

PROTECCION DE LOS TRABAJADORES
ESTUDIO NACIONAL DE CHILE

María Ester Feres
Helia Henríquez
José Luis Ugarte

Agosto de 1999

PROTECCION DE LOS TRABAJADORES

ESTUDIO NACIONAL DE CHILE

I.- MODELO DE PROTECCION: ENFOQUE JURIDICO

1.- CONSIDERACIONES GENERALES.

- El rasgo básico de la intervención estatal que desde principios del siglo XX dio origen al derecho del trabajo tuvo una finalidad protectora del trabajador. La enorme disparidad económica entre los contratantes, y la consecuente asimetría de los poderes negociadores, dio lugar a una reacción del Estado, que intervino legislativamente la relación entre particulares, mirados como iguales bajo la concepción dogmática de la codificación civil, dando como resultado la denominada legislación social o laboral, cuyo objeto fundamental vino a ser equiparar, en el plano jurídico, a las partes de las nuevas relaciones laborales de la era industrial.

Esta finalidad de protección al Acontratante débil, sin embargo, no sólo tiene un rol en la génesis histórica del derecho del trabajo, sino que aún en la actualidad es reivindicada como la finalidad esencial del sistema jurídico laboral.

Así, en la doctrina extranjera es posible leer palabras como las de SALA FRANCO, señalando que A la doctrina y la historia del derecho del trabajo han construido hasta ahora un Derecho del Trabajo como resultado de los planteamientos de la reforma social y de tres ideas: la asimetría del contrato de arrendamiento de servicios a causa de la desigualdad económica de poder entre patronos y obreros, la intervención del Estado para la protección del contratante débil en la relación individual de t rabajo y, finalmente, la dimensión colectiva de las relaciones laborales¹, o expresiones como las de BAYLOS, en el sentido de que Ael Derecho del Trabajo se concibe como un derecho especial de los trabajadores subordinados, producto del Estado y de la autotutela de los propios trabajadores para corregir y remediar la desigualdad socioeconómica y jurídica realmente existente².

¹ SALA FRANCO. Derecho del Trabajo. Editorial tirant lo blanch. España. 1995.pp 45.pp32.

² BAYLOS A. Derecho del Trabajo: un modelo para armar. Editorial Trotta. España. 1991.

En América Latina, PLA señala que A mientras en el derecho común, una preocupación constante parece ser asegurar la paridad jurídica de los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central, parece ser la de proteger a una de las partes para lograr mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes³. En Chile, a su turno, NOVOA Y THAYER, señalan que A el derecho del trabajo parte de un supuesto fundamental: en la relación laboral, no hay una situación de igualdad, pues el trabajador es un contratante más débil y la norma laboral debe protegerlo⁴

Esta racionalidad protectora del trabajador en torno a la cual nace y se desarrolla el Derecho del Trabajo, da origen a un modelo de protección social, cuyos puntos más sobresalientes serán, entre otros, los siguientes:

a.) En el plano conceptual, el principio protector que corresponde a la denominada ratio legis, esto es, a las razones por las cuales el sistema jurídico ha escogido una regulación, y que deben convertirse en la línea directriz del derecho futuro, si se quiere mantener la fisonomía del sistema de que se trate.

Dicho principio, de carácter evidentemente político legislativo, fundado en el tópico del contratante más débil, presenta una variante adicional de carácter interpretativo o interactivo, dirigido a los órganos de aplicación del derecho, para que en su tarea interpretativa o de integración del derecho, utilicen la regla de que debe aumentarse, en los casos de duda, la protección al trabajador.

b.) Un sistema de tutelas jurídicas, esto es, de mecanismos dentro del orden jurídico laboral, que aseguran y garantizan la protección del contratante más débil, ya sea por la vía de un marco regulatorio mínimo (tutela legal), ya por la vía del control estatal de su efectiva aplicación (tutela administrativa), ya por la vía de la resolución de conflictos en sede especial (tutela judicial), o por último, por la vía de superar los mínimos de protección mediante la regulación convencional y la acción sindical (tutela colectiva).

El modelo de protección, su finalidad protectora y su sistema de tutelas jurídicas, correspondió a una forma nueva de intervención del Estado no concebida antes en la historia de las relaciones de trabajo ni en la de las relaciones jurídicas, en atención a la debilidad estructural de la posición de una de las partes.

Sin embargo, por fenómenos fundamentalmente económicos, asociados a diversas crisis económicas mundiales y a un nuevo escenario de competencia internacional, dicho modelo de protección social ha enfrentado, por una parte, un proceso de desarme y, por otra, un desbarajuste progresivo, y que se ha traducido en la eliminación o debilitación de su elemento fundamental: los mecanismos de tutela jurídica del trabajador.

³ PLA RODRIGUEZ. A. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma. Argentina. 1978.

⁴ W. THAYER Y P.NOVOA. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1997.

El desarme se ha producido por un proceso político deliberado, conocido como flexibilidad, término que parece insuficiente para expresar el debilitamiento del sistema de tutelas, ya que tiende a restringirse sólo al marco regulatorio, sin denotar la caída simultánea de todos los niveles de protección, incluyendo el de la tutela administrativa, judicial y colectiva.

En efecto, este proceso ha ido mucho más allá de la desregulación normativa, para importar un proceso global de reubicación, especialmente a través de la reducción, de las funciones de cada mecanismo tutelar, lo que en Chile se ha traducido, junto al conocido proceso de desregulación masiva, según lo denota ERMIDA⁵, en una fuerte disminución de la intensidad de la protección de cada uno de los tipos de tutela señalados, pero especialmente en la tutela sindical y colectiva.

En cuanto al desbarajuste de dicho modelo de protección, a diferencia del anterior, no parece ser un proceso directamente deliberado, sino que es el resultado de los cambios sufridos en la organización empresarial, en especial a través de los procesos de externalización funcional y de desconcentración productiva, que ha derivado en el surgimiento de nuevas figuras laborales tales como la triangulación laboral, el tiempo de trabajo fragmentado, la prestación de servicios a través de redes informáticas, etc.

De este modo, en los últimos años, el modelo de protección social sobre cuyo entorno se organizaba el Derecho del Trabajo, sufre, a parejas, un fuerte cuestionamiento, derivado de un lado de los intentos por desarmarlo, a pretexto de eliminar sus rigideces, como por otro del propósito de ajustarlo, a pretexto de responder a las nuevas realidades laborales y de organización de la actividad económica.

La lógica clásica que inspiró el diseño del sistema jurídico en lo referido a las relaciones de trabajo, conformada por una estructura binaria compuesta de dos áreas normativas (derecho civil y laboral), conceptual y empíricamente distinguibles, referidas a sujetos distintos (trabajador independiente y trabajador dependiente) y con niveles de intensidad protectora opuestos (mínima y máxima protección), y que de algún modo tendía a resolverse a favor de una de ellas, en razón de la *Avis atractiva del derecho laboral*, se ve asaltada por una nueva realidad, tanto en el plano normativo como empírico, que impone una lógica distinta: una estructura compleja y gradual, donde se multiplican las situaciones intermedias (relaciones triangulares y trabajadores autónomos en situación de subordinación), y donde los grados de protección tienden a disminuir.

Así, estos procesos de desarme y reajuste, que no han sido ni lineales ni homogéneos, ni mucho menos coherentes, han motivado que se produzca un quiebre en la tradicional realidad binaria entre trabajador protegido- trabajador desprotegido, (derecho del trabajo- derecho civil), para dar lugar a una realidad compleja y gradual donde el ámbito del trabajador protegido, acreedor de la máxima protección social ha disminuido, generándose figuras intermedias, a mitad de camino entre ambos.

2.- ESTADO DEL SISTEMA DE PROTECCION EN CHILE.

⁵ ERMIDA, O. La Flexibilidad en algunas experiencias comparadas. Universidad Nacional Andrés Bello. 1992.p 32.

El intento de conceptualización que se ha expuesto responde a la necesidad de entender la protección laboral del trabajador en forma sistémica, con distintos componentes en estrecha relación entre sí. Un sistema compuesto por una regulación legal, generalmente básica, que debe ser cautelada en su cumplimiento por el Estado (vía administrativa y jurisdiccional) y mejorada progresivamente por la generación de normas contractuales a través de la autonomía colectiva. Por lo tanto la evaluación de un sistema protector (o su validación) exige analizar la pertinencia de cada uno de sus componentes, así como la existencia y funcionamiento de los otros y de cómo se enlazan y armonizan entre sí. Es decir, los contenidos y alcances de las normas legales deben ser evaluados a partir de su eficacia y ésta no puede existir sin adecuados y eficientes mecanismos que garanticen su aplicación, como inspección laboral suficiente y judicatura laboral ágil, oportuna y al alcance de todos los que la requieran. Por otra parte, la inexistencia o la existencia de organizaciones sindicales débiles o el progresivo debilitamiento de la capacidad de representación y acción sindical incide también fuertemente en la precarización del marco protector. La movilidad laboral, como fenómeno determinante en las relaciones de empleo, que hoy se extiende progresivamente y se alza como un nuevo paradigma, así como el proceso de atomización de las unidades económicas, se reconocen como causas y efecto del debilitamiento que experimenta la autonomía colectiva.

En Chile, la apertura económica y los cambios estructurales en la economía se hacen en un régimen de facto y conllevan en forma simultánea el debilitamiento de todas las formas de tutela, respondiendo a un modelo pre-definido de desregulación del mercado de trabajo.

- a) En el ámbito de la protección legal se disminuyen fuertemente las normas estatales de protección básica a través de tres vías: - la flexibilización en materia de contratación y de despidos, - la supresión de normas protectoras sectoriales y - la generación de un estatuto común y general para el conjunto de los trabajadores que no da cuenta del proceso creciente de diversificación en las actividades económicas producto de la globalización y del ritmo acelerado del cambio tecnológico.
- b) También en el ámbito de la tutela estatal, se jibarizan y se desprofesionalizan los servicios de inspección y se reduce a una mínima expresión a la judicatura laboral.⁶
- c) En lo referente a la tutela colectiva, más allá del carácter autoritario del régimen de facto que implicó una represión a los líderes sindicales, se dictó una legislación tendiente a atomizar las organizaciones sindicales y a reducirle los espacios de acción y de protagonismo, regulándose de manera exhaustiva y restrictiva la contratación colectiva.

El modelo de desregulación descrito se mantiene en lo sustantivo hasta hoy en día, a pesar de los mejoramientos introducidos al marco regulatorio legal y a las políticas gubernativas tendientes a reforzar la acción de los órganos inspectivos en el área laboral.

⁶ La expresión más patente de este fenómeno de debilitamiento de la jurisdicción laboral correspondió a la dictación del Decreto Ley N° 3.641, de 1981, hoy derogado, que eliminó los Tribunales del Trabajo, transformándolos en civiles.

El aspecto más preocupante está referido a las relaciones colectivas de trabajo. Efectivamente, en el año 1989 la tasa de trabajadores cubiertos por negociación colectiva ascendía a 7.8%. Después de un ascenso en la cobertura a 10.2% en 1992, el porcentaje de trabajadores beneficiados por la negociación colectiva vuelve a caer beneficiando sólo a 7.3% de los ocupados. Este descenso se da también en términos absolutos: en 1990 existían 407.354 trabajadores cubiertos por negociación colectiva, en 1998 se contabilizan sólo 395.886⁷

En materia de sindicalización, la situación es similar. El año 1992 un 15.2% de los trabajadores ocupados se encontraban sindicalizados; en el año 1998 esta cifra se elevaba sólo al 11%. En términos absolutos, en dicho período bajó en 123.000 la cantidad de trabajadores organizados sindicalmente.⁸

III.- EL EMPLEO EN CHILE: LOS RASGOS MÁS GRUESOS DE SU EVOLUCIÓN EN LA ÚLTIMA DÉCADA.⁹

1.- SIGNIFICATIVA EXPANSION DE LA FUERZA DE TRABAJO Y EL EMPLEO.

A partir de 1986 - pasados los años de difícil recomposición posteriores a la crisis económica de 1981 a 1983- el mercado de trabajo muestra un comportamiento persistentemente positivo en sus aspectos fundamentales esto es, participación de la fuerza de trabajo, creación de empleo y disminución del desempleo.

Es así como, en la última década se crearon 1.136.950 nuevos empleos en el país. Si se toma como referencia el año 1986, la cifra alcanza a 1.569.450. Son éstos, sin duda, valores altos, que distinguieron a Chile de la mayor parte de los países latinoamericanos en los cuales los problemas de empleo se han arrastrado por tiempo más largo.

Sin embargo, la expansión de la ocupación no ha tenido un ritmo parejo; dependiendo casi solamente del crecimiento de la economía, ha sufrido, en consecuencia, los vaivenes correspondientes. Desde el año 1990 hasta principios de 1994 el empleo total chileno crecía al ritmo de 4.7 por ciento al año, mientras que esa tasa se redujo hasta apenas el 1.2 por ciento anual en los tres años posteriores (OIT, 1998.)¹⁰ En 1997 y 1998, años de crisis económica, el empleo creció a 1.5 y 1.0 por ciento respectivamente. En el primer quinquenio de la década que estamos analizando, esto es entre 1988 y 1993, se crearon 719.330 nuevos empleos, mientras que en los cinco años posteriores B1993-1998- la cifra fue bastante menor, de 446.620 ocupaciones.

⁷ Estadísticas de la Dirección del Trabajo. Bases para un sistema de relaciones laborales a la altura de los nuevos desafíos. Rafael Pereira. Publicación ATemas Laborales. Año 4. N.12. Mayo 1999.

⁸ Idem.

⁹ Cuando no se señala fuente específica, los datos utilizados son los de la Encuesta Nacional de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas. Gran parte de la información está recogida en el cuadro 0 en el Anexo de este trabajo.

¹⁰ O.I.T. A Chile. Crecimiento, empleo y el desafío de la justicia social. Santiago, 1998.

La ocupación femenina ha crecido a un ritmo más acelerado. A partir de 1988 se crearon 521.060 ocupaciones de mujeres y 644.890 de hombres. Esto ha significado que en 1998 Bcon relación al año 88- el empleo femenino había aumentado en 40.5 por ciento mientras que el masculino lo había hecho en 21.6.

La fuerza de trabajo, por su parte, ha crecido significativamente también y en forma regular, especialmente la femenina. La tasa de participación de las mujeres subió de 31.1 a 36.1 por ciento en la última década. Lo hizo a un ritmo persistente hasta 1994, pero luego, entre el 95 y el 97 muestra cifras algo inferiores, para elevarse bastante significativamente en 1998. El valor de este último año, de 36.1 por ciento está, sin duda, influido por la situación de depresión de la economía que impulsa a las mujeres inactivas al mercado. La participación masculina en la fuerza de trabajo también creció en la década; desde una tasa de 75 por ciento se elevó hasta el 77.8 por ciento en 1993; en los años siguientes bajó.

La participación en el empleo muestra importantes diferencias por sexo, por edad y según estrato socio económico. Este último punto, muy interesante de considerar, es medido por la Encuesta CASEN cada dos años. En 1998, la tasa de participación de las personas que pertenecen al quintil de hogares más pobres llegó al 44.5 por ciento, mientras que las de hogares del quinto quintil (los de mayor ingreso) fue de 64 por ciento. Si se analiza conjuntamente nivel de ingresos y sexo, se aprecia que la participación de los hombres en la fuerza de trabajo no varía demasiado cuando cambian de quintil: ésta va de una tasa de 69.5 a una de 77.2 por ciento. Las mujeres, en cambio se mueven entre una tasa de participación del 52.5 en el quinto quintil a una de 22.8 en el primer quintil. (Resultados Encuesta CASEN 1998).¹¹

Por edad, las variaciones de participación son bastante acentuadas. El 70 por ciento de las personas entre 30 y 44 años integra la fuerza de trabajo. En cambio, en el grupo más joven, menor de 30 años, la tasa de participación es de 24.9 por ciento. Este último, el empleo juvenil, es un problema que persiste y se reconoce su magnitud. La desocupación en este segmento ha sido permanentemente alta. La Encuesta CASEN 98 mostró una tasa de 16.7 por ciento, la que llegaba al 39.3 para los jóvenes del quintil de menores ingresos.

2.- EL DESEMPLEO EN RAPIDA CAIDA.

¹¹ MIDEPLAN. Documento N1 3: ASituación del Empleo en Chile. 1998@, Santiago, 1999.

La creación de empleo, desde la segunda mitad de los 80 fue suficientemente potente para revertir el desempleo que se arrastraba desde la crisis de los años 81- 83 y absorber el incremento que año a año experimentaba la fuerza de trabajo, además obviamente, de la tasa de crecimiento de la población que alcanzó al 1.5 anual en este período. En efecto, uno de los logros de mayor impacto en la década ha sido el descenso del desempleo: desde valores en torno al 20 por ciento a comienzos de los 80, ya había descendido al 10.4 en 1986 y, luego, al 7.1 en 1989. En los años siguientes, la tasa de desempleo se mantuvo relativamente constante, experimentando una nueva bajada fuerte en los años 96 y 97, cuando llegó a su punto más bajo, de 5.3 por ciento. Subió abruptamente, en casi dos puntos el año 1998.

El desempleo ha tenido siempre valores distintos para hombres y para mujeres. Esta brecha, que no fue menor; fluctuó durante gran parte del período entre 3.4 y 5.8 puntos de diferencia, se ha reducido a menos de 2 puntos en los años recientes, del 96 al 98.

En materia de desempleo los números agregados o promedios pueden ser engañosos. Sin duda que un menor desempleo aparece como una mejoría en el acceso al mercado laboral, pero, obviamente, nada dice de la calidad de los empleos: También podría reflejar una mayor proporción de empleos malos.... Adicionalmente hay una apreciable diferencia entre la tasa de desempleo agregada y aquella por sexo y edad. (OIT, 1998, op. cit.).

A modo de ejemplo, la Encuesta CASEN de 1998 recientemente dada a conocer, señala tasas de desempleo de 9.1 por ciento para los hombres y 11.7 por ciento para las mujeres. Para las mujeres de menor ingreso el desempleo sube a 36.2 por ciento.

3.- EL EMPLEO EN LAS DIFERENTES RAMAS DE LA ECONOMIA.

Las proporciones del empleo en general no cambian.

El sector de los servicios (sociales, personales y comunales) es aquél en que se concentra la mayor proporción de empleo en los últimos 10 años, aun cuando su peso en el empleo total ha venido bajando un tanto: mientras en 1986 absorbía al 31.6 % de la ocupación, en 1993 llegó al 24.3 por ciento. Sin embargo, desde entonces ha subido, situándose en el 26.0 por ciento en 1998. Los servicios financieros, en cambio, han experimentado un constante aumento, pero el número de los empleados en este sector no es muy significativo. Se ha movido entre el 4.0 por ciento en 1986 al 7.5 en 1998.

De las otras ramas del sector terciario, el comercio ha mantenido una similar proporción del empleo, entre el 17 y el 18 por ciento (18.5 en 1998). El transporte tampoco ha experimentado cambios apreciables, ya que constantemente ha empleado a alrededor del 7 por ciento del total de ocupados.

En el sector primario, ha disminuido el empleo en la agricultura en proporción relativamente apreciable: del 20.5 por ciento en 1988 al 14.4 en 1998. Igualmente, la minería ha venido

perdiendo empleos: del 2 por ciento de la ocupación que absorbía en 1988, bajó al 1.5 por ciento en 1998.

