

REDACCIÓN DE SESIONES

1

IV EXPOSICIÓN EXPERTOS

Concurren los expertos Marcelo Soto y José Luis Ugarte, profesores de Derecho del Trabajo de la Universidad de Los Andes y de la Universidad Diego Portales, respectivamente; Joaquín Cabrera, jefe de División de la Dirección del Trabajo, y Cristián Pumarino, asesor del Ministerio del Trabajo.

El señor Soto se refiere a los cambios de las relaciones laborales en el tiempo.

Condiciones laborales

Primero: la relación laboral permanente en el tiempo, en una empresa, con una jornada completa de trabajo y con una remuneración fija, que en la doctrina, en la jurisprudencia, se denomina relación laboral clásica, está siendo modificada por la realidad económica.

Segundo: surge el desafío para el derecho del trabajo o para la regulación laboral de descubrir cómo mantener la protección laboral.

Tercero: irrumpen las terceras empresas que dan servicios. En la doctrina esto se conoce como tercerización, externalización y, en el caso de la ley chilena, como subcontratación, en un caso, empresas de servicios transitorios, en el otro, básicamente en Europa, se denominan empresas de trabajo temporal.

En la búsqueda de protección hay dos tendencias. La primera es la protección heterónoma, que es la protección del Estado, clásica, histórica, que dicta legislaciones y reglamentos, con una entidad fiscalizadora preocupada de que las leyes laborales se cumplan, con un Poder Judicial que falle en justicia. La segunda es la protección autónoma, referida a casos más concretos, en que las partes llegan a acuerdos más directos. Es la misma sociedad civil la que avanza en acuerdos directos.

Se puede compatibilizar ambos tipos de protección y el desafío permanente del derecho del trabajo es protección junto con adaptabilidad a cada realidad. Pero se requiere que la protección autónoma sea realmente eficiente y con relaciones laborales lo más equilibradas posible. Y la autoridad administrativa, por deber constitucional, tiene que fiscalizar, por la vía del Poder Ejecutivo, de manera tal que, efectivamente, la ley se aplique.

En el caso de Chile, la autoridad administrativa tiene la facultad –es su obligación legal- de interpretar la ley. Pero, a la hora de fiscalizar, no debe entrar en el terreno de interpretar los contratos de trabajo.

En el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales, la autoridad tiene que cumplir su rol fiscalizador de las leyes laborales. Junto con eso, también debe interpretar la ley, pero en el acto fiscalizador, en ciertas ocasiones, esa interpretación podría cuestionarse.

REDACCIÓN DE SESIONES

2

Falta una revisión de la ley orgánica para permita que aclarar más los límites y los marcos, para no pasar, en el ejercicio legítimo de su facultad fiscalizadora, la línea que demarca la interpretación de la ley de la interpretación de los contratos.

En la relación laboral clásica, la jornada de trabajo era completa en la fábrica, el lugar histórico de las relaciones laborales, donde nace el derecho del trabajo, y por eso muchos conceptos que vemos en las leyes evocan a las fábricas, aun cuando se aplican al comercio, al sector servicios, a la industria.

La jornada de trabajo es otro desafío para todos los actores: Estado, trabajadores, empleadores, académicos y asesores de empresas, en el sentido de resolver, con la legislación vigente o con una nueva, el problema más complicado y el tema de fondo.

En el caso de los supermercados, la jornada de trabajo clásica, permanente y estable no es fácil, ya que la jornada parcial, o el denominado *part time*, que tiene un título en el Código del Trabajo que lo regula, es considerada precaria e ilegal. Se puede compartir que sea precaria, pero está en la ley, por lo cual es legal aplicarla. Ahora, si por *part time* se entiende trabajadores "a honorarios" y sin relación laboral, es otra cosa. Pero la jornada parcial, que en su momento fue incorporada en el Código del Trabajo con una visión flexibilizadora, es legal.

Pero, tanto en la doctrina como en la práctica, es necesario tratar la jornada de trabajo como uno de los aspectos que atañen a la dignidad del trabajador. Debe tener claridad sobre su jornada, sus horarios de entrada y salida, su tiempo libre, de la misma forma en que lo tienen todos los trabajadores full time.

La doctrina ha avanzado por el camino de una buena mezcla entre la protección y la adaptabilidad. Y por esa vía, la protección autónoma puede hacer mucho, porque no se puede estar dictando legislaciones especiales permanentemente. Puede, en un marco un poco más amplio, llegar a ciertos acuerdos que sean más flexibles, en que los trabajadores estén debidamente representados y que no se produzca una suerte de "adhesión individual" a lo que el empleador le dice. Porque, para un trabajador con baja remuneración trabajar dos horas más extra es algo significativo. Se trata, entonces, de que la ley amplíe sus límites, permitiendo que la protección autónoma legitime la adaptabilidad o flexibilidad respecto de la jornada de trabajo que es un tanto rígida en el Código del Trabajo.

