pasando a regir el ingreso mínimo legal; en materia de despido se consagró el llamado “desahucio”, que es el despido *at will* del derecho norteamericano, con indemnización por años de servicios en un comienzo sin tope y que luego tendría un límite de 30 días de remuneración por 11 años que se mantiene en la actualidad.

En la década de 1990 se modifica el régimen del despido quedando como lo conocemos hoy: el incausado acotado a trabajadores de casa particular y personal de exclusiva confianza del empleador, seguido de la causal de “necesidades de la empresa” muy similar al despido objetivo español.

- En derecho colectivo: se radicó la negociación colectiva en la empresa, con base constitucional que se mantiene hasta hoy; se estableció la restric-

⁴ Por los alcances de este trabajo, adoptamos una postura objetiva y de observadores frente a este proceso, aun cuando por muchos años ha sido fuente de debates económicos, jurídicos y políticos.

ción de las organizaciones sindicales para participar en actividades político partidistas; la huelga no tuvo – ni tiene hoy - consagración constitucional expresa y se regula en la ley dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada.

Cuando Chile ratifica los Convenios 87 y 98 de la OIT, adecúa su legislación interna en el año 2001 a través de la Ley N° 19.759, pero no modifica el modelo de negociación colectiva. Tampoco lo ha hecho con la reforma de la Ley N° 20.940 del año 2016 a que nos referiremos más adelante.

- En derecho de seguridad social⁵: a través del Decreto Ley N° 3500 de 1980 se creó un sistema de pensiones basado en la capitalización individual, que ha servido de modelo en los países de la región y del mundo en general. El antiguo sistema de reparto se mantuvo para quienes no quisieron cambiarse en el año 1980 al sistema nuevo. Este último se basa en un aporte del 10 % de la remuneración imponible, de cargo de los trabajadores, que es administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), organizadas como sociedades anónimas de giro único y cobran una comisión que hasta ahora no ha superado el 3 % de la remuneración o renta imponible del afiliado. Existen cuatro modalidades de pensión que conjugan seguridad y riesgo, a elección del afiliado: retiro programado, renta vitalicia inmediata, renta temporal con renta vitalicia diferida y renta vitalicia inmediata con retiro programado.

El Estado tiene un rol subsidiario en la gestión de la seguridad social, asegura libertad de elegir entre un sistema público y uno privado dentro de los gestores.

La capitalización individual también existe en el Seguro de Cesantía.

En el año 2008 y con la Ley N° 20.255 se introdujeron cambios relevantes para introducir el llamado pilar solidario en el sistema de pensiones, lo que también se incorporó al seguro de cesantía.

- En derecho laboral procesal: desde el año 2007 tenemos un modelo de juicio oral, de única instancia⁶. Ha sido tomado del modelo español en sus líneas

⁵ Se mantiene el sistema de reparto en materia de salud común pero con aporte del trabajador del 7% de su remuneración imponible; en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales con aporte del empleador del 0,95% como cotización básica; y en materia de prestaciones familiares inspirado en el principio de asistencia social.

⁶ Véase el siguiente conjunto de normas que aplicaron el nuevo modelo de justicia laboral en Chile: Ley N°20.022 publicada en Diario Oficial de 30 de mayo de 2005; Ley N°20.023 publicada en Diario Oficial de 31 de mayo de 2005; Ley N°20.260 publicada en Diario Oficial de 29 de marzo de 2008; Ley N°20.087 publicada en Diario Oficial de 3 de enero de 2006; Ley N°20.287 publicada en Diario Oficial de 17 de septiembre de 2008.

gruesas, e imitado por los países de la región. En general se observa por los operadores jurídicos como un modelo exitoso.

Avances significativos en la gobernanza estatal del trabajo:

A fines del siglo XX se incorporan importantes regulaciones que vendrán a fortalecer el marco normativo e institucional de la relación de trabajo clásica.

Entendemos por relación de trabajo clásica a aquella referida al trabajo realizado en el marco de contratos a tiempo completo, formales e indefinidos (sin límite de tiempo) en una relación de trabajo subordinada (OIT: 2016-b). La principal característica de esta relación de trabajo es su organización jerárquica: el empleador tiene la autoridad para dirigir el trabajo de los trabajadores, monitorearlos para fiscalizar su desempeño, y corregirlos cuando no lo hacen bien. Es el dispositivo legal clave para asignar derechos y obligaciones entre un trabajador y un empleador. En una relación clásica de trabajo, es el trabajador quien tiene acceso a las prestaciones y derechos estipulados por la ley pública, sin perjuicio de la posibilidad de superar los mínimos legales a través de la negociación individual o colectiva.