En el sector secundario, la industria manufacturera ha mantenido su peso en el empleo, un poco sobre el 16 por ciento; sin embargo, en 1998 bajó al 15 por ciento. La construcción, sector enormemente sensible a los vaivenes de la economía, se ha beneficiado de la expansión del período: mientras en 1986 absorbía al 4.8 por ciento de la ocupación; en 1993 alcanzaba al 8.3 y, aunque bajó un poco en los años siguientes, en 1998 todavía llegaba al 8.2 por ciento.

Las preocupaciones principales se ocasionan en torno al comportamiento de la industria y la agricultura y más recientemente en la construcción. En la primera, porque es, sin duda, deseable un mayor dinamismo ya que este sector atendería que jugar un papel clave en la llamada segunda ola exportadora que consiste en exportar productos con mayor valor agregado (OIT, 1998, op. cit.). La agricultura, por su parte es el sector que más ha bajado proporcionalmente e, incluso ha perdido empleo a lo que refleja los desafíos particularmente exigentes de reconversión en el sector (OIT, 1998). Ante el desarrollo de la crisis económica actual, se espera un comportamiento hacia la baja en el sector de la construcción con el consiguiente perjuicio de trabajadores que son muy poco calificados.

4.- UN PAIS DE ASALARIADOS.

La composición del empleo por categoría ocupacional no ha experimentado grandes cambios. Lo primero a destacar es que la estructura del empleo ha mantenido y consolidado su formalización en la medida en que el asalariado ha seguido siendo claramente la forma mayoritaria de inserción ocupacional y ha continuado mostrando un alto dinamismo. Conjuntamente con ello, han perdido peso las categorías de personal de servicio y de familiares no remunerados. Estos últimos son una cantidad relativamente pequeña que ha disminuido incluso en números absolutos de 183.100, en 1988 a 129.080 en 1998; actualmente constituyen el 2.4 por ciento de los ocupados. El personal de servicio, por su parte, viene disminuyendo proporcional y nominalmente a partir de 1988. Sin embargo, el año 98 revirtieron en parte la disminución y volvieron a un número similar al de 1993; alcanzaron a 270.060, lo que significa el 5.0 por ciento del empleo.

La expansión del trabajo asalariado no se ha hecho a expensas del trabajo independiente. Como se verá más adelante, la categoría de cuenta propia ha aumentado ligeramente su peso y estos trabajadores se han multiplicado de manera importante, también. De manera que la creciente incorporación de nuevos contingentes al mercado de trabajo se hace tanto al empleo dependiente como al independiente.

Los trabajadores asalariados constituyeron el 64.2 por ciento del empleo en 1998., Las variaciones en la década no han sido mayores ya que en 1988 el peso de este sector era de 62.1, subiendo persistentemente hasta 1997, año en que el 65.4 por ciento de los ocupados

era asalariado. Sólo en 1998 la situación cambió ya que la disminución proporcional de este año significó también una baja nominal perdiéndose 27.730 empleos asalariados. En el total del período 88-98 se crearon 839.030 puestos de trabajo asalariados.

La multiplicación del trabajo asalariado ha tenido lugar para hombres y para mujeres. Para estas últimas ha sido, incluso, más intenso. En 1988 las mujeres asalariadas constituían el 50.9 por ciento de todas las ocupadas y esta proporción había subido al 58 por ciento en 1998. Para los hombres el aumento fue menor, de 66.9 a 67.3 por ciento entre estos años.

Como suele señalarse, la existencia de un amplio contingente de trabajadores asalariados no asegura buenas condiciones laborales ni cumplimiento de la normativa protectora. Por el contrario, se ha acumulado evidencia en el país que da cuenta de diversos grados de precarización del empleo dependiente, favorecida ésta por las ambigüedades legales o por la lisa y llana desprotección que ha resultado de la ofensiva de desregulación que se ha vivido. Asimismo, las serias debilidades de organización que viven los trabajadores hace difícil el mejoramiento de la calidad del empleo. Este es uno de los temas que más preocupación viene suscitando.

IV.- TRABAJO SUBORDINADO O DEPENDIENTE

1.- NOCIONES BASICAS.

-La relación laboral regulada por la legislación laboral, objeto de la máxima protección legal, solo puede tener por origen un contrato individual de trabajo, en los términos en que se encuentra definido en el artículo 7 del Código del ramo:

El contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

La noción de empleador viene determinada por la definición legal del artículo 3 del Código del Trabajo, que entiende como tal a la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo.

Sobre el concepto de empleador, la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo ha destacado que su nota esencial corresponde al ejercicio de la facultad de mando, cuestión que debe determinarse en los hechos efectivos, más que en las declaraciones formales o documentales de las partes. Así, por ejemplo, en dictamen N° 288/020 de 17.01.94, dicho órgano de administración laboral señala que el legislador sólo ha considerado como empleador a quien utiliza los servicios del trabajador, esto es, quien es, respecto del trabajador, la contrapartida efectiva o práctica de la relación laboral.

Es más, profundizando la línea anterior, la Dirección del Trabajo ha propuesto una determinación del contenido de dicha facultad de mando que distinga al empleador, y ha señalado en dictamen N° 6048/277, de 17.10.94, que corresponde al empleador la dirección, orientación y estructuración de la empresa organizando el trabajo en sus múltiples aspectos: económico, técnico, personal, etc., lo que se traduce en una facultad de mando esencialmente funcional, para los efectos de que la empresa cumpla con sus fines.

-La noción de trabajador esta determinada en el artículo 3, letra b.) del Código del Trabajo que señala como tal a toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo.

De esta definición es posible deducir fácilmente los elementos que componen la figura del trabajador: una persona natural, deudora de servicios intelectuales o materiales, en situación de dependencia o subordinación, ligada en virtud de un contrato de trabajo.

Esta definición es la común de la figura del trabajador, ya que a partir de ella como base, nuestra legislación laboral admite algunas figuras especiales de trabajadores, a saber: el trabajador agrícola, trabajador portuario, trabajador de casa particular, trabajador aprendiz, etc.

Este concepto legal de trabajador, tal como lo destacan THAYER y NOVOA, es sensiblemente más restringida que la noción socioeconómica amplia, que mira como trabajador a toda persona que realiza una actividad productiva¹², quedando de antemano todos los casos en que no se den los elementos señalados, fuera del alcance de la noción jurídica protectora de trabajador del derecho del trabajo.

- La relación laboral objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo tiene como signos distintos a sus elementos constitutivos, esto es, a aquellos elementos que señalados en la definición ya citada del contrato de trabajo del artículo 7 del Código del Trabajo, dan origen con su concurrencia a la relación de servicios, a saber: personalidad, ajenidad, subordinación y remuneración.

Lo anterior ha sido reconocido no solo normativa y doctrinariamente, sino que expresamente los Tribunales de Justicia han señalado que de la definición del Código sobre contrato de trabajo, tenemos que los elementos que lo componen son: las partes de la relación laboral, la prestación de servicios, la remuneración y la subordinación (Corte Suprema, 29.05.91, causa rol 110-91).

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda que tanto la judicatura como la administración laboral han puesto acento al momento de calificar la existencia de una relación laboral en el elemento de la subordinación, la que ha sido considerada en no pocas ocasiones, como se verá en los puntos siguientes, no solo un elemento indiciario de un contrato de trabajo, sino como una condición necesaria y suficiente de su existencia.

¹² W. THAYER y P. NOVOA. Manual del Derecho del Trabajo. Editorial Jurídica. Chile. Tomo III. p 95.

Así, por lo demás, es posible leerlo en fallos judiciales donde se encuentran párrafos como los siguientes:

A Son elementos propios de un contrato de trabajo recibir instrucciones y órdenes precisas, cumplir un horario, dar cuenta de la labor realizada, recibir una remuneración mensual, gozar de vacaciones, encontrarse sujeto a la prohibición de emplear productos de su actividad para otras labores y recibir amonestaciones.

ALas pruebas que se analizan y aprecian según la sana crítica demuestran que el demandante, fotógrafo profesional, que se desempeñaba sin contrato escrito y se remuneraba por honorarios, estaba unido a su contraparte por un contrato de trabajo, no obstante que existía un convenio de prestación de servicios a honorarios@

(Corte Suprema, 29.09.92, rol N1 7336).

APara que exista una relación que tenga calidad de vínculo jurídico laboral es menester que exista prestación de servicios personales, una retribución por tales servicios y subordinación y dependencia respecto de quien se obliga a prestar los servicios@

Concurriendo estos requisitos no importa que las partes hayan calificado su contrato como de Asociación de trabajo@, ni menos obsta a tal conclusión el hecho de que la forma de retribución convenida entre las partes está relacionada con las utilidades del negocio o empresa@

(Corte Suprema, 23.04.85, Rol 7093).

2.- PRESUNCIONES Y MECANISMOS DE PRUEBA.

El contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 9 de la ley laboral de Chile, es de carácter consensual, lo que significa, según señala LOPEZ SANTAMARIA, que para su A formación basta el consentimiento de las partes, sin que sea preciso cumplir con formalidades ad solemnitatem@. (Los Contratos. Editorial Jurídica de Chile. p 91).

De este modo, como no se exige formalidad alguna para su celebración, la sola concurrencia de hechos que indiquen la presencia de los elementos propios de un contrato de trabajo, esto es, la personalidad de los servicios, la subordinación y la remuneración, debe ser considerado como suficiente para la calificación de dicho vínculo como de naturaleza laboral, convirtiéndola de iure en objeto de la protección legal.

La idea anterior, de la consensualidad del contrato de trabajo, es el fundamento del instituto jurídico del artículo 8 del Código del Trabajo:

A Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo@

Si bien la doctrina ha visto en este artículo una presunción, atendido la literalidad de la norma legal transcrita, en rigor, conceptualmente hablando no hay aquí tal presunción, ya que no se trata de un mecanismo de prueba para pasar de un hecho conocido (concurrencia de los elementos de personalidad, subordinación, etc), a un hecho desconocido (la relación laboral), de modo tal que se invierta la carga de la prueba, en este caso en perjuicio del empleador, sino cosa distinta, dicha norma no hace sino que reforzar la idea del artículo anterior en el sentido de que verificado los elementos de una relación laboral, debe entenderse, no presumirse, la existencia de un contrato de trabajo.

3.- TENDENCIAS DE ENCUBRIMIENTO.

En estricto sentido el fenómeno del@encubrimiento@ significa aplicarle a una relación jurídica determinada Ben este caso de carácter laboral- una figura contractual diversa. Pero, persigue también, en el objeto de este estudio, la identificación de los diversos mecanismos utilizados para producir fraude a la ley laboral. Es por ello, que en los antecedentes cuantitativos se hará referencia indistintamente a ambas situaciones.

a.) aspectos cuantitativos

La medición cuantitativa del fenómeno del encubrimiento de las relaciones laborales en Chile y del fraude a la legislación laboral, es difícil, ya que no existen mecanismos específicos de detección de los mismos. Sin embargo, a partir de ciertos instrumentos estadísticos es posible obtener algunas aproximaciones.

La Encuesta Nacional de Hogares destinada a medir ingreso (Encuesta CASEN) determinó para el año 1996 que 23.9% de las personas que trabajaban en forma asalariada no tenían contrato escrito de trabajo, siendo éste, como ya se señaló, una obligación legal. A un porcentaje similar, sin poder determinar si se trataba de las mismas personas, no se les respetaba la obligación de los pagos a la seguridad social. La práctica de los servicios fiscalizadores demuestra que la no escrituración del contrato de trabajo coincide con intentos de fraude de parte importante de la legislación protectora.

Una nueva aplicación de la encuesta de hogares fue realizada en el mes de Noviembre de 1998, cuando el país comenzaba una crisis económica de carácter recesivo, lo que puede haber incidido en el fenómeno en cuestión. En ese momento se registró un 24.7% de trabajadores que se declararon asalariados y no tenían contrato escrito.

La cifras del año 1996 permitían también identificar los grupos de asalariados más afectados, siendo ellos los trabajadores de pequeña y micro empresas, los que

desempeñaban tareas de temporada y los ocupados en servicios generales y en el empleo doméstico. En las tres últimas categorías hay un fuerte componente de empleo femenino.¹³

¹³ Mayores antecedentes estadísticos se entregan y analizan en la sección sobre trabajadores por cuenta propia.

Otra fuente sobre la materia, más especializada, la única que aborda el tema de las formas de contratación laboral y civil dentro de las empresas, es la denominada Encuesta Laboral (ENCLA), elaborada y aplicada por la Dirección del Trabajo en el año 1998.

Dicha encuesta efectuada a 1.241 empresas formales, de distintos tamaños y rubros, aborda dentro de su capítulo II el tema de la fuerza de trabajo y flexibilidad. Los resultados de las preguntas que dicen relación con la presencia de contratos civiles en los centros de trabajo, señalan:

- En lo referido a la calidad jurídica del personal dentro de las empresas, la ENCLA arroja como resultado que el 1.6 por ciento tiene vínculo civil, mientras que el 98.4 por ciento tiene un vínculo laboral.
- En lo referido a los tipos de contrato según tamaño de la empresa, la ENCLA arroja como resultado que la micro empresa mantiene un 6.6 por ciento de su personal con vínculos civiles, la pequeña empresa tiene a un 4.3 por ciento con contratos civiles, la mediana empresa a un 2.9 por ciento con relación civil y la gran empresa solo a un 1.2 por ciento con igual vínculo.
- En cuanto a la presencia de contratos civiles en los distintos sectores de actividad económica, la ENCLA entrega como resultados los siguientes: en el rubro servicios la presencia de vínculos civiles alcanza al 5.7 por ciento, en el transporte al 2.9 por ciento, en el área financiera y electricidad al 1.8 por ciento, en la industria a un 1.5 por ciento, en la construcción a un 1.4 por ciento, en el comercio y la agricultura el 1.0 por ciento y finalmente en el área minera en donde no se registran contratos civiles.

Las cifras anteriores son las únicas disponibles en Chile que digan relación con el fenómeno de los contratos civiles dentro de las empresas formales, sin perjuicio de que deben ser vistas a la luz de una consideración básica: ellas expresan la presencia de los vínculos civiles al interior de las empresas, pero no reflejan directamente el fenómeno del encubrimiento de la relación de trabajo, cuestión que requiere de un juicio cualitativo que escape de una medición de la naturaleza de la ENCLA.

En ese sentido, de estas cifras sólo es posible efectuar algunas consideraciones provisionales: en primer lugar, la presencia de vínculos civiles es inversamente proporcional al tamaño de la empresa, lo que demuestra que la gran empresa es la proveedora de los trabajos estables y menos precarios, mientras que la micro y pequeña empresa recurre con mayor frecuencia a figuras no laborales para obtener mano de obra, y en ese sentido, sería en las relaciones jurídicas que estas empresas constituyen en donde se encontraría el mayor nivel de uso de técnicas de encubrimiento laboral.

En segundo lugar, el promedio global de utilización de contratos civiles en la empresa, que corresponde al 1.6 por ciento del total de trabajadores, no representa un nivel alto e intenso de utilización de dichas figuras contractuales, lo que da a entender que tampoco lo sería el recurso al encubrimiento laboral, que sólo corresponde a una parte de la contratación civil: la fraudulenta.

Sin embargo, otra fuente importante de información, referida particularmente al fraude de ley, está constituida por las acciones de fiscalización que realiza la Dirección del Trabajo. Si bien no existen antecedentes cuantitativos precisos por no contarse todavía con una base de datos informatizada, la experiencia demuestra que existe una cantidad apreciable de empresas no capturadas en la muestra de la ENCLA por no estar éstas formalizadas como tales y que son prestadoras de servicio de las empresas formales, en las cuales el fraude a la legislación laboral es significativo. En estos casos, la principal dificultad que permite la desprotección laboral está en la falta de adecuados mecanismos de control. El personal involucrado en estas situaciones es de baja calificación profesional y con remuneraciones menores o iguales al salario mínimo legal, todo lo que permite su fácil reemplazo acrecentando fuertemente la inestabilidad en el empleo. La sindicalización en estos sectores es también mínima.

Otra situación a destacar es la que se produce en el sector agrícola, en particular en la actividad agro-industrial. La acción fiscalizadora ha detectado la práctica de permitir el ingreso a los predios de personal no contratado, el que lo hace en calidad de amigo o pariente de los trabajadores y con las cuales el empleador desconoce relación laboral. Se explica que los asalariados contratados, los que perciben remuneración en base a su rendimiento, llevan estas personas para que les ayuden a realizar su labor. De ahí la denominación de ayudistas que reciben los trabajadores no formalmente contratados.¹⁴

b.) aspectos cualitativos:

Como ya se señalara, el encubrimiento de una relación laboral importa la superposición de una figura contractual de signo no laboral, por sobre la relación efectiva de trabajo, con el fin de esconder o mantener oculta esta última, eludiendo la aplicación del régimen tuitivo del derecho del trabajo.

La ventaja de la conducta de encubrimiento es evidente para el empleador, y consiste en trasladar el desarrollo de la relación jurídica fuera del ámbito protector del derecho laboral, y llevarlo a áreas de mayor benevolencia en la intensidad de la protección social.

El encubrimiento corresponde, también, en rigor, a un fraude a la ley laboral, esto es, al incumplimiento de una norma o principio laboral imperativo, mediante una conducta externa formalmente acorde con otra norma legal de cobertura que oculta o disimula la elusión de aquella.

¹⁴ Se desconoce la magnitud de este fenómeno. Sin embargo existen diferentes manifestaciones de reconocimiento expreso de la situación descrita. El caso más reciente es el de una de las Mutuales de Seguridad, la que en virtud de un accidente laboral de trayecto se negó a cubrir con el seguro a los trabajadores accidentados aduciendo que éstos estaban realizando labores en calidad de ayudistas de los temporeros. (Recurso de Protección Mutua de Seguridad de la Cámara Chilena de la Construcción contra Dirección del Trabajo. Corte de Apelaciones de Temuco del 04.03.1999). Lo que se pretende en estos casos es otorgarle la calidad de empleador a los trabajadores asalariados del predio. Ver también lo que se señala en las relaciones triangulares en la agricultura.

En ese sentido, y dentro del tema del encubrimiento, un caso paradigmático de fraude a la ley laboral corresponde al empleo de la simulación relativa del contrato de trabajo, en cuyo caso bajo la apariencia de un contrato civil o comercial, amparado en una norma de cobertura de las respectivas legislaciones de fondo (Código Civil o de Comercio), se busca eludir la aplicación de la norma defraudada de naturaleza laboral, especialmente la contenida en el artículo 7 del Código del Trabajo que estatuye los elementos del contrato de trabajo.

Precisamente, la simulación relativa del contrato de trabajo corresponde a la forma utilizada en Chile para el encubrimiento de las relaciones de trabajo, en especial a través de la cobertura de un específico contrato civil conocido como Arrendamiento de servicios.

El contrato de prestación de servicios, corresponde técnicamente en nuestra legislación civil, al denominado de Arrendamiento, y admite dos versiones: arrendamiento para la confección de una obra material (artículos 1996 al 2005 del Código Civil) o arrendamiento de servicios inmateriales (artículos 2006 al 2012 del Código Civil), según el objeto de la obligación del arrendador: en el primer caso, se trata de confeccionar una obra en materiales ajenos, en el segundo, de prestar servicios inmateriales.