El segundo aspecto que se puede citar en materia de jornada laboral, en el caso de los supermercados, es que, a veces, las partes confunden ciertas cosas.

La jornada *part-time*, jornada parcial, de tiempo parcial, es perfectamente legal. También el "*ius variandi*" del comercio, que se encuentra en el Código del Trabajo, norma que se refiere a las actividades del comercio cercanas a festividades, como Fiestas Patrias, Navidad. Quince días antes de esas festividades, el empleador, de manera unilateral -porque en materia laboral el *ius*

REDACCIÓN DE SESIONES

3

variandi tiene esa traducción: es una modificación unilateral del contrato de trabajo-, puede extender la jornada de trabajo por dos horas. Esas horas se deben pagar como horas extras, aunque las horas extras requieran pacto, tácito o explícito. Esto podría inducir a una cierta confusión o arbitrariedad.

La ley señala que se puede hacer trabajar dos horas extras diarias como máximo, pero nunca todos los días, porque la jurisprudencia ha señalado claramente que si se produjera todos los días, se debería alargar la jornada ordinaria.

En el caso de los supermercados, se puede haber caído en esta práctica, con el acuerdo de los trabajadores, porque ganarían bastante más con las horas extras. En ese caso deberían recurrir a la jornada autorizada.

La Dirección del Trabajo, por la vía administrativa -no legal-, ha regulado y ha fijado ciertos parámetros a la jornada autorizada. Ésta puede ser una herramienta de flexibilidad que debería utilizarse más en aquellas empresas, como los supermercados, que presentan estas rigideces o falta de movilidad.

Higiene y seguridad

El segundo aspecto que puede ser complejo en el caso de los supermercados es el de la higiene y seguridad.

En el caso de los supermercados, la higiene y seguridad depende del área del supermercado. Donde se corta carne se van a requerir ciertos elementos de seguridad, o los trabajadores que realizan obras en altura requerirán otros, diferentes a la generalidad de los trabajadores del supermercado. La solución es que los empleadores vean la norma, se dejen asesorar por los técnicos en prevención de riesgos y provean los diferentes elementos de seguridad requeridos.

En el caso de los reponedores, el tema de higiene y seguridad, es insoluble, porque es difícil ubicar su situación en la ley. Expone el señor Soto: “La empresa principal es la que provee el producto; luego, está la empresa contratista y los trabajadores. Pero ¿qué pasa con esa figura frente a las normativas de higiene, seguridad y accidentes del trabajo? El artículo 66 bis de la ley N° 16.744, sobre la gestión de seguridad y salud en el trabajo en obras, faenas o servicios, quedó consolidado con el reglamento que se dictó con el decreto N°76, que regula las responsabilidades y obligaciones en materia de higiene y seguridad que tiene la empresa principal.

Esto es fácil cuando se aplica a la figura clásica de la empresa principal dueña del inmueble que pone todos los elementos que el reglamento le exige y cumple toda la normativa. Sin embargo, cuando sobre la base de esta figura, la empresa principal está en un inmueble que no es de ella y compite con otras marcas, ¿qué posibilidades reales hay de que las normas de higiene y seguridad que la empresa principal está obligada a cumplir respecto de los contratistas se

REDACCIÓN DE SESIONES

4

aplique en un supermercado donde el inmueble no es de la empresa principal? El supermercado dirá que el inmueble es suyo. ¿Pero qué pasa si sucede un accidente grave o fatal? Si se aplica la normativa tal como está, el contratista debería suspender la faena. Es decir, si un reponedor sufre un accidente grave o fatal en la góndola donde presta servicios para la empresa principal -que sería la dueña del producto-, se debería suspender la faena, porque así lo determina la ley. Ahora, no sé cómo se puede suspender una faena en un supermercado. Supongo que la góndola donde ocurrió el accidente debe permanecer cerrada con un cordón, pero eso alteraría la actividad normal del supermercado y generaría una serie de problemas, porque tendrá que venir la autoridad respectiva o el fiscal, si el accidente termina con resultado de muerte o se cometió un delito. A mi juicio, la legislación tiene un vacío legal objetivo que nadie puede discutir, porque cuando se produce un conflicto, éste va a quedar entregado a la autoridad administrativa o al Poder Judicial”.

La legislación partió de la base de que la obra o servicio es siempre un inmueble. Si se considera que la empresa principal es la dueña del producto y no el supermercado, no se puede exigir al supermercado el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad.