Derribando mitos en torno a esta materia, la Encuesta Laboral (ENCLA) elaborada por la Dirección del Trabajo más reciente (Dirección Nacional del Trabajo: 2015) demuestra que esta relación de trabajo clásica sigue siendo mayoritaria dentro del universo de trabajadores asalariados, como se aprecia en el siguiente gráfico:

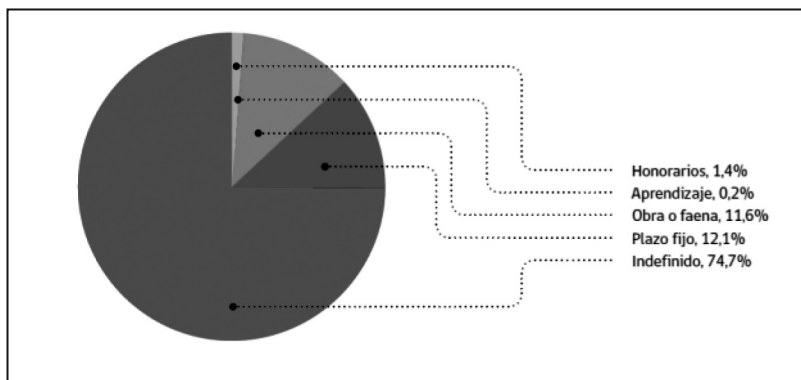


Gráfico 1: Distribución de trabajadores según contrato
Fuente: ENCLA 2014 (Dirección Nacional del Trabajo:2015)

Ha sido a este universo de trabajadores – los asalariados clásicos - al que se han aplicado las siguientes reformas incorporadas a la gobernanza del trabajo apenas iniciado el siglo XXI.

- El concepto de ciudadanía en la empresa. A través de la Ley N° 19.759 de 2001, se incorporó de forma expresa en el artículo 5° del Código del Trabajo, en los siguientes términos: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. Este precepto significó el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como “ciudadanía en la empresa”, consagrándose la eficacia horizontal de los derechos fundamentales; años más tarde se le sumaba la protección procesal indispensable para otorgar eficacia a la norma sustantiva, a través de los artículos 485 a 495 del Código del Trabajo, que establecieron el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, mediante la Ley N° 20.087 de 2008. De esta forma hoy se asegura una tutela judicial efectiva respecto de los siguientes derechos: derecho a la vida e integridad física y psíquica, derecho a la intimidad e inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, libertad de conciencia y religiosa, libertad de emitir opinión y de informar, libertad de trabajo y su libre elección, igualdad y no discriminación en el empleo, libertad sindical e indemnidad.⁷
- Regulación particular de la descentralización productiva: en el año 2006 y con la Ley N° 20.123 se incorporó al Código del Trabajo un conjunto de normas que, reconociendo esta nueva forma de operación de las empresas, estableció resguardos mínimos para asegurar el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de dar, respecto de trabajadores asalariados que se desempeñaran en un sistema de trabajo subcontratado y también en empresas de servicios transitorios. Al mismo tiempo, se establecieron importantes responsabilidades para la empresa principal en los trabajos subcontratados, y para la empresa usuaria en los servicios transitorios, en materia de seguridad y salud en el trabajo. Las normas específicas sobre esta materia se encuentran en los artículos 183 – A a 183 – AE del Código del Trabajo, que en lo sustancial siguen el modelo español⁸.

⁷La aplicación práctica de este procedimiento hecha por la Corte Suprema ha tenido algunos cuestionamientos jurídicos recientes a propósito del principio de igualdad y no discriminación, por la interpretación extensiva hecha por nuestro máximo tribunal. Véase a título ilustrativo sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 5 de agosto de 2014, en la causa “Sindicato de Trabajadores Central de Restaurantes Aramark Ltda. N°2 Faena Collahuasi con Aramark Servicios Mineros Remotos Ltda.”, disponible en www.pjud.cl

⁸Una salvedad debe hacerse en lo relacionado con la responsabilidad de la empresa principal, que en España es solidaria siempre, a diferencia del modelo chileno en que bajo ciertas condiciones es subsidiaria de la responsabilidad que cabe al contratista.