Ahora, en muchas situaciones, sin embargo, las partes acuerdan, en ejercicio de la autonomía de la voluntad reconocida por nuestro orden jurídico privado, la celebración de contratos atípicos, cuyo diseño no ha sido determinado por la ley sino por las propias partes, que suelen denominar a esta figura de un modo genérico como un contrato de honorarios.¹⁵

Dicho contrato de honorarios, como cualquier otro civil, entrega la determinación de su contenido a la libre voluntad de las partes, con el solo límite que no vulnere el orden público, la ley o las buenas costumbres.

4.- MECANISMOS DE DESTRUCCION DEL ENCUBRIMIENTO.

Como señalamos anteriormente, el encubrimiento del contrato de trabajo importa un fraude a la ley laboral, y en especial, un descenso en los niveles de protección que el trabajador puede exigir a su contraparte, cuestión que provoca que los ordenamientos jurídicos dispongan de algunos mecanismos para que los afectados y los órganos de administración del trabajo puedan desbaratar el intento defraudatorio.

En Chile, dichos mecanismos permiten al afectado destruir o dejar al descubierto la relación laboral en caso de encubrimiento, y son básicamente los siguientes:

a.) Reclamación administrativa:

¹⁵ Según antecedentes del Servicio de Impuestos Internos, en las declaraciones de impuestos del año 1999, 700.000 personas declararon haber percibido ingresos por concepto de honorarios. Aquí habría que preguntarse cuántas de ellas tienen efectivamente una relación de trabajo.

La ley faculta a la Administración del Trabajo para fiscalizar la legislación laboral, la que ha sido definida por el artículo 1 del Código del Trabajo, como la que rige las relaciones entre empleador y trabajador.

De este modo, un elemento imprescindible de la actuación de la Inspección del Trabajo, corresponde a la calificación de una determinada prestación de servicios como laboral.

Para dicha calificación, que puede operar de oficio o a petición del interesado, la Dirección del Trabajo exige las nociones clásicas del contrato de trabajo, según ya se revisó anteriormente, y la calificación puede producirse en dos situaciones de hecho distintas:

-acción fiscalizadora: los inspectores del trabajo están facultados para visitar cualquier lugar donde se presten servicios laborales y multar las infracciones que constaten (artículo 477 Código del Trabajo).

De este modo, si un fiscalizador en una visita inspectiva constata la existencia de un vínculo en que concurren todos los elementos ya señalados de la relación laboral, aún cuando el empleador niegue tal circunstancia, alegando que se trata de una figura civil o comercial, el inspector debe cursar la sanción de multa correspondiente por infracción al artículo 9 del Código del Trabajo, esto es, no haber cumplido con el deber de escriturar el contrato de trabajo respectivo.

-acción interpretativa: la ley otorga a la Dirección del Trabajo la facultad de interpretar la legislación laboral (artículo 5 del D.F.L N° 2 de 1967), de modo tal, que en ejercicio de dicha función el órgano administrativo genera jurisprudencia de carácter vinculante y obligatoria para sus funcionarios, la que debe ser aplicada en la tarea de fiscalización laboral.

En el ejercicio de la función interpretativa, la Dirección del Trabajo puede, frente a antecedentes de hecho provenientes de sus fiscalizadores, determinar la existencia de vínculos de subordinación y dependencia laboral, evitando en ocasiones que se encubran relaciones laborales con figuras civiles o de similar naturaleza.

Un típico caso del ejercicio de esta función corresponde a la emisión de dictámenes que, ante evidencia de hecho proporcionada por informes de fiscalización, determinen la existencia de una relación laboral, como por ejemplo el dictamen N° 2448-115, del 25.04.1994, que señala lo siguiente:

A Del análisis de los informes de fiscalización transcritos en párrafos precedentes, posible es sostener que, en la especie, existe una jornada semanal, un horario fijo de trabajo, supervigilancia superior inmediata por parte del concesionario del servicio de parquímetro en el desempeño de las funciones del personal de que se trata, obligación de sujetarse a controles e instrucciones por parte de la empresa concesionaria, etc., manifestaciones concretas del vínculo de subordinación y dependencia, que se ha señalado como característico de la relación laboral@.

A De esta manera, entonces, de acuerdo a lo expuesto en los acapites que anteceden, preciso resulta convenir que la relación jurídica que une al personal a que se refiere la consulta con la Empresa A Parquímetros S.A@, concesionaria de las Ilustres Municipalidades de Santiago y Providencia, constituye un contrato de trabajo, toda vez que aparece como una prestación personal de servicios realizada en condiciones de subordinación y dependencia@.

La calificación administrativa, sin embargo, tiene dos limitaciones:

1.) Sólo puede operar cuando la relación de prestación de los servicios no ha sido registrada por escrito por las partes, mediante un documento de carácter no laboral, comúnmente un contrato de prestación de servicios civil, ya que en dicho caso, aún ante evidencia de la presencia de elementos de la relación laboral, en una opinión mayoritaria de la judicatura, no corresponderá que el órgano administrativo califique la naturaleza jurídica del contrato.

En ese sentido no es difícil encontrar fallos como los siguientes:

A La Dirección del Trabajo carece de atribuciones para calificar o interpretar la naturaleza de la relación jurídica que vincula a las partes de un contrato que atribuyen a éste una significación distinta de la índole laboral, aún cuando su ley orgánica le confiere, entre otras funciones, la fiscalización de la aplicación de la legislación y la resolución de conflictos del trabajo@ (Corte de Apelaciones de Santiago, 02.04.1991, Rol 101/90).

2.) La calificación del órgano administrativo es susceptible de ser revisada por los órganos judiciales, quienes en definitiva y con toda amplitud determinarán la existencia de vínculo laboral subordinado.

b.) La vía judicial:

La forma más idónea y amplia, atendido su carácter definitivo e inalterable a resulta de la cosa juzgada, para destruir las figuras de encubrimiento ya señaladas, es el recurso a la vía judicial.

La vía judicial, la que se pone en marcha comúnmente por una demanda de despido injustificado¹⁶, reconoce en el Tribunal respectivo el más amplio poder jurisdiccional para determinar la existencia de un vínculo laboral, y descartar cualquier intento fraudulento de alguna de las partes.

¹⁶ El acceso de los trabajadores a la instancia judicial se produce en en el país, casi exclusivamente con ocasión del término de la relación laboral.

En dicho sentido, los Tribunales, tanto en la primera instancia como en la apelación, han sido explícitos en aplicar dos nociones claves para destruir el encubrimiento por interposición de figuras civiles: la consensualidad del contrato de trabajo y el principio de primacía de la realidad.

Así, en aplicación de estas ideas, la Corte Suprema ha señalado expresamente:

A Entre los principios imperantes en materia de derecho del trabajo, y que sirven de inspiración al derecho positivo en esta rama, se encuentra el de primacía de la realidad que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos (Los Principios del Derecho del Trabajo. Amerigo Pla R.)@

Corte Suprema, rol N° 21950, 16.03.87.

A La calificación jurídica del citado contrato innominado@ es la de un contrato de trabajo, pues la prestación de los servicios se hacía bajo dependencia y subordinación de la empresa demandada, por cuanto sus actores debían someterse a la modalidad de trabajo impuesta por aquélla, a sus instrucciones y órdenes en forma continuada y permanente.@

ALa estipulación, contenida en una cláusula del contrato innominado@, según la cual se declara que el repartidor no es dependiente ni empleado de la Empresa de Correos de Chile, ni adquiere dicha calidad en virtud del convenio, y que realizará su labor sin vínculo de subordinación o dependencia respecto de ella, carece de todo valor, porque las cosas se califican jurídicamente, según su real naturaleza, y no conforme a lo que las partes prediquen de ella@.

Corte Suprema, rol N° 8530, 03.07.89

5.- SOLUCIONES POSIBLES NORMATIVAS AL PROBLEMA DEL ENCUBRIMIENTO..

Abordar el tema del encubrimiento implica abocarse a la práctica del fraude en su conjunto, de la cual el primero, insistimos, es una de sus manifestaciones.

Existe en las distintas realidades nacionales un debate centrado en el inminente término de las relaciones de trabajo asalariadas. Esta situación produce efectos negativos que amparan o promueven el encubrimiento de la relación laboral ampliando los estratos en situación de desprotección.

Un primer efecto, es el cuestionamiento del marco regulatorio, el que se considera obsoleto, produciéndose una cierta validación para su incumplimiento, lo que dificulta seriamente las labores inspectivas de la administración. Un segundo efecto es el de confundir el trabajo en relación de subordinación y dependencia con las formas típicas o tradicionales de trabajo asalariado, estimándose que las nuevas modalidades que éste adquiere -producto fundamentalmente de las nuevas tecnologías-, lo afectan en su esencia. Ambas consideraciones se traducen en una falsa conclusión: la pérdida de vigencia del sindicalismo

en cuanto éste expresa formas de organización propia de la sociedad industrial y sin sentido ni futuro en la era de la globalización.

Las posibles salidas al problema del fraude legal admiten considerar tres campos distintos de actuación:

a.) Una necesaria y profunda identificación de las causas del problema. La mayoría de las legislaciones han flexibilizado su normativa en materia de inicio y término de la relación laboral pero, mantienen las prescripciones del trabajo asalariado típico con muchas rigideces en el aspecto funcional. Ello implica reconocer que algunas causales de fraude están ligadas a la inadecuación de las normas legales.

Por otra parte, se ha incrementado fuertemente la participación de pequeñas y micro empresas en la actividad económica y éstas no siempre conocen ni tienen la posibilidad de acceder al conocimiento de la normativa vigente. Existe también el fraude como forma de evadir los costos laborales y ésta es quizás la causal más relevante del mismo.

b.) Propender a darle eficacia a las normas vigentes a través de un reforzamiento de las distintas formas de tutela y allí se requiere compromiso político de los gobiernos ampliando y haciendo eficaz la tutela administrativa, reforzando la acción jurisdiccional y estimulando y promoviendo en forma efectiva la sindicalización de trabajadores y de empleadores; en el caso de estos últimos es necesario preocuparse de una representación real y propia de la pequeña y micro empresa.

c.) Propender a cambios normativos que resguardando un marco tuitivo mínimo para las relaciones de trabajo subordinado (con los componentes ya analizados en el apartado 3 de este informe), admita y reconozca las nuevas modalidades que éste adquiere como producto de los avances en la era de la informatización.

La situación normativa podría considerar los siguientes aspectos:

c.1.- La mantención en el tiempo, aunque con una predominancia menor, del trabajo subordinado clásico. En estos casos las legislaciones debieran mantener sus contenidos y considerar la posibilidad de adaptación, incluso *in peius*, es decir por debajo del mínimo legal, a través de la contratación colectiva.

c.2.- Las nuevas modalidades o condiciones del trabajo subordinado que afectan particularmente los tiempos de trabajo (jornadas diarias, semanales y /o anuales y sus correspondientes tiempos de descanso, así como los horarios flexibles o móviles), el lugar donde éste se desempeña, los instrumentos con que se labora y las formas de remuneración. En estas materias parece necesaria la adecuación de las regulaciones vigentes a fin de revisar lo que no es básico y/o funcional en materia de protección, resguardando siempre la igualdad de trato del trabajo subordinado, manteniendo por lo tanto las variables sustantivas de tutela legal y colectiva.

Las protecciones legales debieran resguardar por ejemplo: tiempos máximos de trabajo (cuando exista supervisión inmediata, es decir cuando sea posible el control de jornada) tiempos mínimos de descanso semanal y anual pagados por el empleador, el pago a la seguridad social y por riesgos en el trabajo, el acceso a la capacitación, remuneraciones mínimas legales, etc. Estas normas legales podrían ser enriquecidas con otras de fuente de la autonomía individual o colectiva.

En el ámbito específico de la autonomía colectiva, el Estado debiera asumir un rol comprometido y evaluable en el tiempo, en el estímulo y promoción de la sindicalización de los trabajadores y promover también la asociatividad de pequeños y medianos empresarios, ya que la representación empleadora también está en crisis o inadecuadamente expresada por las organizaciones gremiales de las grandes empresas y conglomerados económicos.

La existencia de actores sociales organizados es un requisito de la esencia de un sistema democrático y equitativo de relaciones laborales, por lo tanto la responsabilidad del Estado supera con creces la sola garantía del espacio para el desarrollo de la autonomía colectiva.

V.- EL TRABAJADOR INDEPENDIENTE

1.- CONCEPTO.

En una opción bastante particular, nuestra ley laboral se ha dado el tiempo de definir normativamente el concepto de trabajador independiente, señalando que corresponde a Aaquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia@artículo 3 del Código del Trabajo).

Lo peculiar de esta noción de trabajador independiente es que sea la propia ley laboral la que construya a partir, precisamente, de la idea de la no laboralidad el concepto de trabajador independiente, ya que corresponde al sujeto que no tiene vínculo laboral alguno, ni desde el punto de vista activo (como empleador), ni desde el punto de vista pasivo (como trabajador)

La peculiaridad de la no laboralidad del trabajador independiente se traduce en una cuestión algo paradójica: salvo darse la tarea de definirlo, la ley laboral chilena no se ocupa en absoluto de dichos trabajadores, expulsándolos de modo implícito de cualquier disposición tuitiva del Derecho del Trabajo vigente.

De este modo, y quizás con un fin excesivamente didáctico, la ley laboral distingue explícitamente a los trabajadores dependientes, incorporados de lleno al régimen tutelar del Derecho del Trabajo, de los trabajadores independientes, quienes quedan fuera de todo marco protector, salvo en el área previsional, en materia de seguridad social.

Respecto del concepto de trabajador independiente es necesario explicitar una cuestión que parece fundamental: la definición contenida en la ley laboral es extremadamente restringida, en cuanto sólo califica como tales a aquellos trabajadores que cumplan con un doble requisito: no ser dependiente, ni empleador de terceros.

De ese modo, el concepto legal laboral de trabajador independiente deja fuera a un importante fenómeno que corresponde a aquellas personas que, sin tener la calidad de trabajador dependiente, se dedican autónomamente a prestar servicios en el mercado, para lo cual requieren ocasionalmente de los servicios de uno o más trabajadores a su cargo.

2.- MODALIDADES.

En Chile el trabajador independiente adopta alguna de las siguientes modalidades:

a.- Prestadores de servicios técnicos o productivos de baja calificación, dentro de los cuales destacan artesanos, maestros de gasfitería, técnicos eléctricos, etc. En este grupo, una suerte de continuadores históricos de los oficios clásicos, la prestación se regula por las necesidades de los mercados que cubre, no existe mayor control formal del Estado y sus trabajadores están exentos de los sistemas de protección social.

b.- Profesionales y oficios liberales, dentro de los que se encuentran todos aquellos que transan sus servicios calificados dentro del mercado, sin estar sujeto a empleador alguno, tales como abogados, médicos, arquitectos, ingenieros, etc.

Este grupo de trabajadores independientes tampoco presenta cobertura del sistema estatal de protección social, sin embargo, a diferencia del anterior, está en mejores condiciones de acceder a formulas privadas de aseguramiento, como por ejemplo, a través de la cotización previsional y de salud voluntaria.

c.- Empresarios individuales. En Chile al no reconocerse la figura de la empresa individual, si no se recurre a alguna forma societaria, la empresa se confunde con el empresario, sobre quien recaen directamente todas las obligaciones y cargas fiscales, laborales y previsionales que correspondan.¹⁷

Por lo anterior, esta forma de trabajar, es típica de trabajadores autónomos que han avanzado en su organización, pero cuyo tamaño no permite la utilización de formas sociales adecuadas. En este caso, se trata de trabajadores autónomos que con frecuencia tendrán la calidad de empleador respecto de un reducido grupo de trabajadores, necesarios para el funcionamiento de la empresa.¹⁸

¹⁷ El Código del Trabajo señala en su art. 3 inciso final, una definición especial de empresa para los fines laborales y de seguridad social. APara los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada@.

¹⁸ El art. 3 del C. Del Trabajo ya citado, señala igualmente que AEl empleador se considerará trabajador independiente para los efectos previsionales@.

Estos empresarios individuales están afectos a una situación especialmente desventajosa: no tiene acceso al sistema de protección social del Estado, pero deben cumplir con la regulación del trabajo única y común de la legislación laboral.

Los antecedentes estadísticos referidos a empleadores que se entregan en este informe responden con seguridad a la categoría de empresarios individuales pues como se señala más adelante son personas individuales encuestadas que reconocen tener trabajadores a su cargo.

d.- Los trabajadores a domicilio. Por expresa disposición del código laboral en su artículo 8, los servicios prestados en el propio hogar de las personas que los realizan o en un lugar elegido por ellas, sin vigilancia, ni dirección inmediata del que los contrata, no hace presumir la existencia del contrato de trabajo. Por la dificultad de probar judicialmente el vínculo de subordinación y dependencia, en los hechos éstos trabajadores engrosan el contingente de trabajadores autónomos o independientes. En un estudio recientemente realizado por la Dirección del Trabajo sobre la realidad del trabajo a domicilio en Chile, un 3.8% de las mujeres ocupadas laboran por cuenta ajena en su propio domicilio, cifra que alcanza a un 2.3% de los trabajadores varones.¹⁹

Esta situación de desprotección legal posibilita contar con una mano de obra mas barata que permite competir con bajo costo. Un caso detectado por la Dirección del Trabajo en una entrevista a una empresa que recoge un tipo de musgo llamado ESPEG y que lo exporta al Japón como abono de orquideas, permite conocer el proceso de mutación que se utiliza para transformar al personal asalariado en trabajadores independientes a domicilio.²⁰

3.- CRITERIOS QUE DEFINEN AL TRABAJADOR INDEPENDIENTE.

Si bien la ley laboral chilena explícitamente define al trabajador independiente en base a un criterio de ausencia absoluta de subordinación laboral tanto activa (titular supraordenado) como pasiva (deudor subordinado), la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, no utilizan mayormente dicha noción legal, y se le confunde con la noción de trabajador autónomo, construyendo el binomio clásico en esta materia como trabajador dependiente o subordinado y trabajador independiente o autónomo

¹⁹ A Trabajadores a Control Remoto. El trabajo a domicilio en Chile. Cuaderno de Investigación N19. Dirección del Trabajo. 1999.

²⁰ Este caso se analiza en particular en las sección sobre trabajadores independientes-dependientes.

Así, por ejemplo, en nuestra doctrina se señala que para el Derecho del Trabajo ésta es una de las clasificaciones más importantes. Es subordinado aquel que realiza una persona (trabajador), bajo la dirección, reglamentación y disciplina de otra (empleador). La subordinación referida es uno de los presupuestos esenciales del contrato de trabajo. Este trabajo, dentro del sector privado y remunerado es el eje de nuestra disciplina. Trabajo autónomo es el que realiza una persona sujeto a sus propias directivas, reglas y autodisciplina y es materia del Derecho civil y comercial.²¹

Como es fácil de advertir, nuestra comunidad laboral ocupa, como ocurre en la mayor parte del derecho comparado, un par de nociones construidas sobre la base fundamental, aunque no exclusiva, de la subordinación, de modo tal, que el trabajador independiente corresponde al autónomo, esto es, a aquel que no está sometido a poder jurídico laboral ajeno, sin ser necesario para tener dicha categoría, y de ahí la diferencia con el restringido concepto de la ley laboral chilena, que no sea titular de dicho poder respecto de otras personas.