Todo se solucionaría si se parte de la base de que la empresa principal es el supermercado y que el dueño del producto es el contratista, pero eso es bastante más discutible. Si bien es cierto se soluciona el problema de higiene y seguridad -porque si la empresa principal es el supermercado, ella es dueña de todo, con lo cual puede aplicar todo lo que quiera-, la debilidad que tiene esta figura es que es bastante discutible, u opinable al menos, de que el dueño del producto pase a ser un contratista del supermercado. Para ello el dueño del producto, de cualquiera de las marcas, junto con vender un producto, debería dar un servicio al supermercado, porque la base de un contratista es que da un servicio especializado, con trabajadores propios. Se entiende que el reponedor es de la empresa principal, que sería la marca, no el supermercado.

Para resolver estos conflictos, en Estados Unidos se observa una tremenda protección autónoma, donde existen sindicatos que son capaces de regular. Hay una amplia libertad para las partes en cuanto a definir esta figura y no tienen la limitante de una legislación que impone un marco.

En cambio, en el caso de Europa las empresas de trabajo temporal, ETT. Ésta es una figura distinta en donde se permite que la usuaria -que es el equivalente a la empresa principal- mande directamente a los trabajadores.

Si en Chile las EST tuvieran más causales, más plazos, estos problemas se superarían, porque respecto de la figura de la EST, la higiene y seguridad está directamente a cargo de la usuaria, que no es el empleador -porque existe una triangulación-.

Ahora, distinto sería que el supermercado tuviera trabajadores propios o que él contrate los reponedores con un contratista directo. Entonces, el supermercado le dice al dueño de la

REDACCIÓN DE SESIONES

5

marca: “Mi contratista para tus productos es tal y tiene tales trabajadores”. Pero en ese caso el supermercado es empresa principal y, en esa figura, el dueño del producto no está en la legislación. No es ni contratista, ni empresa principal, ni trabajador subcontratado, por lo cual él no estaría en esa figura, en la ley.

La relación comercial existente entre el dueño del producto y el supermercado, con la nueva legislación, plantea la interrogante de si tanto en la entrega del producto, como en su venta, se genera alguna clase de servicio. De ser así, un tribunal o autoridad administrativa podría interpretar que, desde cierta perspectiva, el dueño del producto posee la calidad de contratista, porque, si hay servicio, es contratista.

Esa situación representa la arista más complicada para las autoridades, debido a que resulta difícil determinar si el dueño del producto es más o menos contratista o si eso que parece servicio lo transforma en contratista. Si además de la venta se considera un servicio el traslado del producto hacia el supermercado, entonces ésta sería la empresa principal, y el contratista, el dueño del producto.

El señor Cabrera expresa que hay una frontera muy difusa respecto de las categorías laborales en que se prestan esos servicios. Por ejemplo, los cecineros son trabajadores contratados por empresas que proveen el producto, pero laboran en los aparadores de los supermercados. No obstante, ellos no necesariamente desarrollan servicios para las empresas que los contratan. De hecho, el cecinero de PF no sólo corta cecinas de esa marca, sino de la totalidad de los productos que están en el aparador, de manera que venden quesos de fondos del sur y cecinas de otras marcas.¹

¿Quién responde por estos trabajadores? El supermercado no responde, porque afirma que esos trabajadores son contractualmente dependientes de una agencia, pero esa agencia ha sido contratada por una empresa que entrega un determinado producto. Entonces, el principal problema es que, por la vía de los hechos, el trabajador presta un servicio a una empresa “principal”, pero que no aparece por ninguna parte.

Lo más sano es que la legislación, la autoridad administrativa o los tribunales vayan de antemano definiendo una norma especial, porque la realidad de los supermercados así lo requiere, porque hay tres posibles empleadores: la empresa que entrega el producto, la comercializadora que lo coloca en el supermercado y la agencia que contrata.

¹ De hecho, ayer, un grupo de dirigentes sindicales me relató que compañeros de trabajo que llevan trabajando juntos más de cinco años en el mismo aparador de un supermercado pertenecen a tres razones sociales distintas: Winter, PF y Zwan, y venden productos intercambiados, porque los clientes no buscan al cecinero de Winter para que le venda jamón de esa marca, sino para que atienda todos sus requerimientos materiales. Estos trabajadores tampoco son dependientes directos de la empresa que entrega el producto, sino que, generalmente, son agencias que le prestan el servicio a la empresa que entrega el producto. Entonces, se produce una especie de “sub-sub-subcontratación”.