- Reconocimiento de la figura del empleador múltiple para efectos del ejercicio de derechos colectivos: asumiendo el legislador la realidad de la fragmentación empresarial, que en muchas ocasiones tiene razones de mayor eficiencia, con la Ley N° 20.760 de 2014 se estableció en el artículo 3 del Código del Trabajo que “Dos o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una dirección laboral común, y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común. / La mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados en el inciso anterior. /Las empresas que cumplan lo dispuesto en el inciso cuarto serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley, de los contratos individuales o de instrumentos colectivos.” Con esta regulación se resolvió el problema interpretativo respecto del ejercicio de derechos colectivos en figuras de multi-empleador, que la jurisprudencia judicial solo había resuelto para efectos del ejercicio de derechos individuales.

No podemos dejar de mencionar dentro de la consolidación de la gobernanza estatal del trabajo en estos primeros años del siglo XXI, el rol de los tribunales del trabajo en ciertas materias relevantes y la consolidación de la Dirección del Trabajo como ente fiscalizador del cumplimiento de normas del trabajo.

Sobre los tribunales del trabajo, es preciso destacar el rol que han tenido respecto de los criterios aplicables a las distintas modalidades de huelgas. Desde el Plan Laboral del año 1978 y hasta la fecha actual, la huelga se encuentra sin reconocimiento constitucional explícito y su regulación legal es a propósito de procesos de negociación colectiva reglada exclusivamente, a pesar de existir en los hechos múltiples formas de negociación colectiva llamadas “al margen del Código del Trabajo” y también “no regladas”. Asumiendo a la huelga como un derecho fundamental y en ausencia de normas positivas que sustenten una decisión basada en la técnica de la subsunción, ha sido reconocido el derecho a huelga como manifestación de la libertad sindical con un criterio amplio. A título ilustrativo citamos la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 23 de octubre de 2015 en la causa “*Action Line Chile S.A. con Claudio Yutronic y otro*”, Rol Reforma Laboral 1144-2015⁹.

Si bien no compartimos – como muchos – la forma discrecional en que nuestros tribunales en general resuelven conflictos jurídicos, en ocasiones contra

⁹ Véase en www.pjud.cl

ley expresa, en el tema de la huelga ciertamente debemos reconocer que han sabido superar las estrecheces normativas, introduciendo sensatez en el respeto y garantía de instituciones laborales relevantes.

En lo relacionado con la labor de la Dirección del Trabajo, es amplia puesto que dentro de su misión se comprende: velar por el cumplimiento de la legislación laboral, previsional y de seguridad y salud en el trabajo, promover el ejercicio pleno de la libertad sindical, fomentar el diálogo social, fortalecer sistemas de prevención y solución alternativa de conflictos, que permitan relaciones más justas y equitativas entre trabajadores y empleadores, contribuyendo a un sistema democrático de relaciones laborales (Dirección Nacional del Trabajo:2016).

Cuenta con 16 direcciones regionales, 85 inspecciones comunales y 5 centros de conciliación y mediación. Durante el año 2015 atendió a un 40% más de usuarios de manera presencial que en el año 2014.

Es uno de los servicios públicos más requeridos por solicitudes de acceso a la información pública por ley de transparencia. Realiza estudios laborales dentro de los que destaca la ENCLA como el de mayor envergadura, pues permite conocer cada tres años la evolución de las relaciones laborales al interior de las empresas.

Durante el año 2016 se ejecutó un proyecto modernizador con apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, que busca mejorar la operación de la Dirección del Trabajo a través de un nuevo sistema de gestión de los servicios a los usuarios, el rediseño de los procesos de fiscalización y conciliación, la consolidación y aumento de plataforma tecnológica y su integración en el proceso global de modernización del servicio.

En conclusión

La evolución de la gobernanza estatal del trabajo en Chile ha tenido un origen y evolución similares al de otros países, solo hasta la implantación del Plan Laboral en el año 1978, en que se le imprime un sello particular, marcado por libertades individuales, un modelo de negociación colectiva radicado en la empresa empleadora y un sistema previsional basado en la capitalización individual. En este contexto, la fiscalización laboral y los tribunales de justicia exhiben un grado de desarrollo que permite garantizar un efectivo cumplimiento de las normas positivas, pero dentro del marco explicado, vale decir: en cuanto se trate de relaciones de trabajo clásicas y en el particular contexto normativo en que se desenvuelven.

