

CENTRASS
CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



El Proyecto del Gobierno sobre **Jornada laboral y otras materias**

COORDINA | **DRA. IRENE ROJAS MIÑO**

CUADERNOS DE ANÁLISIS LEGISLATIVO

Nº 1

MARZO 2021

El Proyecto del Gobierno sobre
Jornada Laboral y otras materias

Coordina
Dra. Irene Rojas Miño

N° 1
MARZO 2021

Cuadernos de Análisis Legislativo N° 1

El Proyecto del Gobierno sobre *Jornada Laboral y otras materias*

Registro de Propiedad Intelectual: 2021-A-3406 // Versión Impresa: ISBN: 978-956-329-150-6

Registro de Propiedad Intelectual: 2021-A-3406 // Versión Digital: ISBN: 978-956-329-151-3

CENTRASS

Centro de Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de Talca

Coordina: Dra. Irene Rojas Miño

Marzo 2021

Impreso en Gráfica Funny S.A.

Índice

INTRODUCCIÓN	5
Irene Rojas Miño	
PARTE PRIMERA: Sobre jornada laboral	
• <i>Flexibilidad de la Jornada Ordinaria y Extraordinaria. Nueva jornada diaria de trabajo y la necesidad de tutela (o de soberanía sobre el tiempo)</i>	9
Natalia Márquez Venegas y Francisco Neira Reyes	
• <i>El trabajo a tiempo parcial: una modalidad de uso flexible de la jornada de trabajo que permanece olvidada</i>	33
Eduardo Caamaño Rojo	
• <i>La propuesta de reforma sobre jornadas de trabajo: el regreso al siglo XIX</i>	41
Irene Rojas Miño	
SEGUNDA PARTE: Sobre acoso sexual y laboral	
• <i>Acoso sexual y laboral en el proyecto modernizador: de espaldas a la experiencia</i>	43
Daniela Marzi Muñoz	
• <i>El Procedimiento de Acoso Sexual y Acoso Laboral en el Proyecto de Gobierno Modernización Laboral para la Conciliación, Trabajo, Familia e Inclusión</i>	51
Sergio Gamonal Contreras	
• <i>Minuta proyecto de ley, modernización laboral, temas de acoso sexual y acoso laboral. Consideraciones Preliminares y Mensaje del Proyecto</i>	55
Wendoling Silva Reyes	
TERCERA PARTE: Sobre la semana corrida y la remuneración variable	
• <i>La semana corrida y la remuneración variable (Modificación N° 23 del Boletín N° 12.618-13 sobre semana corrida)</i>	63
Lucía Planet Sepulveda	
CUARTA PARTE: sobre los derechos sindicales y el ius variandi empresarial	
• <i>La aplicación del ius variandi a los directores sindicales en las investigaciones empresariales</i>	66
Pamela Martínez Martínez	

QUINTA PARTE: Sobre las relaciones de trabajo en las plataformas digitales

- *Los desafíos del trabajo en la economía de plataformas* 75
Rodrigo Palomo Velez
- *Las propuestas de regulación del trabajo para las plataformas digitales en Chile* 78
Pamela Martínez Martínez

SEXTA PARTE: Comentario Final

- *El contenido del Proyecto del Gobierno sobre jornada laboral: medidas de desregulación de las jornadas y descansos laborales, y supresión de otros derechos del trabajo* 82
Irene Rojas Miño

El Proyecto del Gobierno sobre jornada laboral y otras materias

Irene Rojas Miño

Directora de CENTRASS

Introducción

Frente a las particularidades del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno del Presidente Piñera sobre jornada laboral y otras materias, que fuera presentado el pasado 14 de mayo de 2019 y originalmente titulado como "... modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión" (Boletín N° 12.618-13), el Centro de Estudios del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Talca, CENTRASS, ha convocado a profesores y abogados de la disciplina del Derecho del Trabajo para analizar los diversos aspectos que se incorporan en este Proyecto, las que se presentan en este Cuaderno de Análisis Legislativo, con el que el CENTRASS inaugura esta Colección de Estudios.