REDACCIÓN DE SESIONES

6

El señor José Luis Ugarte consideraba que el sector de *retail* iba a la vanguardia de ciertos cambios en los tipos de relaciones laborales, sin embargo ha concluido que lo es la industria automotriz. De ahí vienen incluso los nombres de los modelos de trabajo: fordismo y postfordismo. Se está pasando de una etapa de fordismo a un modelo postfordista.

No hay estadísticas, pero el relato que tenemos, sobre descentralización y teletrabajo, proviene de los países desarrollados que han hecho una suerte de análisis estadístico mucho más fino. En Chile, está, por un lado, la Encla -la Encuesta Laboral-, y por otro, el seguro de desempleo, que arroja datos, porque los contratos se inscriben por el seguro de desempleo, pero considera exagerado hablar de que existen cambios revolucionarios en el mundo del trabajo.

El mundo del *retail* quizá es distinto, porque es un área avanzada, pero desconfía del discurso que plantea el haber dejado atrás el mundo del trabajo antiguo, en el cual había relaciones indefinidas con un empleador, y que ahora se está en un mundo nuevo donde todo es distinto.

Si se lee la Encla -que es la única encuesta laboral que hay-, se percibe que el 90% de los contratos en Chile siguen siendo indefinidos, y si uno ve los resultados que ha tenido la jornada parcial -que fue la forma de trabajar que se incorporó en la reforma de 2001, en el artículo 40 bis del Código del Trabajo-, no se necesita disponer de estadísticas para darse cuenta que no ha tenido ningún éxito en el mundo empresarial y del trabajo.

El caso del teletrabajo es similar. Chile es el primer país que lo ha legislado; por ejemplo, no hay ningún país europeo que tenga normas legales sobre teletrabajo y probablemente el número de teletrabajadores que tiene Chile sea ínfimo respecto de las realidades donde este discurso se originó.

El nuevo mundo del trabajo ha generado nuevos necesitados de derecho. El origen del derecho del trabajo se encuentra en tratar de compensar la debilidad de un contratante: el trabajador. Esa debilidad antigua se mantiene exactamente igual en nuestros días con las nuevas fórmulas de trabajo. Es decir, el fundamento de la norma laboral no ha cambiado un ápice. Ha cambiado la estructura del trabajo, pero la necesidad de proteger al trabajador es exactamente la misma; por lo tanto, se produce una paradoja, porque las nuevas formas de trabajar han creado nuevos necesitados de derecho del trabajo.

La experiencia comparada expresa -incluyo a Estados Unidos, país ejemplo de lo contrario- que, lejos de haber menos derecho del trabajo, cada día hay más. En el caso norteamericano no se produce a través de leyes sino a través de sentencias jurisprudenciales que, por ejemplo, limitan el libre despido. Hoy existe toda una doctrina judicial que ha hecho que algunos autores afirmen que ya no existe el libre despido en Estados Unidos. Pero se nos ha vendido la idea de que el libre despido es una regla absoluta en el contexto norteamericano.

El derecho del trabajo tiene que responder a la protección de la debilidad. Si se miran las figuras atípicas, como la jornada parcial, el teletrabajo, el suministro, la subcontratación, en

REDACCIÓN DE SESIONES

7

todas se mantiene la misma estructura: un contratante débil que negocia con un contratante fuerte. Ese contratante débil requiere de una protección legal que fije un equilibrio.

Por lo tanto, agrega Ugarte: “como profesional del área laboral, no participo del discurso, un poco llamativo, de que todo está cambiando y de que hay un nuevo derecho del trabajo completamente distinto al anterior. Probablemente, es el mismo derecho del trabajo de siempre, ajustándose a nuevas reglas. Les explico lo que quiero decir. Se ha dicho que la subordinación, como criterio central, está muriendo; pero la subordinación es el criterio central en cualquiera de estas nuevas formas de trabajo: jornada parcial, teletrabajo. En el teletrabajo podrán cambiar los indicios de la subordinación, en la medida en que ya no está el control físico, pero está el control tecnológico respecto de los trabajadores”

“Todas las nuevas formas de trabajar tienen subordinación, y lo mismo ocurre con la ley de subcontratación, porque las dos figuras que incorpora son de subordinación, más acentuadas que en el caso del trabajo normal. En el caso de suministros de trabajadores, a través de las EST, hay más subordinación que la normal porque no sólo está subordinado a su empleador sino también a un nuevo poder: la empresa que lo recibe, que es la usuaria. Por lo tanto, cualquiera sea el análisis que se haga, el derecho del trabajo, la subordinación y sus categorías clásicas responden básicamente a lo mismo. El derecho del trabajo no ha inventado grandes categorías novedosas para responder a esta realidad. Básicamente, la forma de responder es buscar un responsable de las obligaciones laborales. No hay mucha novedad en esto.”