4. EROSIONES A LA GOBERNANZA ESTATAL ESTABLECIDA Y UNA INCIERTA RESPUESTA INSTITUCIONAL

En todos los modelos de gobernanza existen aspectos que mejorar, deficiencias técnicas y otras no tan técnicas, con detalles que no son de igual importancia y magnitud. En el caso chileno consideramos importante comentar las erosiones al sistema de regulación y control institucional que hemos descrito, referidas a la subcontratación laboral, trabajadores autónomos y trabajadores migrantes, en las relaciones individuales del trabajo; en lo colectivo, las erosiones al modelo de negociación colectiva, y en el orden previsional, las erosiones al modelo de pensiones basado en la capitalización individual. Pasemos a revisar cada una de ellas.

3.1. En derecho individual de trabajo

El sistema de subcontratación laboral implementado desde el año 2006 ha mostrado algunos inconvenientes en lo relacionado con diferencias remuneracionales. Al no establecerse como requisito desde la ley la igualdad de trato entre trabajadores directos y los subcontratados que desempeñen las mismas labores en una empresa principal, se observa una tendencia a la precarización en el empleo de estos últimos. Esta deficiencia por ahora se ha resuelto desde la responsabilidad social empresarial, con normas que las grandes empresas han incorporado dentro de los procesos de licitación de subcontratos, que exigen similares niveles remuneracionales en la situación descrita.

La situación del trabajador autónomo es más compleja de abordar. Cuenta con una escasa regulación desde la ley y ninguna supervisión institucional. En el año 2008 se contempló su incorporación al sistema previsional de AFP con la Ley N° 20.255, pero con carácter voluntario hasta ahora. La ausencia de gobernanza para este colectivo es extremadamente preocupante, porque se trata de un sistema de trabajo que va en aumento, como lo muestra el siguiente gráfico en que los autónomos o independientes aparecen destacados en color ocre. En este sistema de trabajo ciertamente el modelo clásico de gobernanza no es eficiente.

Una tercera erosión al sistema de gobernanza chileno la está generando el tema de las migraciones. Chile recibe hoy más migraciones que en el pasado, lo que percibimos en nuestro entorno diario y que aun escasamente es medido de modo científico. Uno de los pocos instrumentos que cuentan con información (Ministerio del Interior y Seguridad Pública: 2016) indica que de 83 mil migrantes en el año 1982 pasamos a tener 411 mil en el año 2014, cifra que representa el 2,3 % del total de la población; el promedio mundial fue de 3,2 % en el año 2013.

En el Código del Trabajo hay solo dos normas, los artículos 19 y 20, que se ocupan de regular el porcentaje máximo de extranjeros que es permitido en

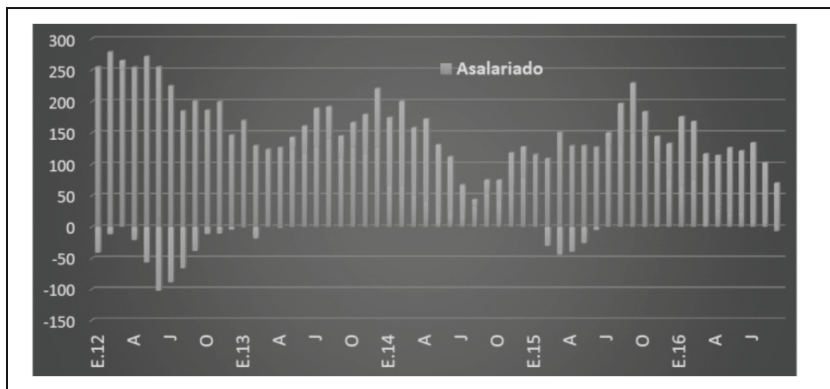


Gráfico N°2: aumento de la ocupación en miles

Fuente: Banco Central de Chile – INE, años 2012 a 2016

empresas de más de 25 trabajadores, que es del 15 %, y la forma de computar dicho porcentaje. En muchas empresas estos porcentajes no se cumplen y tampoco se sancionan.

En lo relacionado con el acceso al empleo, no existen diferencias – institucionales - entre chilenos y extranjeros, quienes pueden acceder por igual a trabajos dependientes y subordinados regulados por el Código del Trabajo, con la excepción prevista en el Decreto Ley N° 3607, al exigir la nacionalidad chilena para desempeñarse como vigilantes privados, nocheros, porteros, rondines u otras funciones similares.