Más allá de su denominación inicial, este Proyecto se refiere a distintos aspectos de la regulación de las relaciones de trabajo incidiendo en aspectos tan relevantes como es la protección y desprotección de los tiempos de trabajo y de descansos. A efectos de este análisis se distinguen cinco secciones: (1) sobre jornada laboral, (2) sobre acoso sexual y laboral, (3) sobre la semana corrida y la remuneración variable, (4) sobre los derechos sindicales y el *ius variandi* empresarial y (5) sobre las relaciones de trabajo en las plataformas digitales. Finalmente, se presenta una reflexión general sobre el citado Proyecto de Ley.

1. Sobre jornada laboral se presentan tres trabajos. El primero está referido a la flexibilidad que incorpora la propuesta sobre jornadas ordinarias y extraordinarias, y es presentado por la abogada Natalia Márquez y el abogado Francisco Neira. En este trabajo se efectúa un incisivo análisis del contenido del Proyecto en estas materias, en cuanto, además de confrontar la propuesta con la normativa internacional, se analiza el concepto de flexibilidad y la categoría que se aplica en la propuesta legislativa, llegando entre otras conclusiones a la constatación de la dispositivización del tiempo máximo para trabajar.

El segundo trabajo es el relativo a la jornada parcial es presentado por el profesor Eduardo Caamaño. A partir del análisis del actual régimen jurídico de la jornada parcial y de las diversas posibilidades de flexibilización que dicho régimen incorporó, este estudio plantea el desconocimiento de la propuesta legislativa sobre este tipo de jornada y, consiguientemente, la falta de medidas que permitieran superar sus deficiencias.

El tercer trabajo es el de la profesora Irene Rojas Muñoz y se refiere al objetivo desregulador del Proyecto en la materia de jornadas de trabajo, utilizando para estos efectos la vía de la dispositivización de la norma legal ante la autonomía individual.

2. Sobre las propuestas de modificaciones a la regulación del acoso sexual y laboral se presentan tres trabajos. El primero es el de la profesora Daniela Marzi, quien efectúa su análisis desde una reflexión sobre los antecedentes que se tuvieron para la regulación del acoso sexual y, además, de la constatación de las graves deficiencias de su actual regulación, particularmente las referidas a las exigencias de su configuración, las que también se plantean en el régimen jurídico del acoso laboral. Sin embargo estas carencias no son enfrentadas en el Proyecto de ley que se analiza, sino que éste incorpora una propuesta que presenta diversos cuestionamientos, tal como se sostiene en este trabajo.

El profesor Sergio Gamonal, por su parte, junto con exponer el contenido del Proyecto en esta materia, plantea los graves retrocesos que significan las modificaciones propuestas, a saber: la insistencia de un posible abuso de derechos en las denuncias del acoso sexual, la externalización del proceso de investigación, las medidas que restringen el fuero sindical y la improcedencia de la acción de tutela de derechos fundamentales mientras se efectúe el proceso de investigación.

La abogada Wendoling Silva, por su parte, continúa con el análisis de las propuestas de regulación ante el acoso sexual y laboral. En su presentación destaca las incoherencias de la fundamentación del Proyecto respecto de los datos estadísticos por denuncias de acoso sexual y laboral. Asimismo, da cuenta de las particularidades de las modificaciones que se pretenden respecto del procedimiento, el que además se propone extender para el acoso laboral, ignorando de esta manera al procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

3. Sobre la modificación propuesta respecto de la semana corrida, la profesora Lucía Planet presenta un fundado análisis sobre el alcance del Proyecto en esta materia, específicamente respecto de su procedencia como remuneración variable y las diversas tesis que se sostienen, constatando que dicha propuesta legaliza la tesis restrictiva al establecer el devengo diario de la remuneración variable para la configuración del derecho de la semana corrida.
4. Sobre la aplicación del *ius variandi* a los directores sindicales en los procedimientos internos de la empresa, la profesora Pamela Martínez analiza el contenido del Proyecto de Ley Gubernamental sobre esta materia, específicamente la procedencia de la modificación de condiciones laborales de los directores sindicales, en este caso del lugar en que se debe prestar servicios, en los procedimientos disciplinarios que dirija el empleador. Tras un exhaustivo análisis de la normativa internacional y también interna la autora llega a la conclusión de la incompatibilidad de esta propuesta legislativa con el principio de libertad sindical.
5. Sobre las relaciones de trabajo en las plataformas digitales se presentan dos trabajos. El primero es del Profesor Rodrigo Palomo, quien analiza los desafíos del trabajo en la economía de las plataformas,