De este modo, el concepto de trabajador independiente en Chile se construye sobre la base del criterio de la subordinación en la prestación de los servicios, y en consecuencia es tal todo aquel que presta servicios u ofrece bienes en el mercado, de manera autónoma, sin estar subordinado a tercero, y regido por las normas comunes del derecho privado.

4.- REGIMEN JURIDICO DEL TRABAJADOR INDEPENDIENTE.

La regulación que el sistema jurídico dispone para la prestación laboral independiente en Chile, se encuentra recogida en distintos cuerpos normativos, que más que constituir un todo orgánico y sistemático, son piezas esparcidas por diversos cuerpos legales.

a0) Constitución Política

La Constitución asegura a todas las personas la posibilidad de efectuar trabajos de manera autónoma e independiente, sin más sujeción que respetar las normas legales que las regulen.

En dicho sentido, dan sustento constitucional al trabajo independiente las siguientes normas del artículo 19 Constitución:

La Constitución asegura a todas las personas:

211 El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

231 La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto de aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así.

²¹ Machiavello, G. Derecho del Trabajo. Editorial Juridica. 1987, p 32.

241 El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales.

Dichas normas consideradas en su conjunto configuran un derecho subjetivo fundamental a desarrollar libremente las actividades laborativas de naturaleza autónoma e independiente que se estimen convenientes, y a no ser objeto de interferencias ilegales o arbitrarias por parte de terceros o del Estado

Lo anterior, deber ser complementado por las normas jurídicas que a nivel legal regulan la prestación de servicios independiente:

b0) Código Civil:

La legislación privada en Chile consagra ampliamente el principio de autonomía de la voluntad, de modo tal, que la prestación de servicios autónomos puede ser regulada por cualquier instrumento contractual que las partes estimen convenientes.

De esta manera, la prestación de servicios independientes puede ser regulada por las partes a través de contratos innominados, donde las condiciones y reglas de la prestación sean íntegramente establecidas por ellas. Lo común, sin embargo, es que dicha prestación de servicios se canalice por la figura del contrato de arrendamiento previsto por el Código Civil, que en Chile, por una reminiscencia histórica del vocablo romano, se le denomina en el uso común como **contrato a honorarios**.²²

El contrato de arrendamiento esta regulado en el Título XXVI, del Libro IV, del Código Civil, y se le define como **un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado** (art. 1915).

De esta definición es posible destacar dos modalidades bajo las cuales podría ubicarse la prestación de servicios independientes, excluído obviamente el arrendamiento de cosas; el contrato de arrendamiento para la ejecución de una obra material o el de servicios inmateriales.

En el caso del contrato de ejecución de obra material el objeto de la obligación del prestador de servicios es un bien con materialidad determinada, y su calificación jurídica de tal, provendrá del hecho de si quien suministró el material fue el que encargo la obra, ya que en caso de que el material sea del artífice, no sé esta frente a un arrendamiento, sino derechamente ante una compraventa.

En el caso del arrendamiento para servicios inmateriales, se debe entender por tales a aquellos en donde **predomina la inteligencia sobre la mano de obra** (art. 2006),

²² Según datos del Servicio de Impuestos Internos, en la operación renta 1999, más de 700.000 personas pagaron impuestos por recibir ingresos por concepto de **honorarios**

Ahora, cualquiera que sea la figura de arrendamiento que se utilice la regulación de la prestación de servicios independiente sólo se enmarca dentro de los criterios propios de una legislación patrimonial de tipo decimonónica, de modo tal, que no existen disposiciones de protección para el artífice o prestador del servicio.

En ese sentido, el Código Civil sólo se limita en sus disposiciones a establecer como se fija el precio en caso que las partes no lo hayan hecho (art.1997), la posibilidad de otorgarle a un tercero la facultad de fijar el precio (art.1998), la solución al problema de los riesgos de la obra material (art. 2000), el desahucio del contrato libremente (art. 2009), etc.

En ese conjunto de disposiciones preocupada de solucionar los riesgos patrimoniales del contrato, la única disposición que podría ser catalogada como de tímida protección del prestador de los servicios lo constituye el artículo 2010 que señala que A si para prestar el servicio se ha hecho mudar de residencia al que lo presta, se abonarán por la otra parte los gastos razonables de ida y vuelta@

c0) Código de Comercio

La legislación mercantil no tiene una regulación específica para la prestación de servicios del trabajador independiente, sino que ello dependerá de las figuras contractuales bajo las cuales decida hacer su actividad, y que se encuentren recogidas en el Código de Comercio.

Cabe señalar, sin embargo, que la legislación mercantil si dispone de una regulación jurídica de la actividad del comerciante considerado como persona individual.

Dicha regulación puede ser importante para el trabajador autónomo o independiente, ya que ante la falta de reconocimiento legal en Chile de la figura de la empresa unipersonal, las disposiciones aplicables a su actividad son precisamente las contempladas en el Código de Comercio para el comerciante.

Es precisamente esta falta de un estatuto de la empresa unipersonal, y su consecuente identificación y regulación con las normas comunes de los comerciantes, entendido estos como Alos que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual@ (artículo 7 del Código del Comercio), la que explica la ausencia total de mecanismos de protección del trabajador autónomo o independiente, cuya regulación se circunscribe a la capacidad para ser comerciante, las obligaciones especiales de los comerciantes tales como inscribir ciertos documentos, pagar ciertos impuestos especiales y llevar determinados libros de contabilidad, etc.

5.- PROTECCION DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES: DERECHOS Y OBLIGACIONES.

La calidad de trabajador autónomo o independiente tiene como consecuencia la exclusión del sistema de protección tuitiva establecido por el derecho del trabajo del trabajador respectivo, y en gran medida del sistema de protección previsional y de salud en el trabajo. En efecto, el artículo 8 de la ley laboral señala expresamente queAlos servicios prestados por

personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público, o aquellos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo. En consecuencia, en lo que respecta al derecho laboral, la exclusión del trabajador independiente es absoluta, ya que ninguna de las normas de protección mínima y de orden público de la legislación son aplicables a los trabajadores autónomos, quienes quedan regidos íntegramente por las normas contractuales que acuerden y en defecto, como ya se vio, a la escasa y meramente dispositiva regulación civil y mercantil.

De este modo, la regulación protectora de la ley laboral en materias tales como condiciones de empleo y remuneración, higiene y seguridad, jornada y protección por término unilateral de los servicios, es absolutamente ajena al trabajo independiente o autónomo.

Lo mismo ocurre, a su turno, en materia de derechos laborales colectivos, cuya construcción normativa tienen como supuesto el carácter dependiente de los trabajadores. Opera como una suerte de excepción a lo anterior, nada más relativa según sostendremos, la posibilidad que reconoce nuestra ley laboral, en el artículo 216 del Código del Trabajo, de la constitución de un sindicato de trabajadores independientes.

En efecto, dicho precepto legal reconoce como uno de los tipos de sindicatos que es posible constituir en Chile, al denominado sindicato de trabajadores independientes, entendido como aquel a que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno. Este reconocimiento podría verse como un paso adelante en la protección del trabajador independiente en nuestro país, sin embargo, desde el punto de vista funcional, dicho tipo de sindicato no juega ningún rol decisivo en el acceso a niveles de protección de los trabajadores autónomos, ya que carece de habilitación legal para negociar colectivamente de modo obligatorio, ni con otros particulares ni con el Estado.

No obstante el limitado rol que la ley les entrega a dichos sindicatos desde el punto de vista de ejercer acciones de conflicto colectivo para la defensa de sus intereses, en nuestro país dicha forma de asociación es bastante frecuente, e incluso, se ubica como la segunda forma de sindicato más utilizado después del sindicato de empresa.

Así, por ejemplo, en 1998, del total de sindicatos del país, el de empresa alcanzaba el 62.5 por ciento, mientras que el de trabajadores independientes, el 27.5 por ciento, superando con creces al sindicato interempresa, con un 7.1 por ciento y al de trabajadores transitorios con solo el 2.9 por ciento.²³

Asimismo, desde el año 1984 hasta 1998, la participación de los sindicatos de trabajadores independientes en el total de las organizaciones sindicales, había aumentado del 19.6 por ciento al 27.5 por ciento ya señalado.

Surge, entonces, la pregunta de cómo una forma de sindicalización que no tiene acceso legal al ejercicio de acciones colectivas en defensa de sus intereses, en particular a la negociación

²³ Memoria Sindical. Departamento de Relaciones Laborales. Dirección del Trabajo. 1998

colectiva y a la huelga, tiene una participación tan relevante en la composición del sindicalismo en Chile.

La respuesta, quizás, se encuentra en la misma exclusión del régimen tuitivo del derecho laboral de que son objeto en Chile los trabajadores autónomos, cuestión que motiva la necesidad imperiosa de asociarse para generar mecanismos de protección y respaldo autogestionados o privados (seguros de salud, seguros de vida, gestión de vivienda, etc), que garanticen la protección mínima que el Estado y el Derecho no les brindan.

En ese sentido, los denominados sindicatos de trabajadores independientes, más que un sindicato propiamente tal, representan una organización de tipo cooperativo entre personas que buscan lograr algunos objetivos sociales comunes, tales como previsión, acceso al sistema de salud, cobertura en materia de vivienda, etc.

Ahora, volviendo a la exclusión del régimen tuitivo del derecho laboral del trabajador independiente, cabe preguntarse: ¿podría el trabajador independiente intentar por la vía comercial incorporar en los contratos de prestación de servicios civiles o comerciales cláusulas de protección laboral como jornadas máximas, ingresos mínimos, indemnizaciones por término unilateral de servicios, etc.

La respuesta a esta interrogante debe ser afirmativa, ya que nada impide jurídicamente que la parte débil del contrato, preponderantemente el trabajador independiente, intente incorporar cláusulas protectoras como las señaladas. Sin embargo, es posible que dicha incorporación carezca de toda utilidad: como se trata de cláusulas de contratos no laborales, exentos del control y fiscalización de la administración del Estado, la posibilidad de su cumplimiento queda entregada a la sola autotutela del trabajador independiente y a la posibilidad de recurrir a los Tribunales de Justicia, que se presenta, en la mayoría de los casos, como excesivamente onerosa.

En materia previsional, la situación es básicamente la misma, el trabajador independiente esta fuera del sistema obligatorio de capitalización individual, y en consecuencia, en principio, no tiene derecho a las prestaciones que dicho sistema genera en materia de protección por contingencias sociales. Sin embargo, dicha exclusión no es total, ya que se permite la afiliación de trabajadores autónomos, y se establece que la primera cotización producirá su incorporación al sistema previsional.

En este último caso, según se señala en el título IX del Decreto Ley N° 3.500, que regula esta materia, el trabajador independiente cotiza voluntariamente sobre la base de cálculo de renta mensual que estime pertinente, siempre que exceda de un ingreso mínimo y sea inferior a 90 unidades de fomento, y gozará así de las mismas prestaciones previsionales que le corresponderían si fuera un trabajador dependiente.

Dicho mecanismo previsional, que permite la afiliación al sistema de ahorro a los trabajadores independientes, ha sido escasamente utilizado, según se sigue de las cifras entregadas en la materia por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Así, por ejemplo, de un total de 2.626.354 de trabajadores que cotizaron en

el mes de Abril de 1999, solo correspondía a la categoría de trabajadores independientes 66.423 trabajadores, lo que representa aproximadamente un 3 por ciento del total.

Ese reducido porcentaje, además, presenta un elemento adicional que refleja la desmedrada situación de este tipo de trabajadores en esta materia: mientras los cotizantes dependientes tuvieron en Abril de 1999 un ingreso imponible mensual promedio de \$ 276.503 pesos (US 535 dólares), la remuneración imponible de los independientes solo alcanzo el promedio de \$ 149.482 pesos (US 290 dólares). En este ultimo caso, la remuneración mensual imponible promedio de los cotizantes masculinos alcanza los 161.518 pesos (US 315 dólares), mientras que la de las cotizantes femeninas solo los 130.446 pesos (US 255 dólares).

Como es fácil de advertir, la incorporación del trabajador independiente al sistema privado de pensiones en Chile tal como lo acabamos de describir, más que corresponder a una garantía de protección social extendida al trabajador autónomo, equivale a un simple incentivo de aseguramiento privado y voluntario, que como tal, estará sujeto a la persistencia y continuidad del esfuerzo ahorrativo personal del trabajador independiente y que en consecuencia no garantiza el acceso a una pensión al alcanzarse la edad pasiva.

V.- EL EMPLEO INDEPENDIENTE EN CHILE. ALGUNOS DATOS QUE ILUSTRAN SU EVOLUCIÓN EN EL ÚLTIMO DECENIO.

1.- LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA.²⁴-

²⁴ Según el Instituto Nacional de Estadísticas, la Encuesta de Empleo utiliza la categoría de **trabajador por cuenta propia** entendiendo por tal a aquél que trabaja en forma independiente, sin depender de empleador alguno y sin tener personas a su cargo en forma remunerada. (podría tener, por tanto, familiares no remunerados que trabajen para él). Además la encuesta se realiza preguntando sobre si se trabajó a lo menos una hora en la semana anterior a ésta y la calidad en que ello se hizo.

a) Al evaluar la estructura del empleo en Chile se ha señalado como rasgo importante, el peso relativamente escaso que ha tenido el **trabajo por cuenta propia**. Efectivamente, éste ha permanecido durante toda la última década sin expansión significativa, estabilizado en cifras que no han superado el 25 por ciento del empleo total. El país ha aparecido, pues, como un caso que difiere de la mayor parte de Latinoamérica, ya que la fuerte expansión del empleo se ha basado, principalmente, en aumento de trabajo asalariado. Éste se ha movido entre el 62 y el 65 por ciento, en una dinámica que, en términos nominales, ha significado 839. 030 nuevos empleos entre 1988 y 1998. ²⁵.

b) Esta cifra importante ha oscurecido un tanto la evolución del empleo independiente. Sin embargo, éste también se ha expandido. Aunque mucho menor que las ocupaciones asalariadas, no es despreciable la cifra de nuevos empleos por cuenta propia generados en el período; éstos alcanzaron a 387. 700. El cuadro siguiente muestra el número de nuevos trabajadores por cuenta propia año a año desde 1986 y la significación porcentual que ellos han alcanzado en el conjunto de los ocupados.

EMPLEO POR CUENTA PROPIA (EPCP) 1986-1988

Año	Variación anual		Empleo cuenta propia / Empleo total
	N	%	
1986			22,8
1987	8.900	1,0	22,4

²⁵ Datos de la Encuesta de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas, que ha sido la fuente principal de la información de este capítulo.

1988	95.400	10, 0	23, 3
1989	65.700	6, 0	23, 9
1990	- 20.400	- 1, 9	23, 3
1991	36.000	3, 5	23, 7
1992	44.160	4, 1	23, 4
1993	59.390	5, 3	23, 6
1994	49.670	4, 2	24, 6
1995	1.370	0, 1	24, 5
1996	52.890	4, 3	24, 2
1997	10.960	0, 9	24, 0
1998	87.960	6, 8	25, 4

Fuente: Sobre la base de datos de la Encuesta de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

De manera que la conclusión sobre el bajo dinamismo del empleo independiente debe relativizarse un tanto. Los datos muestran, como tendencia, que el trabajo por cuenta propia ha crecido; lo ha hecho a ritmo lento pero persistentemente y, aunque levemente, ha aumentado su peso en el empleo total. Aun manteniendo la amplia distancia con el empleo asalariado, el trabajo por cuenta propia ha mostrado un ritmo de crecimiento mayor que aquél:

CRECIMIENTO EMPLEO POR CUENTA PROPIA, EMPLEO ASALARIADO Y EMPLEO TOTAL, EN PERIODOS SELECCIONADOS.

Período	ECP creados N	Crecimiento ECP %	Crecimiento Empleo total %	Crecimiento empleo asalariado %
1986- 1998	492. 000	55. 3	39, 4	42, 1
1988-	387. 700	39. 0	27. 3	31. 7

1998				
1993-1998	202. 850	17, 2	9, 0	8., 9

Fuente: Sobre la base de datos de la Encuesta de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

c) Esta tendencia se ha hecho más fuerte en los años recientes. Si separamos la década en dos quinquenios esta evolución queda más claramente en evidencia, aun cuando es posible que el segundo quinquenio esté excesivamente marcada por los dos últimos años, de crisis económica :

EMPLEO CREADO EN LA ULTIMA DECADA 1989-1998

Período	Total nuevos empleos	Nuevos empleos por cuenta propia		Nuevos ECP/ Total nuevos empleos	Nuevos empleos asalariados		Nuevos empleos asalariados/ Total nuevos empleos *.
		Total Período	promedio anual		Total Período	promedio anual	
1988-1993	719. 330	184. 850	23. 830	25. 7	552. 520	92. 340	76. 8
1993-1998	446. 620	202. 850	30. 640	45. 4	286. 510	68. 318	64. 5

Fuente: Sobre la base de datos de la Encuesta de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

* La suma de estas dos columnas supera el 100% porque se calculó sobre el **total neto de nuevos empleos**. Las categoría aquí consignadas son las que aumentaron y seno están consideradas aquéllas que disminuyeron su número.

d) El empleo por cuenta propia ha sido siempre numéricamente menos significativo para las mujeres que para los hombres. Hace una década, en 1988, el 18.6 por ciento de las trabajadoras y el 25.3 por ciento de los ocupados hombres estaba ubicado en esta categoría. Aunque ambas cifras aumentaron en este período, la diferencia de 6 puntos aproximadamente se ha mantenido constante y, en 1998, el 21.8 por ciento de las ocupadas y el 27.2 por ciento de los ocupados se inserta como trabajador por cuenta propia.

Sin embargo, en los últimos dos años se aprecia un mayor dinamismo en el empleo independiente de las mujeres. En efecto, en 1997 los trabajadores por cuenta propia disminuyeron en 14.100 respecto de 1996, en tanto que las mujeres en esta categoría aumentaron en 25.070. Luego, en 1998, el número de empleos por cuenta propia creció en cifras casi iguales para hombres y para mujeres: 42.730 y 45.220 respectivamente, lo que proporcionalmente significa una expansión bastante mayor, de 13 por ciento, para las trabajadoras (y 4,5 por ciento para los hombres).

Por otra parte, el empleo asalariado decreció últimamente y en 1998 hubo 27.730 puestos menos. Sin embargo, esta pérdida fue diferente para ambos sexos: mientras los hombres perdieron 42.460 empleos, las mujeres ganaron 14.720.