Hay un mayor desarrollo normativo, pero anacrónico, dentro de las normas migratorias. El Decreto Ley N° 1094 de 1975, comúnmente llamado Ley de Extranjería, fue inspirado en la *doctrina de la seguridad nacional* y establece diversos requisitos que deben ser cumplidos para que un extranjero trabaje remuneradamente en Chile. Las normas migratorias constituyen una fuerte excepción a la consensualidad del contrato de trabajo, puesto que exigen su escrituración y firma ante notario público, además de ciertos contenidos especiales: cláusula sobre vigencia supeditada a cumplimiento de normas migratorias; cláusula de viaje del trabajador y su familia; cláusula de régimen previsional, y cláusula de retención de impuesto a la renta; en base a todo lo anterior la autoridad migratoria concede las autorizaciones de trabajo.

En materia de seguridad social hay normas especiales sobre contratación de profesionales y técnicos extranjeros en la Ley N° 18.156 de 1982, que los faculta para exceptuarse del cumplimiento de obligaciones previsionales cuando acrediten tener cobertura de seguridad social en sus países de origen, para casos

de enfermedad, invalidez, vejez y muerte. En general los trabajadores extranjeros no tienen diferencias con los trabajadores chilenos, con la salvedad anotada, y para resolver los inconvenientes que se presentan para compatibilizar regímenes financieros de reparto y de capitalización individual, Chile ha suscrito un gran número de convenios de seguridad social, tanto bilaterales como multilaterales.

De acuerdo con las normas internacionales del trabajo, y principalmente los convenios de la OIT sobre los trabajadores migrantes (núm. 97 y núm. 143), un trabajador migrante puede exigir que haya igualdad de trato en el trabajo frente a un trabajador ciudadano del país anfitrión. Sin embargo, es difícil ponerlo en práctica en los sectores u ocupaciones que se han vuelto “trabajos de migrantes”, rechazados por las poblaciones locales, donde hacer valer los derechos conlleva altos riesgos de represalias y el acceso a recursos legales es costoso (OIT: 2016, a). En Chile este fenómeno se está con frecuencia en las empresas de aseo.

Ciertamente está todo por hacer en materia migratoria, pues la globalización no se detendrá, al menos en lo relacionado con la circulación de trabajadores, y Chile requiere de una legislación y una institucionalidad laboral que proteja al trabajador migrante.

3.2. En derecho colectivo del trabajo

Por largo tiempo se ha criticado nuestro modelo de relaciones sindicales. Se dice en esa línea que Chile no tiene suficientes trabajadores sindicalizados, lo que lleva a no tener más y mejores negociaciones colectivas y que, al estar radicado el proceso en la empresa o centro de trabajo, con posibilidad de reemplazar abiertamente a los trabajadores en huelga, es el empleador quien fija en definitiva las condiciones de trabajo y remuneraciones, solo respecto de su ámbito, generando por esta vía un debilitamiento de la libertad sindical.

Además, en los últimos años este tema se ha visto desde un prisma más político, en donde han sido frecuentes las referencias a obtener a igualdad social a través de los procesos de negociación colectiva, no solo respecto de trabajadores que desempeñan similares funciones para distintos empleadores, sino que respecto de quienes son dueños de los medios de producción, vale decir, una igualdad horizontal y también vertical.

La reforma promovida en diciembre del año 2014 por el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet sobre Modernización del Sistema de Relaciones Laborales¹⁰ buscaba los ambiciosos objetivos de aumentar los niveles de negociación colectiva y por esa vía favorecer la existencia de condiciones de trabajo más igualitarias y en definitiva, igualdad social.

¹⁰ Véase Boletín 9835-13 en <http://bcn.cl>

Con enormes expectativas desde los actores sociales y casi dos años de tramitación parlamentaria, el resultado ha sido la aprobación de la Ley N°20.940, publicada en el Diario Oficial de 8 de septiembre de 2016 y con vigencia en régimen completo a contar del 1° de abril de 2017. Esta ley presenta deficiencias técnicas y jurídicas que no entraremos a detallar.

A modo general podemos señalar que ha mantenido el modelo de negociación colectiva instaurado por el Plan Laboral del año 1978, con ámbito reducido a la empresa o centro de trabajo, así como la estructura negociadora ya conocida. Su avance – si es que puede hablarse de “avance” - nos parece que ha consistido más bien en recoger algunas líneas jurisprudenciales ya asentadas, v. gr. en abuso del fuero sindical o en prácticas antisindicales.