El derecho del trabajo tiene dos herramientas centrales. Primero, la asignación de responsabilidad patrimonial por sobre el empleador, subsidiaria, solidaria o como se le quiera llamar. Es un mecanismo clave que está en todas las legislaciones, como está en la ley de subcontratación en Chile. El otro mecanismo clave es tratar de conjugar, en algunos casos, bajo una misma noción -como puede ser la de empleador o la de empresa- un conjunto de empresas que se aprovechan del trabajo subordinado de un mismo trabajador.

Más que el concepto de empresa, interesa el debate del grupo de empresas; es decir, la regulación de los grupos. Esto es una regla general en Europa. Por lo tanto, el derecho del trabajo opera con mecanismos más o menos tradicionales, que son los mismos: asignación de responsabilidad, agrupación de un concepto jurídico más grande, como el de empresa o empleador, el coempleador o la figura del empleador múltiple, y no hay espacio para inventar más que eso.

La ley de subcontratación es una mezcla de ideas tradicionales que el derecho del trabajador conoce desde hace tiempo. Que Chile llegue un poco tarde a la regulación, es otro tema, pero el suministro está regulado en Holanda desde la década del 60, y en buena parte de Europa, desde la década del 80. La subcontratación está regulada desde hace mucho tiempo.

REDACCIÓN DE SESIONES

8

El derecho del trabajo tiene nociones tradicionales, cualquiera sea el área en que se materialice, incluida la de los supermercados. Quizás falte una, pero que escapa a este ámbito: la negociación colectiva.

La ley de Subcontratación no tiene una regla de paridad de condiciones de trato, a pesar de lo que se ha dicho. O sea, la ley obliga a pagar y a tener iguales condiciones entre un contratado – y especialmente en el caso de los supermercados- y el trabajador directo, pero no el suministrado ni el subcontratado. Ésa es exactamente la ley que se dictó en España en 1994. Pero en 1999 ya todo el sector estaba cubierto por esa igualdad de trato negociada colectivamente.

En Chile falta el mecanismo –que quizás explique la sobre exposición de los organismos administrativos o judiciales-: la negociación colectiva, como un instrumento básico para armar estas negociaciones. Buena parte de estos problemas legales de tratar de traducir en leyes estas nuevas realidades tienen como base el hecho de que no hay acuerdo entre los sectores colectivos que, a veces, se adelantan a la regulación legal.

En Italia, el teletrabajo no está regulado en la ley, pero hay muchos convenios que cubren buena parte de los sectores porque han estado regulados colectivamente. Lamentablemente, falta un instrumento clave, la negociación colectiva, no sólo como un instrumento para aumentar los salarios -que es el punto que, quizás, genera esta objeción-, sino como un modo de organizar la empresa. Hay una norma expresa que lo prohíbe, una cosa un poco paradójica en términos del derecho comparado. En Chile, el empleador no puede negociar la forma de organizar la empresa con sus trabajadores, porque está prohibida la negociación sobre las facultades del empleador.

El abuso de la personalidad jurídica, en el sentido de montar, por ejemplo, 40 razones sociales para un solo negocio, está penado en todos los sectores, porque, aunque pasa más en los supermercados, también está ocurriendo en los bancos, diarios, etc. Basta ver los dictámenes de la Dirección del Trabajo.

Ugarte agrega: “Respecto del caso emblemático de los reponedores, no tengo dudas de que la ley de subcontratación tiene buenas herramientas para analizarlo, pero sucede que el relato sobre los reponedores no es único, ya que depende de con quien uno conversa. En ese sentido, creo que hay que fijar el relato en el sentido de mostrar la forma en que funciona el negocio y si se llega a ese acuerdo, es posible analizarlo desde el punto de vista de la ley. La ley no tiene complejidades para determinar si algo es suministro o subcontratación y cuál es la empresa principal. Lo que pasa es que el relato cambia según el actor que lo cuente. Si lo cuentan los supermercados, ellos sostienen que solamente reciben la mercadería y que, prácticamente, no la ven, que son un arrendador de espacio y no existen desde el punto de vista laboral. Pero cuando lo cuentan los proveedores, dicen que cuando entra el reponedor al supermercado, éste lo manda, aunque sea contratado, por ejemplo, por Coca-Cola.

REDACCIÓN DE SESIONES

9

Por lo tanto, creo que la Comisión debe fijar un relato único y determinar lo que está pasando. Si hay más de un relato, entonces es necesario cuantificarlo y aplicar el análisis legal correspondiente, que no tiene complejidades.”