Esta tendencia a que las mujeres crecientemente se inserten en empleos independientes se advierte ya en años anteriores. A partir de 1994, las mujeres que se emplean por cuenta propia han aumentado proporcionalmente más que los hombres en la misma categoría: 36.3 y 33.1 por ciento respectivamente, invirtiéndose la tónica de los años anteriores, en que el empleo por cuenta propia masculino se expandía mucho más aceleradamente. El cuadro siguiente informa sobre el punto:

EXPANSIÓN DEL EMPLEO POR CUENTA PROPIA Y ASALARIADO, POR SEXO. 1986 - 1998

NUEVOS EMPLEOS CREADOS	
MUJERES	HOMBRES

PERÍODO

	Por cuenta propia.	Asalariado	Empleo total	Por cuenta propia	Asalariado	Empleo total
1986 1990	59.600 26.2	117.700 51.8	227.100	89.900 26.7	207.600 61.7	336.500
1990 1994	66.720 28.9	159.130 69.0	230.780	122.600 41.2	207.310 69.6	297.880
1994 1998	70.600 36.3	144.490 75.0	192.780	83.130 33.1	197.100 78.4	251.310

Fuente: Sobre la base de datos de la Encuesta de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

- e) Se suele asociar el empleo por cuenta propia a bajo estrato socio económico y a pobreza. Si consideramos el nivel de estudios formales como indicador de estratificación social, se aprecia que, efectivamente, la proporción de trabajadores por cuenta propia es mayor a medida que la educación baja. Así, en 1998 el 43,1 por ciento de los ocupados que tienen baja educación (1 a 3 años de estudios) se inserta como cuenta propia. De los que tienen educación media (de 4 a 10 años de estudio), el 32,7 por ciento está en esta misma categoría. En los dos estratos con educación superior, el empleo por cuenta propia sólo llega al 19,6 por ciento (11 a 15 años de estudios) y al 10,5 por ciento (16 y más años de estudio).

En esta distribución marco, es interesante ver cómo el peso del trabajo por cuenta propia entre los que tienen más baja educación ha ido aumentando durante la década. El cuadro siguiente muestra esta tendencia entre los que tienen de 1 a 3 años de estudios..

TRABAJADORES CON BAJA EDUCACIÓN, SEGÚN PARTICIPACIÓN EN EL EMPLEO POR CUENTA PROPIA Y EN EL EMPLEO ASALARIADO.

TRABAJADORES CON 1 A 3 AÑOS DE ESTUDIOS.			
AÑO	Total N	% trabajadores por cuenta propia	% trabajadores asalariados
1986	307. 800	38, 8	47, 5
1988	306. 400	42. 2	42, 5
1993	324. 730	42, 7	42, 4
1998	284. 620	43, 2	45, 0

Fuente: Datos Encuesta de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

f) Esta dinámica de aumento del trabajo por cuenta propia, se aprecia también entre los trabajadores que tienen la mayor educación formal. Los datos que siguen incluyen a quienes que han alcanzado a 16 o más años de estudios:

TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA Y ALTA EDUCACIÓN.

AÑO	N1	% sobre total trabaj. alta educ.
1986	18. 200	6, 4
1988	25. 300	8, 5
1993	36. 250	7, 6
1998	73. 500	10, 5

Fuente: Datos Encuesta Nacional de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

g) La información que entrega la Encuesta de Caracterización Socio Económica que realiza el Ministerio de Planificación y Cooperación, presenta diferencias con la Encuesta Nacional de Empleo del INE. En efecto, la Encuesta CASEN señala una disminución persistente del peso del empleo por cuenta propia, según datos de su aplicación en los años 1990, 1992, 1994, 1996 y 1998. Mientras en 1990 los trabajadores por cuenta propia constituían el 22.7 por ciento de los ocupados, en 1996 habían bajado al 20.3 por ciento y, sin embargo, nominalmente habían aumentado en 75. 497. En 1998, la proporción fue de 20.0 por ciento y su número disminuyó en 7.123 respecto de 1996.

Empleo por cuenta propia. Número de trabajadores en esta categoría y proporción en el total del empleo.

Año	N	%
1990	998. 629	22, 7
1992	1. 048. 502	21, 5
1994	1. 095. 462	21, 6
1996	1. 074. 126	20, 3
1998	1. 067. 003	20, 0

Fuente: Encuesta de Caracterización Socio Económica del MIDEPLAN

La diferencia entre las cifras de ambas encuestas no es, en realidad, tan grande, pero siempre es más baja en la encuesta CASEN. Los datos de la aplicación 1998 de la CASEN, no muestran cambio en la tendencia de disminución del empleo por cuenta propia, en circunstancias que éste es el año en que el INE registró el más fuerte aumento del empleo por cuenta propia.

Es necesario considerar, por lo demás, que aun cuando son encuestas de hogares, las dos mediciones tienen diferencias en la metodología que aplican. Aunque éste no sea su objetivo específico, en la Encuesta CASEN hay una mejor búsqueda de factores de atipicidad ocupacional y recoge algunos rasgos de los empleos que los distancian del modelo tradicional de inserción (como aquéllos sobre el lugar de trabajo, o sobre las formas de contratación). Por esta razón, es posible pensar que a través de este cuestionario se consignan como asalariados personas que serían independientes si se aplicaran criterios más estrictos de dependencia, como lo hace el INE.

Esta es una **hipótesis** que requeriría más elaboración, pero que parece plausible. Si el registro del empleo fuera así, parece pertinente relacionar tal situación con datos de la misma Encuesta CASEN que muestran tan alto y creciente incumplimiento de las más importantes exigencias legales al trabajo dependiente, como son la escrituración del contrato de trabajo, el pago de las cotizaciones de la seguridad social e incluso el salario mínimo. Mientras en 1990, el 17, 3 por ciento de los asalariados declaró no tener contrato formalizado, en 1996 esta proporción llegó al 23, 9, aumentando la diferencia por sexo en perjuicio de las mujeres asalariadas. Y, en 1998, esta cifra se mostró aún más alta: 24.7 por ciento de los asalariados B esto es, casi un millón- no tenía contrato escrito.

También como hipótesis, el aumento persistente del incumplimiento en estos puntos podría asociarse al tipo de empleos nuevos, atípicos, que se han ido creando con gran dinamismo, muchos de los cuales están en la zona gris de lo A dependiente B independiente@. Sabemos que los empleos que se externalizan, los que son sucontratados suelen ser jurídicamente una

prestación de servicios, a pesar de lo cual el propio trabajador puede declarar que trabaja bajo dependencia, porque así lo cree o porque así es. Parece acertado pensar que en esta zona del empleo, en que la dependencia se hace discutible y las responsabilidades están difusas, se facilita la infracción en puntos como los señalados.

Habría que examinar en qué tipo de empresas es más frecuente este incumplimiento. El dato sobre el tamaño de éstas, que la misma encuesta incluye, señala un nivel de infracción (si es que efectivamente la hay) mayor en las empresas de menor tamaño: Este aumento de los trabajadores sin contrato escrito puede estar asociado a la expansión de las micro empresas que, como era de esperarse, concentran a una mayor proporción de trabajadores en esta condición que las empresas de mayor tamaño relativo (Ruiz Tagle y Wormald, pág 62).²⁶ Estos mismos autores señalan que en la micro empresa (que tiene hasta 9 trabajadores) la proporción de asalariados sin contrato escrito fue de 39, 2 por ciento en 1996, mientras que del total de dependientes ocupados en empresas de 10 a 49 trabajadores, un 17, 4 % no tenía contrato de trabajo. Este porcentaje disminuía a un 12, 4 % en el caso del segmento de empresas de 50 a 199 trabajadores, y a un 8, 0 % en las empresas de 200 trabajadores y más. (CASEN, 1996) (Ruiz Tagle y Wormald, pág.63).

2.- LA CATEGORÍA DE EMPLEADORES.-²⁷

a) El número de empleadores es muy bajo en el país, según los datos que entrega el Instituto Nacional de Estadísticas; solamente entre el 3 y el 4 por ciento de la población ocupada ha participado en esta categoría de trabajo independiente. El I.N.E. entiende como empleador a aquellos ocupados que tienen a su cargo trabajadores dependientes y les paga una remuneración. No importa el número de dependientes; basta que sea uno (no se consigna el número exacto, pero sí el tamaño de la empresa, preguntado si ésta tiene más o menos de 5 trabajadores. Sin embargo, este último dato no está publicado y sólo existe para algunos años). De manera que los datos que aquí se exponen no han incluido ningún rasgo que pueda indicar vulnerabilidad o pérdida de independencia real.

²⁶ Ruiz Tagle, Wormald y otros: Chile. Exclusión social en el mercado del trabajo, versión borrador, Santiago, 1999. Parte del Proyecto de Investigación Ford-OIT, El rol de los actores sociales en la superación de la exclusión social. El caso del Mercosur y Chile

²⁷ A partir de este informe se ha podido constatar de que no existen en el país ni estudios ni cifras confiables para determinar la cantidad de empresas ni la de empleadores existentes. Tampoco, la efectiva estructuración y tamaño de las unidades económicas. Antecedentes del Servicio de Impuestos Internos señalan que en la operación renta 1999 178.000 personas naturales o jurídicas que desarrollan actividad empresarial declararon ser empleadores (o sea retuvieron el Impuesto Unico de Segunda Categoría aplicables a las rentas del trabajo). Por otra parte, para el mismo período y por igual motivación 318.816 personas declararon haber retenido impuesto a personal contratado bajo la modalidad de honorarios. Este personal, como ya se dijo, ascendería a la cantidad de 700.000 personas.

b) No deja de ser sorprendente un número tan exiguo de empleadores en un país en que la imagen del empresario está muy valorizada socialmente y, sin duda, constituye la aspiración ocupacional de mucha gente. Sin duda alguna que estos datos no corresponden al número de empresas que existe, el que es mucho mayor. Dado que se obtienen de una encuesta de hogares, en que se piden referencias de personas naturales, es posible pensar que cuando las empresas son sociedades y por ende personas jurídicas que operan como Ael empleador, los ejecutivos, aun los socios, no se declararan empleadores. Por lo demás, es frecuente que los ejecutivos sean empleados contratados. Si esto es así, la mayor parte de los empleadores que aparecen en la Encuesta de Empleo deben ser aquéllos más pequeños que son propietarios únicos de la empresa, o empresarios individuales como ya se les denominara anteriormente. Aparece en este caso, como en otros, la preocupación por las limitaciones de las categorías que se usan para medir el empleo, sobre todo cuando éstas no están bien explicitadas y, en definitiva, no se sabe bien que es lo que se está registrando.

Las dudas que la información suscita hacen pensar que los empleadores registrados por el INE son de aquéllos más vulnerables. Los datos muestran que, después de algunos años de lento aumento, que se extendieron hasta 1990-1992, el número de empleadores viene cayendo en el país, no sólo proporcionalmente sino también en términos absolutos. Los datos a continuación muestran esta dinámica:

OCUPADOS EN LA CATEGORÍA DE EMPLEADORES. 1986-1998

AÑO	N	EMPLEADORES / EMPLEO TOTAL
1986	122.400	3,14
1987	136.100	3,33
1988	144.600	3,38
1989	178.100	4,00
1990	182.400	4,80
1991	173.100	3,81
1992	187.310	3,92
1993	171.780	3,44
1994	170.690	3,42
1995	162.350	3,22
1996	166.640	3,14
1997	171.810	3,19
1998	163.590	3,01

Fuente: Encuesta de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

c) Como se sabe, la participación de las mujeres como empleadoras es mínima; apenas por encima del 2 por ciento de las ocupadas en los años más benignos para esta categoría. Numéricamente han experimentado igual evolución de pequeño aumento y decrecimiento que han tenido los empleadores hombres. El mayor número de empleadoras ha sido de 36.700 en 1988: desde entonces ha disminuido llegando a 27.540 en 1997 y a 29.180 en 1998. En este último año su comportamiento fue mejor que el de los empleadores hombres, quienes perdieron casi 10 mil empleos. La brecha de participación entre hombres y mujeres ha persistido con fluctuaciones mínimas durante el decenio.

EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA EMPLEADORES, SEGÚN SEXO. 1986-1998

HOMBRES			MUJERES	
AÑO	EMPLEADOR ES/ EMPLEO TOTAL	VARIACIO N N	EMPLEADOR ES/ EMPLEO TOTAL	VARIACIO N N
1986	3,80		1,56	
1987	4,09	11.400	1,71	2.200
1988	4,05	5.200	1,83	3.300
1989	4,59	20.400	2,72	13.100
1990	4,92	10.100	2,24	- 5.700
1991	4,55	- 8.000	2,14	- 1.400
1992	4,63	7.430	2,41	6.870
1993	4,12	-11.800	2,03	- 3.710
1994	4,15	1.050	1,90	- 2.150
1995	3,92	- 6.470	1,77	- 1.910
1996	3,79	3.160	1,77	1.170
1997	3,97	7.500	1,58	- 2.330
1998	3,70	- 9.800	1,61	1.640

Fuente: Sobre la base de datos de la Encuesta de Empleo del Instituto Nacional de Estadísticas.

Estos datos estadísticos no parecen concordantes con la percepción generalizada a nivel país que por una parte observa un fenómeno de fragmentación y de atomización de las unidades productivas a partir de la desconcentración de las empresas y de la

especialización, y por otra percibe a través de la acción fiscalizadora un incremento creciente de las cadenas de subcontratación.

La necesidad de contar con un diagnóstico objetivo, amplio y certero de cómo se estructura la actividad económica constituye sin duda un desafío pendiente y que tiene gran relevancia al momento de definir el marco funcional de un sistema de relaciones laborales, con las dimensiones correspondientes de las distintas formas de tutela para los trabajadores que se insertan en ella.

V.- RELACIONES TRIANGULARES.

1.- LA RELACION TRIANGULAR TRADICIONAL: la subcontratación

A la relación triangular de trabajo tradicional se le denomina corrientemente **subcontratación**. Pero al término subcontratación se le atribuyen significados distintos, por lo que situaciones que son diferentes aparecen confundidas. Así, por ejemplo, no se distingue entre la subcontratación de bienes o servicios y la subcontratación de trabajo, a pesar de ser instituciones que dan origen a modalidades de empleo diferentes y que debieran, por ende, tener regulaciones distintas.

La subcontratación está considerada en diversos artículos del Código del Trabajo, pero no está explícitamente definida en él. Un dictamen de la Dirección del Trabajo, el N° 1570, de 1982, define al empleador en situaciones de subcontratación, de la siguiente manera: en los casos en que los trabajadores son contratados por una entidad y laboran para otra, debe entenderse que su empleador es la empresa para la cual prestan servicios. El término **contratista** es el más frecuentemente utilizado en la ley, y fue definido en el señalado dictamen de la Dirección del Trabajo: **Es contratista aquella persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta para un tercero dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajos o prestación de servicios mediante un precio convenido, contratando para ello trabajadores** (citado en Echeverría y Uribe, 1998, pág. 17)

Hasta 1979, fecha de la derogación de la ley N° 16.757, estaba prohibida la subcontratación de tareas que constituían la actividad principal y permanente de la empresa y además se exigía que las empresas contratistas tuvieran su giro principal formalmente declarado, debiendo prestar sus servicios sólo en ese rubro.²⁸ Estas normas se derogaron, autorizándose desde entonces a las empresas la subcontratación de faenas de todo tipo, aunque sean de su giro central y permanente

²⁸ Con esto se impedía la existencia de contratistas informales, sin garantías de solvencia o dependientes de empresas usuarias que se prestaran a figuras de simulación laboral. Es decir, se consideraba que había un respaldo protector en la especialización en un giro. (Magd. P.17)

La responsabilidad laboral del empleador tiene, en la legislación chilena, el alcance del art. 64 del Código del Trabajo: ambos, el dueño de la obra o faena y el contratista tienen responsabilidad; el primero es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que este último no cumplió. Y también responderá de las obligaciones de los subcontratistas. Esta norma de responsabilidad subsidiaria se ha mostrado ineficaz para el debido resguardo de los derechos laborales, por lo que se busca elevar la responsabilidad del dueño de la obra o faena - convirtiéndolo en fiador frente a algunos derechos- así como poner más obligaciones al contratista o empleador directo²⁹. Una modificación legislativa del año 1993 permite actuar conjuntamente contra el contratista y el mandante, sólo para el efecto de dejar trabada -aunque en suspenso- la relación judicial con este último; se impide así que el plazo de prescripción haga imposible la acción contra el mandante, ya que ésta sólo procedía una vez agotado el procedimiento contra el empleador directo.

El mismo principio de responsabilidad subsidiaria entre dueño de la obra o faena, contratista y subcontratista se aplica para el pago de las cotizaciones del seguro contra accidentes y enfermedades profesionales, según establece la ley 16.744 y el art. 209 del Código del Trabajo.

2.- OTRAS FORMAS DE RELACIONES TRIANGULARES.

En Chile existen otras formas de relaciones triangulares, distintas a la subcontratación entendida en el sentido señalado. Describiremos las principales:

2.1.- El suministro de personal.

Es subcontratación de trabajo que adopta la siguiente forma: una persona o empresa proporciona a otra empresa trabajadores para que presten servicios en ella, pero, permaneciendo éstos formalmente como empleados de la primera, es decir de la empresa cedente. Así, la relación clásica entre empleador y trabajador se ve intermediada por un tercero. En esta figura hay dos contratos de distinta naturaleza. Uno que es la prestación de un servicio, entre la empresa suministradora y la empresa usuaria. Y otro, que es de carácter laboral, entre la empresa suministradora y el trabajador suministrado. El primero es civil o comercial y el segundo, laboral. Como señala Oscar Ermida, *Alas relaciones triangulares que caracterizan a las empresas de trabajo temporal se inscriben entre la intermediación en la colocación de trabajadores (las clásicas agencias de colocación) y la subcontratación laboral* (Dirección del Trabajo, 1999:) *Empresas sin trabajadores?*, pág.9).

En Chile, la relación entre las dos empresas *la usuaria y la suministradora*- es normalmente un contrato de prestación de servicios, por lo tanto de naturaleza civil o comercial. Pero es interesante destacar que en numerosas ocasiones, la empresa suministradora no es plenamente independiente de la usuaria. En efecto, hay casos en que la suministradora fue creada por la usuaria, con su estímulo, con su apoyo en gestión o con su participación

²⁹ Proyecto de ley en actual trámite legislativo.

patrimonial, y para que preste servicios sólo a esta última. Detrás de la operación puede haber objetivos de eficiencia de la gestión, incluyendo el de distribuir a los trabajadores en más de un empleador a fin de disminuir el riesgo o la envergadura de conflictos laborales. En estos casos la condición de empleador aparece más confundida, ya que el poder de decisión del usuario suele extenderse sobre el suministrador. En otros casos, aun con este mismo origen, la empresa suministradora empieza a diversificar sus clientes y a ganar independencia. Sin embargo existen también, y se vienen multiplicando, las empresas de trabajo temporal formales, con independencia total y estrategia para ganar posiciones en el mercado con este giro específico.

La relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador se formaliza a través de distintos tipos de contrato, tanto laborales como civiles de prestación de servicios o honorarios. Es alto el número de casos en que hay contrato laboral de carácter indefinido, lo cual plantea uno de los principales problemas que presenta esta modalidad de contratación en el país, ya que debiera ser admitida sólo para empleos temporales. Según han expresado algunos ejecutivos de estas empresas, el contrato a plazo fijo se evita porque si la usuaria no queda conforme con el trabajador y lo devuelve, habría que pagarle la remuneración por todo el período del contrato; en cambio, la indemnización puede ser mucho más baja, o inexistente incluso, si el trabajador tiene contrato indefinido y poca antigüedad. Pero más significativo es el número de contratos honorarios, con lo cual se busca desplazar esta relación fuera de la protección del derecho laboral. Un representante de empresas de trabajo temporal estimó que el 90 % de los contratos son honorarios.