Una de las discusiones más álgidas durante el proceso de trámite legislativo ha sido el reemplazo de trabajadores en huelga y la titularidad sindical en la negociación.

Sobre lo primero, el resultado ha sido brutal, pues a pesar de contar el Gobierno de la Presidenta Bachelet con mayoría parlamentaria en ambas cámaras del Congreso Nacional, se ha aprobado una norma que permite a la empresa principal en sistemas de trabajo descentralizado, reemplazar a un contratista cuyos trabajadores estén en huelga por otros trabajadores contratados directamente o bien por otro contratista¹¹.

Sobre lo segundo, es decir, la titularidad sindical exclusiva en la negociación colectiva, la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de mayo de 2016 (Rol N° 3016(3026)-16) derribó este objetivo, al reconocer la titularidad del derecho para negociar colectivamente a todos y cada uno de los trabajadores, es decir, como un derecho de ejercicio individual y no a partir de la organización sindical a que pertenecen, entendiendo que solo de esa forma se respeta el mencionado derecho, así como el derecho de asociarse sin permiso previo y la libertad de afiliación sindical, sobre la base del artículo 19 números 16, 15 y 19 de la Constitución Política de la República. Con ello, se reconoció el derecho de los trabajadores para negociar colectivamente, representados por una organización sindical o bien directamente como grupo negociador, también llamado “trabajadores interesados” en la terminología de la OIT.

Sin embargo, un veto presidencial de fecha 7 de mayo de 2016 no introdujo adecuaciones en las reglas del procedimiento de negociación colectiva que

¹¹ Es el nuevo artículo 306 inciso final del Código del Trabajo que establece: “La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga.”

permitieran entender de manera explícita que en ellas se comprende al grupo negociador. Por ejemplo, en materia de fueros, derecho a información, inicio de la negociación colectiva reglada y presentación del proyecto de contrato colectivo, comisión negociadora, oportunidad de presentación del proyecto, respuesta del empleador, impugnaciones y reclamaciones, derecho a suscripción del piso de la negociación, votación de la huelga, servicios mínimos y equipos de emergencia, por mencionar los institutos más relevantes del procedimiento de negociación colectiva de aplicación general. Gran problema.

Más allá de las razones técnicas que indicamos, la idea de negar la negociación colectiva a los trabajadores organizados como un grupo entra en contradicción con la finalidad declarada por la misma reforma en cuestión, en cuanto buscó promocionar este derecho; negar el acceso a negociar por no tener un procedimiento aplicable, margina de la negociación a un gran número de trabajadores que por desinterés, por decisión personal o por la razón que fuere, ha decidido no afiliarse a un sindicato.

Las cifras son claras: de acuerdo a información disponible en el Ministerio del Trabajo y Previsión Social (Huneeus, Flores y González: 2014), en el año 2013 el 21 % de los instrumentos colectivos que se firmaron fueron acordados con grupos negociadores y favorecieron al 11,5 % de trabajadores que negociaron colectivamente; los grupos firmaron 586 instrumentos, que beneficiaron a 36.830 trabajadores involucrados.

Por otra parte, Chile cuenta con niveles de sindicalización que siguen las tendencias de la OCDE, tal y como se muestra en el siguiente gráfico.

Nos parece que el tema de fondo no es la sindicalización – que no mejorará con nuevas leyes – sino la cobertura de la negociación colectiva, que por mandato constitucional está acotada al ámbito de la empresa o centro de trabajo.

Algunos actores laborales muestran experiencias interesantes de observar, como es el caso de las grandes empresas – aquellas que superan los 200 trabajadores de acuerdo al artículo 505 bis del Código del Trabajo – que negocian de acuerdo a cronogramas o protocolos acordados directamente entre los intervinientes en el proceso y al margen del Código del Trabajo, bajo la guía de un compromiso guiado por la buena fe. Otro caso es el de los trabajadores portuarios, que a pesar de las estrecheces normativas, al momento de negociar colectivamente lo hacen por área de actividad, también al margen del Código del Trabajo.

¿Qué respuestas puede ofrecer el derecho a esta problemática? Es complejo aventurar soluciones o solucionadores. La gobernanza del trabajo en lo relacionado con las relaciones colectivas de trabajo se encuentra muy debilitada.

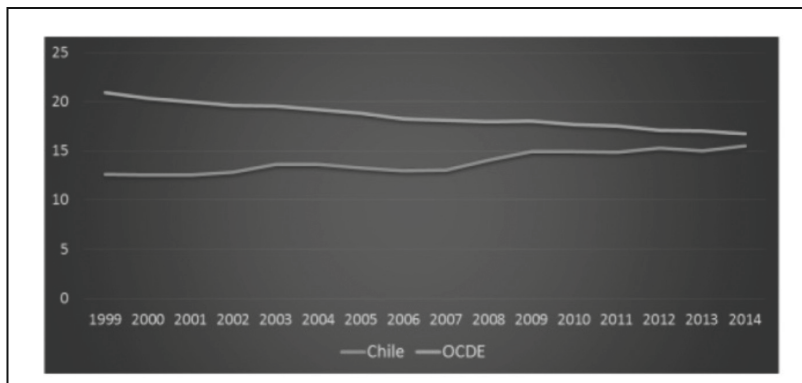


Gráfico N°3: Chile & OCDE – Tasa de sindicalización
Fuente: OCDE

3.3. En derecho de seguridad social

El sistema de pensiones establecido en el año 1980, con el Decreto Ley N°3500, basado en el sistema financiero de capitalización individual, a 25 años desde su puesta en marcha está mostrando erosiones serias.

Las prestaciones que está entregando dependen del historial de contribuciones de los afiliados. Un 50% de los pensionados entre 2007 y 2014 recibe pensiones iguales o inferiores a \$82.650, es decir, €118 aprox. (Comisión presidencial pensiones:2015). Hay una brecha importante entre los montos de pensiones de hombres y mujeres. El 50% de los pensionados recibe pensiones que como máximo, equivalen al 34% de su salario promedio de los últimos años, siendo esta su tasa de reemplazo. Para los pensionados de los años 2025 y 2035 la tasa de reemplazo se estima en 30% y para el 50% de los pensionados no superará el 37%. Estos porcentajes se encuentran por debajo de los parámetros internacionales, pues en el caso de la OCDE en promedio se observa una tasa de reemplazo de 66% para hombres y 65% para mujeres, con historiales de cotizaciones completos. En Chile se aprecia además que los cotizantes no exhiben densidades de cotizaciones superiores a 50% para el total de la población afiliada.

En conclusión

Las erosiones a la gobernanza estatal que el presente nos muestra dicen relación, por una parte, con problemáticas que no cuentan con algún tipo de regulación y que han emergido como tales también en otros países, como es el caso de los trabajadores autónomos y los trabajadores migrantes. Por otra parte, existen erosiones referidas a modelos muy propios de la cultura local, siendo el caso de las relaciones colectivas del trabajo y el sistema de pensiones basado en

la capitalización individual. Esta distinción es relevante para las observaciones finales que siguen.

4. OBSERVACIONES FINALES

La pregunta inicial sobre la necesidad de nuevas o distintas estructuras de gobernanza para regular el trabajo en forma efectiva, no tiene una única respuesta:

1. Desde luego, para relaciones de trabajo clásicas nos parece que habrán de mantenerse en Chile las estructuras actuales que en general han sido eficaces, aun cuando pueden mejorar. Reiteramos lo señalado en detalle a propósito de la justicia laboral y la Dirección Nacional del Trabajo.

Tal como plantea María de la Luz Vega (Vega: 2016, 535), la función actual de la Inspección del Trabajo debe adaptarse a las necesidades de un mundo cambiante y de necesidades heterogéneas tales como la economía informal o los efectos de la crisis económica, pero no sugiere estructuras distintas y nos parece que es lo adecuado.

2. Sobre los problemas que Chile enfrenta ahora y que carecen de gobernanza (trabajadores independientes, trabajadores migrantes), está todo por hacer y pareciera de conveniencia tomar experiencias del mundo globalizado, desde que son temas que están surgiendo en muchos países. El apoyo técnico que la OIT pueda ofrecer en este orden es invaluable.

Tal como indica Niklas Luhmann (Luhmann: 2005), en las circunstancias actuales existe solo un sistema social, que denomina la sociedad del mundo, en donde el sistema político mundial coloca a los Estados en una dependencia recíproca indisoluble, con una lógica obligada de prevención e intervención.