La tendencia en Chile, al igual que en otros países, es que el suministro de trabajadores, tal como se ha definido, sea realizado por empresas formalmente constituidas como tales. Lo que se aprecia es que, en tiempo relativamente breve han aparecido numerosas empresas cuyo giro es claramente el proporcionar trabajadores de diferentes oficios a empresas de distinto giro que así lo demanden. Son las llamadas empresas de trabajo temporal.

A pesar de que se desnaturaliza el sentido de esta figura, en Chile las empresas de trabajo temporal no se limitan a suministrar trabajadores para empleos temporales sino que proporcionan también trabajo permanente. Se alejan pues del objetivo que se persigue frente al mercado de trabajo, que es contar con una herramienta auxiliar que permita superar necesidades extraordinarias (Ugarte, en Dirección del Trabajo, 1999: *Empresas sin trabajadores?*) Sin este límite, lo que se produce es, en verdad, una cesión de trabajo ajeno que es, como se sabe, una contravención a un principio básico del derecho laboral.

Debido a que no hay exigencia de un giro específico, como ocurre en las legislaciones europeas, muchas de las empresas de trabajo temporal en Chile no se limitan al suministro de personal, sino que proporcionan, además, otros servicios a las usuarias. Entre éstos está el outsourcing, es decir la realización de una función completa, como el aseo, la vigilancia, la alimentación, con sus propios recursos financieros, humanos, materiales, pero según forma y condiciones que define la usuaria. Esta última es, en realidad, una figura de subcontratación de servicios, que en Chile es realizada por las mismas empresas que tienen como giro el suministro de trabajadores. También es usual que ofrezcan el servicio de selección de

personal (reclutan, evalúan y escogen) para ocupar ciertos cargos en la empresa cliente, de acuerdo con el perfil previamente definido por ésta.

La figura de suministro de personal, así como las empresas que se dedican a esta actividad, no están contempladas en la ley de manera específica, por lo que se rigen por las normas laborales generales.³⁰ Fuera de ellas, no existen limitaciones que deban observar en su acción, requisitos específicos que deban cumplir estas empresas atendida la particularidad de su quehacer, o garantías que otorgar. Actúan, por tanto, con una libertad que muchas legislaciones han limitado. En este marco, se ha podido observar, especialmente a través del quehacer de la Dirección del Trabajo, que con mucha frecuencia los trabajadores contratados bajo esta modalidad quedan totalmente desprotegidos y sin posibilidad de defender sus derechos. Como se sabe, el problema central es la ambigüedad o mejor dicho el desdoblamiento del empleador, con lo cual hay derechos que el trabajador no tiene a quien exigir. La acción de la Dirección del Trabajo no ha sido suficiente para suplir la falta de regulación.

Apoyándose en el principio consagrado en la legislación, de que es empleador quien actúa como tal, la Dirección del Trabajo no ha reconocido la existencia del contrato de trabajo temporal que estamos abordando y ha determinado que el vínculo laboral que existe es el tradicional entre el trabajador y la empresa usuaria. En efecto, el art. 31 del Código del Trabajo dice que es empleador «la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo». Y, haciendo operar esta definición, ha ordenado a sus fiscalizadores que si «la permanencia del trabajador en la empresa que recibe sus servicios personales supera los 15 días, se cursará sanción administrativa sin más trámite»³¹ (Ugarte, op. Cit.)

Sin embargo, los tribunales de justicia, específicamente la Corte Suprema, han tenido una opinión, que sin ser jurídicamente diversa porque no se han pronunciado sobre el fondo, han impedido que se resuelva la situación afirmando la calidad de empleador del usuario. Lo que han hecho es negar competencia a la Dirección del Trabajo porque «la calificación jurídica de los hechos es una cuestión eminentemente jurisdiccional que cae en la esfera de los tribunales de justicia» (Corte Suprema, Sentencia del 6 de Diciembre de 1991, en Ugarte, op. cit.). Esta jurisprudencia es lo que ha facilitado la multiplicación de las empresas de trabajo temporal.

Lo cierto es que, tal como operan hoy en día, se está permitiendo a estas empresas ceder trabajo ajeno y suele ser utilizada esta figura como un medio de que grandes empresas encubran la contratación de trabajadores que van a efectuar tareas propias de la empresa

³⁰ «La única referencia jurídica sobre este contrato de trabajo atípico en el ámbito laboral corresponde a la Dirección del Trabajo, que emitió, en dictamen N1 5487 del 22.09.1992, su opinión sobre lo que denominó «contrato de enganche», entendiéndolo por tal al celebrado por el trabajador con una empresa colocadora, quien mantenía en todo caso su calidad de empleadora, para que el trabajador prestara servicios en empresas distintas, designadas por la empresa colocadora» (Ugarte, op. Cit.).

³¹ «Si en una empresa el personal proviene de una colocadora de personal y sólo tiene contrato con esa colocadora, pero quien ejerce las funciones de dirección y administración sobre ellos es el establecimiento o empresa misma para la cual le prestan servicios, es ésta la que debe ser considerada como empleador...» (Orden de Servicio N1 14 de 9 de junio de 1993).

durante largos períodos de tiempo, con empresas menos solventes, eludiendo el cumplimiento de la legislación laboral (Ugarte, op. cit.).

En este panorama, los propios empresarios de las empresas de trabajo temporal ven que la ausencia de ley ha provocado una competencia desleal, y recientemente han demandado su regulación, proponiendo al gobierno un cuerpo normativo. Actualmente se está discutiendo esta proposición en el Ministerio del Trabajo.

En la discusión de esta propuesta para regular legalmente las empresas de trabajo temporal, que se realiza hasta el momento en una mesa bipartita entre el Ministerio del Trabajo y la Asociación Gremial de Empresas de Servicios Transitorios, se han identificado coincidencias que marcarían una legislación sobre ETT:

- a) incorporar estas normas como un capítulo del Código del Trabajo, para enfatizar la idea de la aplicación de las normas laborales generales en todo aquello que no esté especialmente regulado.
- b) fijación, como requisito de constitución y funcionamiento, de un capital mínimo y de una garantía.
- c) obligación de registro de las ETT, lo que debe hacerse en la Dirección del Trabajo.
- d) control de las ETT a través de la autorregulación de los sujetos involucrados en la relación laboral y comercial que se produce. Se presume de derecho que la relación laboral se establece entre el trabajador y la empresa usuaria cuando: a) la usuaria contrate trabajadores a través de una ETT ilegal; b) la contratación de estos servicios sea entre empresas relacionadas; c) falta o invalidez del contrato de provisión de trabajadores transitorios o del contrato de trabajo.
- e) control administrativo, para lo cual se entregan facultades precisas (se pueden detallar). Es importante precisar las causales de eliminación del registro y tipificar la cesión fraudulenta de trabajadores.
- f) concurrencia de determinadas causales (determinarlas) para que esta forma de contratación sea permitida. Asimismo de plazos máximos, ya que esta es una modalidad de empleo temporal. Limitación del número de trabajadores así contratados (a un porcentaje de los que se desempeñen en la empresa usuaria).
- g) sistema de responsabilidad que permita al trabajador exigir sus derechos a la empresa usuaria, cuando el empleador no cumpla sus obligaciones.

2.2. La colocación de personal.

Se trata de una acción de vinculación entre oferta y demanda de empleo que es realizada por una agencia de empleo, sin que esta última pase a ser parte de las relaciones laborales que de allí surjan.

La nota fundamental de esta figura de la colocación es que, si bien pueden ser entendidas como entes de intermediación laboral, ésta se encuentra desprovista de efectos jurídicos laborales, en cuanto su rol se limita a la simple intermediación entre el oferente y el solicitante de empleo.

En la actualidad, nuestro orden jurídico laboral no presenta regulación especial de ningún tipo para las agencias de colocación, ya que con la dictación de la Ley N° 19.518, que fijó el nuevo Estatuto de Capacitación, publicada con fecha 14 de Octubre de 1997, y que derogó el Decreto Ley N° 1.446, de 1976, se eliminaron las referencias legales que regulaban el funcionamiento y el control público de las agencias de colocación. Actualmente se regulan solamente por el mercado.

2.3. El enganche de trabajadores.

Se trata, en realidad de una especie de la figura anterior, de colocación. En el **enganche** es tan clara la triangulación, ya que la tercera persona se hace presente sólo en el encuentro, el ajuste de demanda y oferta de empleo, desapareciendo después. Si se limitara a esto, la figura sería de **colocación**. Sin embargo, en la práctica, suele ocurrir que el enganchador es la única figura con que se relacionan los trabajadores y su desaparición posterior los deja en la desprotección absoluta, cuando el empleador principal no los reconoce como dependientes. Esta es una figura usual en el sector agrario, en actividades que requiere abundante mano de obra temporal, en un período determinado e inamovible (debido al carácter de la actividad agraria), por lo que pueden plantearse desajustes del mercado de trabajo y haber dificultades para contar con los trabajadores necesarios..

Lo que ocurre en los hechos, y por eso la figura se enturbia, es que el **enganchador** realiza funciones que van más allá de la simple gestión del encuentro entre oferta y demanda de empleo. A lo menos recibe del empleador principal el encargo de **enganche**, de reclutar trabajadores y, luego, asume el transporte de estos trabajadores, el que no siempre es fácil y barato ya que suele ser a través de varias regiones; otras veces es entre localidades en una región, y entonces el traslado tiene un costo menor como también una gestión más fácil. El enganchador puede, incluso, gestionar la instalación de éstos en la nueva ciudad (el alojamiento es una obligación del empleador principal en esta situación de traslado). El gasto del enganche y del traslado es cobrado por el enganchador a los trabajadores y, seguramente, le es pagado también por el empleador. Pero en ocasiones es el propio empleador, bajo cuya dependencia quedaron los trabajadores después del enganche, el que cobra la comisión que trasladará al enganchador a quien encargó la operación.

Con estas descripciones la calificación como **colocación**, en que el **enganchador** puede considerarse una agencia privada de colocación, tambalea, y pasa a tener rasgos de contratista frente a la empresa principal, debiendo, por tanto, contratar como empleador a los trabajadores que él ha **enganchado**. Se describe una situación relatada y que se estima más clara al respecto:

El empleador agrario se contacta con un (o más) **Acontratista@**, que es el personaje que engancha: inscribe a las personas interesadas de una localidad, en una **Alista@**, en algunos casos cobrándoles comisión. A medida que el empleador va requiriendo mano de obra, este enganchador va retomando el contacto con los inscritos y los recluta llevándolas al lugar de trabajo. Aquí los deja a disposición del empleador y de la estructura (jefaturas, mandos medios) de la empresa, y por lo tanto, bajo esta dependencia. El enganchador se retira y no está presente en el lugar de trabajo ni tiene nada que ver con la organización o ejecución de ese trabajo. Pero es a él a quien el empleador principal paga la remuneración y él quien, a su vez, paga el salario a cada trabajador.

En el caso que sigue, no es clara la situación del tercero, ya que es un trabajador el que engancha, pero permanece trabajando como uno más del grupo sin ninguna posición de mando al menos de contratista:

También en el sector agrario, en trabajos de temporada: empleadores o jefes intermedios encargan a determinados trabajadores de buen nivel y rendimiento, que **Alleven otros trabajadores@** y que conformen un grupo. Todos trabajan en lo mismo y, al parecer, ganan el mismo precio. ¿cuál es la utilidad para el trabajador que hace de enganchador? En el caso narrado parece ser que se le concede el espacio para ejercer sus funciones de dirigente sindical, sin que se le proscriba esta actividad y sin que se le ponga en **Alista negra@**. Si hay algún premio (comisión, pago más alto cuando sube la productividad y algo similar) éste parece quedar en manos del jefe intermedio que encarga la operación. En el caso que conocimos, la trabajadora que actúa como **Aenganchadora@** recluta a un número alto de personas, treinta o cuarenta, es decir todos los interesados en la localidad.³²

3.- INFORMACION CUANTITATIVA.

3.1.- Aumento de los trabajadores subcontractados. Aunque no hay datos concluyentes, nacionales, de todos los sectores productivos y regiones, la información parcial de diferentes fuentes entrega claros indicios de aumento de la modalidad de empleo en régimen de subcontractación. Señalaremos los datos existentes (que no tienen distinción alguna que muestre el tipo de subcontractación):

- a) La subcontractación en la minería.- Sector estratégico de la producción en Chile, ha concentrado fuertemente la inversión transnacional. Fue éste un ámbito donde se planteó primeramente el tema de la subcontractación desde la perspectiva del deterioro en las condiciones de trabajo. La figura que denunciaron los sindicatos fue el despido del trabajador de la empresa principal y su contratación inmediata por la empresa contratista, con peores condiciones de remuneración, de seguridad y de estabilidad. Este procedimiento fue bastante generalizado y generó un cambio significativo en la

³² En la sección referida al fraude se hacía referencia a otra figura muy similar: la del **Aayudista@**.

composición del empleo en el sector. El enorme crecimiento de la minería no ha significado una expansión igualmente fuerte en el empleo; de 1985 a 1996 aumentó sólo en 22 por ciento, esto es creó 19 mil nuevos empleos. Pero lo más notable es la expulsión de empleos desde la empresa mandante a empresas contratistas. (ver datos anexos cuadros 1 y 2). Se trata de subcontratación de productos o de servicios, pero también de subcontratación de trabajo.

- b) En la industria metalmecánica. No hay datos generales, pero la información parcial da cuenta de un aumento de la subcontratación. Dirigentes empresariales de las principales organizaciones empleadores han señalado que la subcontratación de actividades anexas, como aseo, vigilancia y casino, es, hoy en día, una conducta absolutamente general. A ello se está sumando el bodegaje, que se estima una labor especializada y calificada. En los últimos años se ha hecho frecuente encargar partes y piezas que en la mayoría de los casos no son lo central de la producción.

El creciente número de empresas pequeñas en esta rama es un indicador de la producción dispersa encargada a contratistas. El punto a dilucidar es el límite entre subcontratación y mera compra de partes y piezas o de servicios que se producen fuera de la empresa principal. (Echeverría y Uribe, 1998).

- c) Para el conjunto de las empresas del país, de todos los sectores productivos, la Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo, ENCLA entrega información relevante en este punto. En efecto, según declaración de los gerentes entrevistados, en el 17.2 por ciento de las empresas había personal suministrado por empresas contratistas, situación que ocurre en mayor medida en la gran empresa. Los trabajadores suministrados alcanzan al 25 por ciento de los de planta, en la mediana empresa y al 19 por ciento en la pequeña. En la gran empresa esta proporción baja al 14 por ciento (en muchos casos son Agran@ empresa precisamente porque han externalizado en baja medida). Aunque en menor cantidad, también hay trabajadores suministrados en la microempresa, donde constituyen el 7 por ciento de la plantilla (Espinosa y Damiánovic, ENCLA 98, año 1999).

Esta misma encuesta entrega datos sobre la proporción de trabajadores suministrados en las diferentes ramas de la producción. (Ver datos anexos cuadros 3, 4 y 5).

Asimismo, señala esta encuesta que el 20 por ciento de las empresas han subcontratado a otras empresas o a terceros para que realicen actividades del rubro principal de su empresa, durante los últimos cinco años. También declaran que piensan seguir subcontratando. Tratándose de las empresas de mayor tamaño, el 36 por ciento había subcontratado. Por otra parte, el 16 por ciento de las empresas encuestadas señaló haber sido subcontratada por otras empresas en los últimos doce meses, y de ellas, el 9 por ciento señaló ser subcontratada frecuentemente. (Espinosa y Damianovic, op. cit.)

3.2.- Aumento de los trabajadores suministrados por empresas que tienen este giro. Esto significa aumento de la subcontratación de trabajo y multiplicación de empresas de trabajo temporal, cuyo negocio es precisamente proporcionar mano de obra a las empresas.

Datos de las fiscalizaciones de la Dirección del Trabajo, muestran aumento de estas situaciones en todos los sectores productivos. Los casos que se han presentado corresponden a: telecomunicaciones, electricidad (distribución), servicios financieros, comercio (supermercado y bomba de bencina), transporte urbano, minería, servicios médicos, industria metalúrgica, alimentaria y de productos plásticos), agricultura y pesca..(Echeverría, Solís y Uribe, pág. 62, ver datos anexos cuadro 6).

Las ocupaciones específicas que desempeñan los trabajadores subcontratados cubren una gama muy amplia. Como forma de mostrar esta diversidad, enumeramos la gama de tareas que apareció en el estudio de sólo 33 casos de empresas en las que había trabajo suministrado, realizado por la Dirección del Trabajo. (Echeverría, Solís y Uribe, págs. 81-82. Ver datos anexos cuadro 7).

También el número de empresas de trabajo temporal con este especial giro constituye indicador de empleo suministrado. Estas empresas han aumentado vertiginosamente en los últimos 20 años. La primera de ellas, Manpower, llegó a Chile en 1963 y fue la única que existió hasta que en los años 74-75 se instaló Ecco (hoy Adecco). En 1986 existían sólo tres empresas de este tipo (Manpower, Ecco y Part-Time). Pero ya en 1987 había 79, llegando en la actualidad a 150 empresas reconocidas como tales, que se promocionan para prestar este servicio específico, el que reconocen como su giro. Están concentradas en Santiago, algunas tienen sucursales en Valparaíso y Concepción y representación en todo el país. Han constituido una asociación (Asociación Gremial de Empresas de Servicios Temporales), que se ha erigido como interlocutor del gobierno. Se estima que estas empresas estarían manejando a un total de 30 mil trabajadores. Pero hay muchas otras que operan clandestinamente, en las cuales es de presumir que la protección de los trabajadores es muy deficiente. (Echeverría, Solís y Uribe, págs. 110-112).

VI.- TRABAJO EN SITUACION DE DEPENDENCIA ECONOMICA O DE OTRA NATURALEZA (trabajo independiente - dependiente@)

1.- Concepto legal: Como ya se señalara, en la legislación laboral chilena sólo se contemplan dos categorías de trabajadores, en lo que se ha denominado una situación o relación binaria o polar@. El trabajador dependiente (formalmente con plena protección legal) y el trabajador independiente (el que queda fuera del ámbito tuitivo laboral). No existe por lo tanto para el orden jurídico el concepto de Atrabajador en situación de dependencia económica@.

Ambas categorías consideradas tienen una expresa definición. En la de trabajadores subordinados, los componentes de la relación son la personalidad, la subordinación, la ajenidad y la remuneración. Para los trabajadores independientes en cambio la definición es

en términos negativos, en cuanto la ley señala que no dependen de empleador alguno ni tampoco tienen trabajadores a su cargo.

Frente a esta situación de ignorancia normativa, la que no cabe dentro del orden jurídico nacional, pues es tarea del intérprete - administrativo o judicial - llenar los vacíos legales, podemos constatar en la realidad múltiples formas de trabajo que no se insertan cómodamente en las situaciones legales predeterminadas.

2.- Concepto teórico: Sin atenernos exactamente a las definiciones legales vigentes, pero siguiendo la misma lógica del legislador nacional, es posible conceptualizar una tercera categoría de trabajadores a través de una metodología de exclusión y que sí daría cuenta de la complejidad de relaciones que surgen en las nuevas formas de organización de la producción y del trabajo.

En efecto, definamos al trabajador dependiente o asalariado como aquel que trabaja bajo un claro vínculo de subordinación y dependencia, más allá de que éste se exprese en la forma clásica o con las atipicidades y/o modalidades del trabajo dependiente moderno.

Definamos también al trabajador independiente clásico, que igualmente puede ser denominado como independiente propiamente tal. Para ser catalogado bajo ese concepto o categoría éste debiera reunir en forma copulativa las condiciones siguientes: - organizar libremente la propia actividad, - ofrecer productos o servicios a una clientela diversificada y según criterios propios (es decir producir directamente para el mercado), - hacerlo mediante el pago de un precio o de un honorario fijado en general según el mercado o de acuerdo a tarifas preexistentes, y B estar regidas sus relaciones económicas por el derecho común, sea éste civil o comercial.

Si se acepta el método propuesto, es decir, definir por exclusión, serían trabajadores independientes en situación de dependencia económica todos aquellos que no pueden ser considerados independientes puros, por no concurrir para ellos en forma copulativa las condiciones exigidas para los primeros, ni tampoco dependientes o asalariados, por constatarse en su caso la falta de algunos de los componentes definitorios de la relación laboral.

Sólo bajo los supuestos anteriores es posible analizar en la realidad chilena la multiplicidad de trabajadores independientes que se encuentran en una clara situación de dependencia económica y que requerirían de una legislación laboral protectora. Actualmente no se encuentran cubiertos por ella pues concurren en su caso sólo algunos de los componentes del trabajo subordinado (lo que los deja al margen del manto protector), y otros del trabajo independiente (lo que les impide ejercer su actividad efectivamente en forma libre y autónoma).

Previo a iniciar el análisis de las distintas modalidades de trabajadores que se encuentran en la situación descrita, es de interés resaltar dos elementos que les son comunes a pesar de la diversidad de situaciones que podremos constatar: primero, son personas que viven de

su trabajo y no de las rentas del capital y no tienen por lo tanto como eje de su subsistencia el principio de la acumulación; segundo, son personas que a pesar de su calificación profesional o de poseer algunos medios de producción se insertan en la actividad laborativa en una clara situación de desequilibrio contractual producto de su falta de independencia económica.

3.- Modalidades de trabajadores independientes que requieren protección por estar en situación de dependencia con un empleador o empresa determinada.

a.- Trabajadores que ejercen oficios determinados de carácter técnico o profesional.

Estas personas, en muchas circunstancias no pueden organizar libremente su trabajo, y/o no pueden elegir libremente su clientela pues trabajan para un puro cliente, y/o para clientes diversos definidos por el cliente principal. Por lo tanto no buscan libremente su clientela. Deben en algunas circunstancias cumplir con los trabajos no sólo en plazo sino bajo condición de exclusividad y en muchos casos, con jornadas predeterminadas. Comúnmente el pago por su trabajo se asemeja a una remuneración ya sea por su fijeza (remuneración fija) o siendo variable (total o parcialmente) el producto y su costo es determinado por otro. En algunas circunstancias se trabaja con instrumentos propios, lo que no varía la característica de la relación.

Para poder analizar esta compleja y diversa categoría de personas se propone recurrir a una desagregación y a un análisis casuístico con la utilización de ejemplos.³³

- Los técnicos independientes. Aquí se encuentran, por ejemplo, los casos de técnicos en computación, ya sea en la elaboración de sistemas o en la mantención de equipos; por la magnitud de la tarea se contratan por plazos indeterminados y generalmente por tiempos completos para una sola empresa, firma o empleador. Si bien se contratan para una tarea determinada, y en términos teóricos con libertad horaria y posibilidad de prestar servicios a otros en forma adicional, la realidad práctica del acuerdo se lo impide. Sus ingresos son similares a las remuneraciones promedios de los asalariados en la actividad, lo que no les permite asumir riesgos o contingencias actuales o futuras. No existe estabilidad en la relación, pues generalmente la decisión de su término depende de quien lo contrata.)arrendamiento de servicios personales?.

³³ La gran mayoría de situaciones a que haremos referencia han sido detectadas a través de las funciones inspectivas de la Dirección del Trabajo.

- Técnicos en el área de las comunicaciones. A las personas las arriendan con las cámaras o instrumentos para la filmación de reportajes determinados. Los contratan sucesivamente y siempre por un producto dado al que se le asigna un precio. Nada impide que se contraten simultáneamente para diversos productores.

- Artistas de programas televisivos de cortos o largos metrajes. Se les paga por su participación total en la filmación. Se tiene exclusividad y se trabaja bajo órdenes del productor o del director del programa.

- Los profesionales que trabajan en estudios u oficinas de su especialidad. Se les contrata a honorarios ya que pueden recibir pedidos personales, en muchos casos con el compromiso de acceder posteriormente como socios en una sociedad de profesionales. En los hechos deben cumplir con los trabajos que les solicita un jefe, no teniendo libertad para desearlos y deben también cumplir con presencia en el lugar de trabajo; en algunas circunstancias se les asegura un ingreso bajo, más participación por los casos o trabajos que se les hayan asignado. Se mueven en una situación ambigua de asociados, no socios de la sociedad comercial que los ocupa. En esta situación se encuentran fundamentalmente profesionales abogados, arquitectos, economistas, etc. ocupados en firmas que ofrecen servicios al mercado. Estas personas optan por este sistema frente a un riesgoso desarrollo profesional aislado.

- Profesionales del área de la salud. En el país es cada vez más frecuente la existencia de centros privados de salud. Ya sea de atención integral o desagregados de acuerdo a especialidades y diagnósticos. Los profesionales que ahí laboran lo hacen como independientes si bien el centro le asigna su clientela (pacientes) y decide el costo de la atención de la cual el profesional percibe un porcentaje. Deben cumplir horarios, pero avisando con anticipación su inasistencia pueden ser sustituidos.

- Mención especial merece el trabajo en el domicilio, que como ya se señalara en la legislación laboral no se le reconoce a priori su condición de trabajo asalariado. Según estudios realizados por OIT en diversos países del mundo, en especial en América Latina y también en Chile, en la práctica del trabajo a domicilio se dan en algunas circunstancias las características propias del trabajo asalariado pero que no se realiza en el lugar de la empresa sino en otro elegido libremente por el empleador. En otras, este trabajo se realiza simultáneamente con otro que reviste claramente las características de trabajo autónomo.

El trabajo a domicilio tiene dificultades graves para su control, en tanto la acción inspectiva del Estado se ve limitada por las normas constitucionales que garantizan la inviolabilidad de los domicilios de las personas.

b.- Empleadores o empresas unipersonales.

Ya se ha hecho referencia a la falta de estadísticas confiables para este segmento de personas. Tampoco existen en el país estudios de trayectorias laborales que nos permitan conocer la estabilidad en el tiempo de las funciones que se cumplen en esta categoría del

mercado de trabajo. La observación calificada de la Dirección del Trabajo ha permitido apreciar que una gran cantidad de personas que en un momento pueden aparecer contratando formalmente a otra como trabajador, o han sido hace poco tiempo atrás ellos mismos asalariados o han vuelto a serlo en situaciones posteriores. Ello ocurre particularmente en el caso de pequeños y micro empresarios y en aquellos empleadores que se ubican dentro de las cadenas de subcontratación.

Las características en estos casos es que los empleadores no definen especificaciones técnicas, tampoco definen mercado ni clientes, la mercadería les puede ser devuelta antes de su adquisición (se puede perder todo lo producido); tienen relación de exclusividad productiva y fijación de precios no por el mercado ni por tarifas predeterminadas. Asimismo, en algunos casos existe confusión entre arriendo de maquinarias y arriendo de trabajo (transportistas).

Aquí también, un análisis de situaciones permite una mejor comprensión y ordenación del fenómeno.

- Existe, generalmente el encargo por una empresa (subcontratación) para la elaboración de productos o prestación de servicios determinados;
- Las especificaciones técnicas de la producción y en muchos casos la supervisión, está dada por quien encarga el trabajo;
- Los productos, cuando se trata de elaboración de bienes, pueden ser devueltos o no recibidos conforme por quién los encarga. El costo lo asume el productor.
- Los precios son fijados con antelación por quien encarga el trabajo, aún cuando pueda haber existido variación en los costos.
- En algunas circunstancias, hay prohibición expresa de poner excedentes de productos o nuevas producciones similares o iguales en el mercado.

Todas las situaciones anteriores, así como la de profesionales independientes, e incluso la de trabajadores subordinados, se ven complejizadas por una nueva característica del trabajo moderno, en el cual el trabajador aporta parcial o totalmente los instrumentos de trabajo. Históricamente, el dador de trabajo entregaba también los instrumentos de producción y una de las características definitorias del trabajador independiente era que él producía a partir de su propio instrumental. Este elemento, hoy en día deja de ser definitorio para ninguna de las categorías analizadas. Existen ejemplos claros en esta dirección. Un empleado clásico puede utilizar su propio ordenador (P.C.) y no por eso deja de ser subordinado y un transportista, dueño de una máquina, puede laborar en forma subordinada o de manera autónoma, indistintamente.

4.- CUANTIFICACION DE LOS TRABAJORES INDEPENDIENTES B DEPENDIENTES.

Como ya se señalara, por no existir jurídica ni conceptualmente la categoría, tampoco es posible cuantificar la cantidad de trabajadores que pudiesen estar en la situación que preocupa. Existe sí, la percepción de observadores y estudiosos del mercado de trabajo, que es cada vez más amplio el segmento de personas que pudiesen encontrarse en esta situación. Es decir, personas que viven de su trabajo, que no definen o lo hacen limitadamente las condiciones del mismo, que tienen ingresos similares y en algunos casos inferiores a la media remunerativa de la actividad que se desempeña en forma asalariada y que no se encuentran en condiciones de asumir las contingencias de salud, de riesgos ocupacionales ni de pensiones para la vejez en forma autónoma.

5.- POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS.

a.- Asimilación al trabajo subordinado.

Esta posibilidad no parece la mas adecuada, no sólo por razones técnico B jurídicas, al implicar una redefinición del concepto de trabajo dependiente o subordinado, revisando consecuentemente los niveles de protección para esa categoría. Tema que no debiera estar en discusión..

En la práctica y desde un punto de vista subjetivo, las personas involucradas en las diversas situaciones esbozadas en la sección anterior, no se identifican asimismo ni se autodefinen como subordinadas. Si bien desean algunas normas protectoras básicas no aspiran a ser conceptualizados como trabajadores asalariados.³⁴

b.- Asimilación al trabajo independiente.

La situación de hecho que experimenta actualmente este amplio y diverso grupo de trabajadores es en definitiva la de@trabajador independiente@, es decir no acceden a ningún tipo de protección legal de carácter laboral. Si bien es cierto que en algunas circunstancias y como producto de la acción de los órganos de control es posible que accedan a una relación laboral formal, si no existe una persistencia en el tiempo de dicha acción fiscalizadora, se vuelve naturalmente y en forma masiva a la situación de desprotección ya reseñada.

Las que aparecen como características comunes de este segmento tan diverso y que ameritan otorgarles un grado de protección son las siguientes:

³⁴ En reuniones de algunos gremios, particularmente del área de la cultura y del espectáculo , con autoridades públicas, ellos han manifestado esta opinión en forma expresa y pública. En la misma dirección se han manifestado los profesionales de centros de salud privada cuando han sido objeto de fiscalización de parte de la D. del Trabajo.

Ingresos bajos o medios, producto del trabajo y no de rentas.

Inestabilidad laboral.

Dificultades para cubrir en forma autónoma o independiente contingencias sociales actuales (salud) y futuras (pensiones).

Falta de cobertura frente a riesgos derivados de la actividad laborativa.

Falta de medios, tiempos u oportunidades para continuar con su desarrollo técnico o profesional que les permita una adecuación constante a los requerimientos del mercado de trabajo.

Estas características o problemáticas tienen un impacto de carácter negativo en las personas, pero generan también progresivamente un gran problema social. Es finalmente el Estado quien debe asumir, aunque sea en forma insuficiente, la respuesta frente a las contingencias expuestas y es a la vez quien tiene las responsabilidades en los problemas de exclusión y de segregación social que puedan generarse, con la consiguiente conflictividad en la que finalmente éstas se expresan.

c.- Una regulación propia.

Las consideraciones anteriores permiten proponer como la salida más adecuada una legislación especial que garantice para los trabajadores independientes en situación de dependencia económica algunos de los derechos básicos garantizados para los trabajadores subordinados. Ellos debieran estar referidos a una adecuada cobertura frente a las contingencias sociales de salud y pensiones, frente a los riesgos en el trabajo, en el acceso al perfeccionamiento profesional y en ingresos mínimos. En el caso de las mujeres debiera resguardarse debidamente la protección a la maternidad.

Otro aspecto que no puede ser olvidado es el relativo a las políticas gubernativas concretas de promoción y estímulo a la asociatividad de estos trabajadores.

Ellos tienen sin duda, por la estructura de sus trabajos y por falta de experiencia histórica una carencia de conocimientos y prácticas sobre los beneficios de la representación y acción colectiva. Lo anterior se ve dificultado aún más por la falta de identificación y visibilidad de sus eventuales interlocutores. Las contrapartes en su caso, como también en el de los sindicatos, no son sólo aquellas con las que han contratado sino también los entes privados o públicos de cuyas políticas ellos son objeto y por las que se ven particularmente afectados.

Por todo lo anterior, la acción del Estado, a través de políticas públicas, debe inscribirse en un compromiso serio y eficaz con la organización profesional de estos trabajadores.

d.- El costo de la protección.

Un último punto, cualquiera sea la forma de regulación por la que se opte es definir sobre quien recae el costo de estos beneficios. Existen sin duda diversas alternativas: desde hacerlo recaer en aquel que se beneficia directamente del trabajo de estas personas hasta la

creación de fondos sociales con aportes compartidos de carácter tripartito para cubrir las contingencias ya enunciadas. También es posible pensar en soluciones intermedias, con políticas de promoción desde el Estado y con aportes obligatorios de los propios trabajadores afectados.

El aporte del Estado tiene justificaciones económicas, políticas y sociales; la primera, como ya se señalara, es que finalmente la sobrevivencia de estas personas en la edad pasiva o en situaciones de incapacidad debe ser asumida con fondos fiscales, ya que no existiría de parte de ellas capacidad de acumulación; la segunda, porque la inequidad y la insatisfacción de grandes grupos de personas ponen en peligro la paz social, y la tercera, por un principio que orienta el nacimiento del derecho del trabajo y en general de la legislación social: la necesidad de proteger al contratante más débil

VII.- DESARROLLO DE CASOS SOLICITADOS.

1.- EL TRABAJADOR DE LA CONSTRUCCION.

a- Calidad Jurídica del Trabajador de la Construcción.

La calidad jurídica del trabajador de la construcción corresponde al de trabajador dependiente o asalariado en los términos previstos en el artículo 7 del Código del Trabajo.

b.- Términos esenciales de la relación laboral.

En Chile la característica fundamental de la relación que liga a las empresas de la construcción y los trabajadores corresponde a la figura del contrato por obra o servicio determinado, figura contractual contemplada en el número 5 del artículo 159 del Código del Trabajo.

Lo esencial de esta figura es que la vigencia del contrato se encuentra sujeto a un hecho cierto pero indeterminado con exactitud como la conclusión de la obra o servicio, y su terminación produce como efecto la extinción de la relación laboral, sin derecho a indemnización legal por años de servicios.

Lo anterior, genera que en este tipo de trabajo existe una permanente situación de inestabilidad asociada a la intensa rotación de este tipo de trabajadores en distintas obras de corta ejecución temporal.

c.- Principales instrumentos de regulación de trabajo:

La regulación del trabajo de la construcción en Chile se efectúa, básicamente, por los siguientes instrumentos legales:

c.1.-El Código del Trabajo.

A diferencia de lo que ocurría con la antigua legislación laboral en Chile, el Código del Trabajo de 1931, que establecía regímenes jurídicos diferenciados para los obreros y para los empleados particulares, la actual legislación contempla un régimen único, para todo tipo de trabajadores, dentro del que quedan incorporados los obreros de la construcción.

c.2.- Reglamento Interno de Higiene y Seguridad.

Las empresas industriales o comerciales, según lo dispone el artículo 153 del Código del Trabajo, que ocupen normalmente veinticinco o más trabajadores permanentes deberán confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores.

d.- Principales Defectos de Protección:

La protección del trabajador de la construcción presenta, en lo fundamental, los siguientes problemas:

d.1.- Precariedad Laboral:

Como se señaló, por la naturaleza del contrato de trabajo que se utiliza en esta área económica, los trabajadores de la construcción se encuentran en una situación de muy poca estabilidad laboral, atendido que la oferta de trabajo en el rubro es intermitente, cíclica y en general de poca duración.

Por ello, ante el término de la obra que dio origen al contrato, el trabajador perderá su trabajo, y por tratarse de una extinción por la causal del N° 5 del artículo 160 del Código del Trabajo, no se hará acreedor al derecho a indemnización por años de servicios.

De este modo, la falta de protección del trabajador de la construcción en este punto es doble: por una parte, su contrato no tiene carácter indefinido sino temporal, y por otra, la extinción de la relación laboral no dará lugar a prestación indemnizatoria por parte del empleador.

e.- Condiciones de Higiene y Seguridad

Si bien en esta materia trabajador de la construcción tiene derecho, desde el punto de vista legal, a que el empleador asegure condiciones del trabajo seguras e higiénicas de acuerdo a

la normativa común, en la práctica se trata de un sector, que por la excesiva temporalidad y rotación laboral, no presenta una cultura consolidada y permanente de la protección del trabajador.

f.- Derechos Colectivos del Trabajo.

Los trabajadores de la construcción están dotados del derecho a constituir organizaciones sindicales, bajo la modalidad de los sindicatos de trabajadores transitorios, esto es, según lo señala el artículo 216 del Código del Trabajo, **A**aquel constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en periodos cíclicos o intermitentes@.

Dicho tipo de sindicato se encuentra habilitado para negociar colectivamente, según lo dispone el artículo 314 del Código del Trabajo, que expresamente señala lo siguiente: **A** los sindicatos o grupos de trabajadores eventuales o transitorios podrán pactar con un o más empleadores, condiciones comunes de trabajo y remuneraciones para determinadas obras o faenas o de temporada@.

Esta negociación colectiva, sin embargo, esta sujeta a una importante limitación: no es obligatoria para los empleadores de los trabajadores que constituyen el sindicato, ya que requiere el acuerdo del empleador para someterse al proceso de negociación colectiva. Así lo dispone expresamente el artículo citado al señalar que **A** estas negociaciones no se sujetarán a las normas procesales previstas para la negociación colectiva reglada ni darán lugar a derechos, prerrogativas y obligaciones que se señalan en este Código@.

) Pueden estos trabajadores intentar negociar colectivamente dentro de los sindicatos de empresa?. Si bien nada impide que un trabajador de la construcción, contratado por obra o faena, se afilie al sindicato de la empresa, dicha incorporación carece de sentido práctico, en cuanto la ley, en el artículo 305 del Código del Trabajo, prohíbe la negociación colectiva reglada **A** a aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño de una determinada obra o faena transitoria o de temporada@.

g.- Medios judiciales, administrativos o convencionales de solución de conflictos.