En el mismo sentido pero desde otro ángulo, Thomas Duve (Duve: 2014, 5) plantea que “a legal history of the globalization of law is insofar dedicated to a specific case of the constantly observable emergent reproduction of law within time and space, stretching across broad expanses of space and thus transgressing different epistemic communities of legal cultures”, de lo que se puede augurar la desaparición de las realidades nacionales no solo para efectos de observación jurídica sino también para nuevos modelos normativos a futuro. Y agrega el mismo autor que “owing to the growing globalization, deregulation, and digitization of our societies, a process of denationalizing law and justice, which delegates more and more space to the regulation of private sector, has been going on for decades” (Duve: 2014, 8), lo que podrá tener vigor respecto de situaciones nuevas que el derecho deba enfrentar, como es el caso del trabajo y las tecnologías, el trabajo on demand, el sistema uber y similares.

3. Tratándose de instituciones que registran una historia propia y además diferenciada del mundo en general, como es el modelo chileno de negociación colectiva con sus prácticas de diálogo social bipartito al margen de la gobernanza estatal, y el sistema de pensiones basado en la capitalización individual, no creemos que el camino para obtener respuestas eficaces sea la vía global; piénsese por ejemplo en las cuestiones sobre el sistema de pensiones chileno, que apenas hemos esbozado y que tienen su propia historia, componentes económicos, políticos y sociales que obedecen a una realidad particular, y que debe ser regulada del mismo modo por el ordenamiento jurídico.

Quizás en estas instituciones más complejas el diálogo social sea el camino.

5. BIBLIOGRAFÍA

Libros impresos:

1. Cifuentes Lillo, Hugo, Walker Errázuriz, Francisco y Arellano Ortiz, Pablo, *“Seguridad Social. Parte general y pensiones”*, Librotecnia, Chile, 2013, 600 páginas.
2. Luhmann, Niklas, *“El derecho de la sociedad”*, traducción de Javier Torres Navarrete, México, Herder, Universidad Iberoamericana, 2ª edición en español, 2005, 676 páginas.
3. Mardones V., Patricio, *“Evolución de la legislación laboral chilena”*, Estudios Públicos N°26, Chile, 1987, pp. 135-148.
4. Piñera Echeñique, José, *“El cascabel al gato”*, Editorial Zig-Zag, Chile, 1991, 172 páginas. Disponible en: josepinera.org
5. Thayer Arteaga, William, *“Dimensión histórica del Derecho del Trabajo”*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Chile, 2008.
6. Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio, *“Manual de Derecho del Trabajo”*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 6ª edición actualizada, 2015, pp. 27-30, 187-197.
7. Vega Ruiz, María de la Luz, “Los sistemas de inspección del trabajo en el mundo, Transformaciones y retos”. EN: “La inspección del trabajo. Regulación española y perspectiva internacional”, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2016, 716 páginas.
8. Walker Errázuriz, Francisco, *“Derecho de las relaciones laborales: un derecho vivo”*, Chile, Editorial Universitaria, 1ª edición, 2003, 718 páginas.

Páginas web:

1. Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, “*Comisión presidencial pensiones. Resume ejecutivo*”, Chile, septiembre de 2015. Disponible en: <http://comision-pensiones.cl>
2. Dirección del Trabajo de Chile, 2016, “*Cuenta pública 2015*”. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/1601/articulos-109051_recurso_pdf.pdf
3. Dirección del Trabajo de Chile, 2015, “*Encuesta laboral 2014*”. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-108317_recurso_1.pdf
4. Duve, Thomas, 2014, “*Global legal history - A methodological approach*”, Max Planck Institute for European Legal History, Research paper series, N°2016-04. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2781104>
5. Ministerio de Interior y Seguridad Pública de Chile, “*Migración en Chile 2005-2014*”. Disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/02/Anuario-Estad%C3%ADstico-Nacional-Migraci%C3%B3n-en-Chile-2005-2014.pdf>
6. OIT, 2016:
 - a) “*El futuro de la oferta de mano de obra: Datos demográficos, migración y trabajo no remunerado*”. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_543158.pdf
 - b) “*Un futuro lleno de retos para las relaciones de trabajo: ¿es momento de consolidar o de buscar alternativas?*”. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_543159.pdf

Trabajos académicos inéditos:

- Huneus, C., Flores L. y González S., 2014, “*Organizaciones sindicales y negociación colectiva en Chile*”, Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Chile.