La ausencia de derecho a indemnización legal por años de servicios, unido a la alta rotación laboral de este sector, hace que la vía de solución más recurrida de los conflictos en el área de la construcción sea la intervención administrativa, por ser la de menor costo para los trabajadores.

Lo anterior, no deja de plantear un problema: por la bajo de los montos involucrados, y por la competencia limitada de la Dirección del Trabajo, el trabajador percibe que la única instancia de solución accesible para sus conflictos laborales es la autoridad administrativa, lo que genera en muchas ocasiones una disposición de rebaja de sus pretensiones mucho mayor

que el normal de los trabajadores, y produce un ejercicio en definitiva parcial de los derechos laborales involucrados.

2.- CASO EMPLEADO DE GRANDES TIENDAS

a.- Calidad Jurídica del Empleado de Grandes Tiendas

La calidad jurídica del trabajador de grandes tiendas puede ser de dos tipos fundamentales:

a.1.- Trabajador asalariado o dependiente, con contrato de trabajo suscrito directamente con la tienda respectiva, con una característica cada vez mas fuerte de trabajadores a tiempo indefinido pero con remuneraciones variables, especialmente comisiones.

a.2.- Trabajador en régimen triangular: ya sea en la figura propiamente de la subcontratación de bienes o servicios, o el denominado suministro de personal, existe un creciente numero de empleados, especialmente vendedores, insertos en relaciones trilaterales de trabajo.

a.3.- Trabajadoras Aconsultoras@, que constituyen una modalidad especialísima de prestación de servicios que no se logra enmarcar en las calidades jurídicas anteriores, según se explicará a continuación.

b.- Términos esenciales de la relación .

La gran tienda, esta forma de organización, relativamente nueva, de la empresa en el sector del comercio y que se ha multiplicado con velocidad, ha traído variaciones importantes en las modalidades de empleo en esta rama productiva. Entre los múltiples cambios, señalaremos dos que apreciamos más importantes. Por una parte, la composición de la remuneración de los empleados, en la que ha disminuido la parte que fija en beneficio de fórmulas de distinto tipo que vinculan el salario a las ventas que cada trabajador o un equipo realizan. Es cierto que las Acomisiones@son antiguas en el comercio, pero el peso que hoy tienen parece ser mucho mayor; este factor, en un marco jurídico que es muy flexible para establecer el tiempo de trabajo, ha conducido a una expansión inmoderada de la jornada laboral.

En segundo lugar, en las grandes tiendas se generaliza, cada día más y bajo diversas fórmulas, la práctica de subcontratación. Los trabajadores que se encuentran laborando en una multitienda tienen empleadores distintos, tras lo cual hay una mutiplicidad de contratos de prestación de servicios entre empresas. Es frecuente que se recurra a las empresas de trabajo temporal, en cuyo caso se conforma la figura de suministro de personal, o bien se configuran otras formas de subcontratación de servicios o de trabajo.

De manera que entre los trabajadores de las grandes tiendas hay un segmento de empleados dependientes cuyo empleador es directamente la tienda principal. Son trabajadores con contrato indefinido o temporal y que se rigen por las normas laborales comunes de los dependientes, contenidas en el Código del Trabajo. Las actuales estrategias de comercialización, con ritmo muy intenso en determinados períodos, exigen frecuentemente trabajadores por tiempo determinado, por lo que los empleos temporales son frecuentes. Hay, también, segmentos de trabajadores subcontratados a los que es aplicable una normativa más discutida y precaria. Estos puntos ya fueron tratados.

Pero hay una modalidad de inserción que no encaja exactamente en la figura de subcontratación. Son los llamados *Aconsultores*, que en su gran mayoría son mujeres. Estas trabajadoras son contratadas por una empresa productora de determinados bienes o servicios que sean susceptibles de venderse en una multitienda. La relación entre la empresa productora y la gran tienda no es la clásica de compraventa del producto o servicio, ni tampoco la de subcontratación por la que la primera encarga a la segunda un servicio. Es de distinta naturaleza, ya que se acuerda que la tienda proporcione a la productora un espacio en su local y también infraestructura, para que allí instale, organice y gestione la comercialización de su propio producto o servicio. Chocolates, flores, perfumes, ropa interior, productos ópticos o de fotografía, artículos deportivos, son algunos de los productos comercializados de esta manera. A la tienda no le importa el éxito o fracaso de la comercialización, pero exige a la productora que coloque a un empleado que se encargue de la venta. Esta última contrata a ciertos trabajadores para que operen en este espacio al interior de la multitienda. Estos comercios son llamados *Aislas* y quienes trabajan en ellas son los *Aconsultores*.

Los consultores son contratados por la empresa productora con la cláusula de ser cambiados de local al arbitrio del empleador. Sin embargo, no son movidos con extrema frecuencia; no son extraños los plazos de seis meses en un mismo local. Muchos tienen contrato indefinido y llevan varios años en este mismo empleo.

A pesar de ser llamados *Aconsultores* su tarea no es sólo promover sino que consiste también en vender, comercializar los productos de su empresa. Suelen trabajar en conjunto con un empleado dependiente de la tienda. Están sometidos a la disciplina de la tienda, al horario bajo el cual ésta funciona, incluso quedan bajo la subordinación de jefes que son mandos medios de la tienda. Es frecuente que reemplacen a trabajadores de la tienda en las ocasiones en que éstos estén ausentes y se produzcan cuellos de botellas. Los consultores aceptan la subordinación a fin de evitar las quejas o la *Adevolución* de ellos que hace la tienda a la empresa y que puede tener como consecuencia su despido o su traslado de local.

Los beneficios que se entregan a los dependientes de la tienda no alcanzan a los consultores, salvo situaciones muy excepcionales. La entrada a una gran tienda como consultor es, en algún sentido una postulación a un puesto de vendedor directo de la tienda; debido a que la relación con las jefaturas de ésta es bastante estrecha, este tránsito suele ocurrir.

c.- Instrumentos de Regulación del Trabajo

La regulación legal de los trabajadores de grandes tiendas es la común al resto de los trabajadores en Chile, esto es, la contenida en el Código del Trabajo, texto legal que no prevé un estatuto diferenciado para este tipo de trabajadores.

d.- Problemas de Protección

Los problemas de protección están radicados principalmente en la dificultad para demandar el respeto a las condiciones de trabajo debido a que su empleador no puede responder de condiciones de trabajo que él no maneja; éstas dependen de la tienda, que no es su empleadora. Y por otra parte, debido a que no hay subcontratación, la empresa principal no tiene respecto de los Aconsultores@las responsabilidades propias de esta figura.

En las multitiendas más grandes y exitosas, se estima que aproximadamente una cuarta parte de los vendedores son trabajadores externos, que bajo distintas modalidades dependen de empleadores distintos a la tienda principal. Debe tenerse en cuenta que cada vez más en estos establecimientos se tiende a la idea del vendedor@integral@, quien ofrece y promueve, realiza la venta, cobra y empaqueta. Con ello van disminuyendo o desapareciendo los cajeros y los empaquetadores.

3.- CASO DEL CONDUCTOR DE CAMIONES EN EMPRESAS DE TRANSPORTE.

a.- Calidad Jurídica del Chofer de Camiones en empresa de transporte.

En este tipo de trabajadores, es posible advertir en Chile diversas modalidades de prestación de servicios, que configuran, a su turno, distintas calidades jurídico laborales:

a.1.-Existen los choferes de camiones que son dueños de un vehículo de carga y que ofrecen libremente sus servicios en el mercado, prestando servicios de transporte directamente a una pluralidad de terceros, en virtud de contratos mercantiles de Atransporte de carga terrestre@

En este caso, se trata de trabajadores estrictamente autónomos, en cuanto no dependen ni están subordinados jurídicamente a ningún empleador, y corresponde a la categoría ya señalada de Aindependientes puros@.

b.2.- Los dueños de vehículos que los arriendan para una empresa de transporte que presta servicios a terceros, incluyendo el arriendo, el servicio de conducción y manejo de los respectivos vehículos.

En este caso, si existe dependencia económica con la empresa cliente, se tratara de un trabajador A independiente en condiciones de dependencia@, que por la ausencia de

regulación legal protectora, como se señalo en al acápite correspondiente, quedara regido por las normas de derecho común civil o mercantil.

b.3.- Los trabajadores de las personas señaladas en el caso anterior, quienes están sujetos a un vinculo laboral común, y prestan sus servicios en condición de subordinación y dependencia.

b.- Principales instrumentos de regulación de trabajo:

La regulación jurídica del trabajador chofer de camiones puede ser de dos tipos, según sea la modalidad en que se presten los servicios: o se trata de una relación de subordinación y dependencia del chofer respecto de una empresa de transporte o de cualquier otra, o se trata de una relación de orden mercantil, sin presencia de subordinación.

En el primer caso, la regulación jurídica queda entregada a la legislación laboral común contenida en el Código del Trabajo, que no contempla en la generalidad de las materias normas especiales para regular a este tipo de trabajadores, con excepción de la regulación de la jornada y los descansos de los choferes de carga terrestre interurbana, donde es posible, por la naturaleza de los servicios, encontrar algunas disposiciones especiales que se refieren a las siguientes materias:

a.) La jornada ordinaria de trabajo de este tipo de trabajadores, a diferencia de la común de 48 horas semanales, corresponde a 192 horas mensuales, según lo señala el artículo 25 del Código del Trabajo. Asimismo, estos trabajadores, deberán tener un descanso mínimo ininterrumpido de ocho horas dentro de cada veinticuatro horas.

b.) El sistema de control de jornada, que en el caso del común de los trabajadores, corresponde a un registro de asistencia o un reloj control, se encuentra determinado en una resolución de la autoridad administrativa, N1 204 del 15 de Julio de 1998, y opera a través de un documento especial denominado Alibreta de registro diario de asistencia@, que debe ser llenada con los datos que corresponda por el trabajador, siendo de carácter individual e intransferible.

En el segundo caso, sin contrato de trabajo de por medio, la regulación del chofer de camiones corresponde a la común del trabajador autónomo, esto es, según explicamos en su oportunidad, el Código Civil y la legislación mercantil que corresponda, según sea el contrato celebrado por las partes.

Sin embargo, esta aparente claridad acerca de la regulación normativa entre el trabajador chofer de camión y la empresa a la que presta servicios se ve ensombrecida por una frecuente

forma de contratación de este tipo de personal que, en determinadas condiciones, puede encubrir una relación laboral con la empresa beneficiaria.

En efecto, es común que grandes empresas, en los denominados procesos de externalización productiva, entreguen el flete de sus mercaderías y productos a empresas dedicadas al rubro del transporte, quienes prestan los servicios con sus propios trabajadores.

Dicha figura no tendría nada de extraño, y se trataría de un caso de subcontratación más aceptado y regulado por nuestra ley laboral como se señaló en su momento, si no fuera por dos rasgos bastantes especiales: por una parte, las empresas de transporte son entidades con estructuras bastante menores y precarias, cuyo único cliente es la empresa beneficiaria, y por otra, esta última ejerce un control extremadamente riguroso sobre la prestación de los servicios de flete, incluido el chofer del camión respectivo.

En ese cuadro surge la duda) Cual es el rol jurídico laboral de la empresa cliente o beneficiaria?,) Deberá ser considerado solo un Acargador en términos de la ley mercantil?

En esa situación, no es difícil que se produzca un encubrimiento de una relación laboral entre la empresa cliente o cargadora y los choferes de la empresa de transporte o porteadora, que disfrace al verdadero empleador, sin perjuicio que dicha determinación es siempre compleja.

La complejidad para calificar este tipo de situaciones es posible de constatar en un dictamen de la Dirección del Trabajo, N° 1486/80, del 11 de Marzo de 1994. Frente al hecho que la empresa Comercial C.C.U Santiago S.A. emplea en la distribución y entrega de sus productos elaborados, los servicios de transportistas privados, relación que se concreta mediante un contrato de transporte regido, en particular, por las normas del Código del Comercio y que dicho contrato individualiza a las partes como Cargador y Porteador, dicho órgano administrativo señala que del análisis de los antecedentes referidos en párrafos anteriores se colige que es la empresa comercial CCU Santiago S.A. quien define los objetivos y políticas a las cuales deben someterse los Porteadores cuyo incumplimiento puede llevar al término del contrato de transporte en el cual se contienen. De esta forma, el porteador debe cumplir con todos los procesos administrativos y operativos que la empresa ha definido para expender sus productos, implicando ello que el personal contratado por aquel, debe también someterse a tales procedimientos considerándose esto como parte de las funciones establecidas en los contratos individuales suscritos entre los fleteros y los porteadores, sin que este sometimiento al marco organizacional de la empresa signifique, en opinión de este Servicio, que se generen condiciones que hagan presumir subordinación y dependencia del referido personal con dicha empresa.

c.- Problemas de protección

Los principales problemas de protección de los choferes de camiones y de carga terrestre son los siguientes:

a.1- Difícil Fiscalización.

Por la naturaleza de los servicios, el control del cumplimiento de las leyes laborales que rigen el sector es extremadamente complejo, cuestión que incluso ha motivado que materias como las jornadas deben ser fiscalizadas, como se señaló, mediante diversos mecanismos especializados, cuya puesta en marcha no ha estado exenta de problemas.

Lo anterior, genera problemas del respeto de los derechos laborales de este tipo de trabajadores, en especial de aquellas materias cuya constatación no es exclusivamente documental, como el respeto a la jornada máxima y los descansos, o las condiciones de higiene y seguridad.

a.2- Derecho Colectivos.

Los choferes de camiones están dotados de la plenitud de los derechos colectivos, tanto en lo referente a constituir organizaciones sindicales, como a implementar acciones colectivas de defensa de sus intereses, tales como la negociación colectiva y la huelga.

Sin embargo este plano normativo se encuentra con una realidad muy distinta, ya que la forma de prestar los servicios, con horarios distintos e individuales, y sin mayor contacto cotidiano, genera objetivamente un escenario poco favorable para la acción sindical y el ejercicio de los derechos colectivos.

VIII.- BREVES CONCLUSIONES.

Para los autores de este informe, el trabajo solicitado por la OIT ha sido de un enorme interés profesional. Ello, porque ha permitido por una parte revisar y reflexionar el sistema de protección legal al trabajo, vigente en el país: sus carencias, debilidades e inadecuaciones y por otra, pensar con seriedad y sistemáticamente la vigencia y proyecciones de un derecho laboral protector.

La búsqueda de información ha permitido dejar al descubierto la debilidad en materia de conocimiento y diagnóstico que impera en el país en el ámbito de las relaciones de trabajo y de la estructuración económica en general.

En particular es preocupante el desconocimiento que existe (o más sutilmente dicho, la debilidad de los datos) relativo a la estructuración de las empresas, a su cantidad, su relacionamiento y a la realidad y cuantía del segmento de empleadores. La falta de información no sólo afecta a la calidad de las políticas públicas en el área, sino también a una estructuración de un sistema de relaciones laborales acorde con la dinámica de recomposición permanente de las unidades económicas.

La incertidumbre en las relaciones de trabajo no sólo deriva de una gran movilidad en el empleo de los trabajadores; está ligada también, a raíz de una competencia globalizada y muy feroz, a la sobrevivencia económica de las empresas, es decir, a su tasa de mortandad. Esta situación de incertidumbre en la vida de las empresas se ve incrementada por el proceso de fragmentación y desconcentración productiva lo que produce un aumento sustantivo en el peso específico de la pequeña y de la micro empresa al interior de la actividad económica.

En estas circunstancias la dimensión de la tutela colectiva cobra una particular importancia y plantea grandes desafíos; en efecto, si entendemos como un sistema de relaciones laborales a la forma como se interrelacionan, dialogan y articulan los actores sociales para la solución de sus controversias y para la implementación de sus acuerdos, el tema organizativo de trabajadores y empleadores se presenta como esencial.)Cómo puede el Estado plantearse la articulación y representación efectiva y autónoma del sector empleador si no se conoce su situación objetiva, su realidad empírica?

Otra conclusión de este trabajo está referida al convencimiento definitivo de que a pesar de los grandes cambios en los paradigmas productivos el trabajo asalariado subsiste y seguirá subsistiendo por muchísimo tiempo más.

Se discute abierta o soterradamente la pérdida de vigencia y eventualmente la muerte del derecho del trabajo, en tanto se avanzaría indefectiblemente al fin del trabajo subordinado. Esta discusión parte de un error o ignorancia conceptual: la de reducir el trabajo asalariado a las formas típicas en que éste se desarrolló en la era de la industrialización. Lo que hoy día comienza a modificarse son las modalidades pero no los componentes esenciales de esa relación. Cambian los tiempos de trabajo (en algunas partes), se flexibilizan las jornadas; se modifican los lugares en que se realiza la prestación de los servicios y las formas de cálculo de la remuneración, etc; pero, se mantiene el trabajo personal que se realiza para un empleador determinado, quién se beneficia de él y paga, como contraprestación, una remuneración por ello.

Por lo tanto mientras subsistan los componentes básicos del trabajo asalariado deberá existir un régimen tuitivo del trabajador, quien continúa prestando sus servicios en una situación de desequilibrio contractual. Distinto es plantearse la revisión de los instrumentos con los cuales pretende obtenerse ese fin tuitivo. Ellos sin duda deben ser analizados y evaluados a partir de las nuevas realidades productivas y de organización de trabajo a fin de que puedan cumplir eficazmente su rol protector.

Otra conclusión que nos ha parecido relevante es la necesidad de concebir el régimen protector como un sistema compuesto por distintos instrumentos tutelares, los que deben desarrollarse y funcionar de manera complementaria y armónica.

Las normas legales pueden ser muy adecuadas, pero para su cumplimiento requieren de un control efectivo del Estado; requieren de garantías de acceso a la justicia laboral y requieren también y fundamentalmente, de un efectivo funcionamiento de la autonomía colectiva como fuente generadora de normas, las que cuentan con la legitimidad y capacidad de adaptación derivada del hecho de haber sido creadas por aquellos que se comprometen a cumplirlas.

Por último, la reflexión desarrollada en torno a un nuevo concepto de trabajador denominado en las bases del estudio solicitado como Atrabajador independiente en dependencia económica@ nos ha permitido vislumbrar una realidad que afecta a un segmento no cuantificado pero sin duda muy importante de personas que requieren de preocupación en materia laboral. Personas que viven de su trabajo y no de sus rentas. Personas, muchas de ellas con calificaciones profesionales y técnicas, que en un futuro cercano y con el avance de los sistemas educativos serán la tónica dominante de una fuerza de trabajo cada vez más educada, pero que a pesar de ello se ubican en una situación de desequilibrio económico que les afecta fuertemente en sus capacidades de contratación. Para ellas los Estados y la comunidad internacional a través de la OIT, deberán encontrar los mecanismos adecuados de protección a fin de hacer realidad la utopía que se expresa en un discurso oficial cada vez mas generalizado de lograr para la humanidad un A desarrollo sostenido y sustentable con la necesaria equidad social@.

Tal como se resaltara al inicio de este informe, a nuestro juicio sigue vigente la problemática social que dio origen al Derecho del Trabajo: la necesidad de proteger al contratante más débil en el campo de la actividad generadora de bienes y servicios; a aquel que por vivir de su trabajo se encuentra, por necesidades de sobrevivencia, en una situación de indefensión o de debilidad relativa para pactar sus condiciones: es decir, en una situación de dependencia económica que le genera un desequilibrio contractual.