dando cuenta al efecto, tanto de las diversas categorías que plantean como de las principales interrogantes que se consideran, tal cual es el de la configuración de una relación laboral. Finalmente analiza las cuatro propuestas legislativas presentadas hasta ahora sobre tal interrogante, incluida la del proyecto gubernamental.

La Profesora Pamela Martínez, por su parte, analiza la dimensión de laboralidad en las prestaciones de servicios personales respecto de plataformas digitales en las últimas propuestas legislativas, efectuando un análisis crítico de las opciones planteadas: una relación laboral especial o un rechazo a la configuración de tal relación, tal como se plantea en la Propuesta del Gobierno.

Finalmente, se acompaña un artículo de la Profesora Irene Rojas Miño sobre el contenido general del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno, el que más allá de su denominación inicial como “modernización laboral para la conciliación familia e inclusión” pasando por el de “flexibilidad laboral”, tal como posteriormente lo denominó el mismo Gobierno, sostiene que debería llamarse como “medidas de desregulación de las jornadas laborales y supresión de otros derechos del trabajo”.

Aparte del concreto contenido de este Proyecto, como integrante del Centro de estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, CENTRASS, agradezco a los profesores y abogados que han participado en este Documento de Análisis Legislativo, referido al Proyecto del Gobierno sobre jornada laboral y otras materias, con el que se pretende aportar al debate público de estas materias.

Santiago, 08 de noviembre de 2019

Por motivos extraordinarios la publicación de este Cuaderno de Análisis Legislativo, “El Proyecto del Gobierno sobre Jornada Laboral y otras materias”, ha tenido un retraso, por lo que en definitiva se publica con el mes de marzo de 2021.

Irene Rojas Miño
Directora de CENTRASS

Santiago, 29 de marzo de 2021

Flexibilidad de la Jornada Ordinaria y Extraordinaria

*Nueva jornada diaria de trabajo y la necesidad de tutela
(o de soberanía sobre el tiempo)*

Natalia Márquez Venegas

Abogada Universidad de Talca

Francisco Neira Reyes

Abogado Universidad de Chile

I. Introducción

El 2 de mayo de 2019 se firmó el Proyecto de Ley sobre Modernización Laboral para la Conciliación Trabajo, Familia e Inclusión (Boletín N°12.618-13), señalando como sus pilares la adaptabilidad y conciliación de trabajo y familia, para una mejor calidad de vida; inclusión para todos, respeto y dignidad de la persona; y protección del empleo, capacitación del trabajador y nuevas formas de contratación.¹

Para lograr dichos fines se han propuesto una serie de modificaciones a la actual normativa, advirtiéndose a lo largo de la iniciativa que el concepto “flexibilidad” ha sido empleado reiterativamente, posicionándose como el mecanismo que permitiría aparentemente alcanzar los desafíos o pilares que se ha fijado el gobierno, circunstancia que, a la luz de las disposiciones que analizaremos, resulta ser especialmente paradójica.

Como se observará, la flexibilidad aparece en el proyecto como un objetivo en sí mismo y cuya idoneidad para lograr la prometida conciliación de trabajo y familia es cuestionable. En este sentido, será necesario tener presente qué es la flexibilidad, para qué o a quién sirve y como se introduce en las legislaciones, esto especialmente si se consideran los ejemplos empleados por el ejecutivo en el mensaje que antecede al Proyecto de Ley, aspectos que en este trabajo nos llevan a cuestionar la viabilidad de los objetivos de la iniciativa .

En lo que respecta a la jornada de trabajo, objeto de este estudio, el ejecutivo presenta una serie de propuestas que modifican la actual regulación, por lo que para realizar este análisis nos detendremos

1 Proyecto de Ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. (2019), p. 10.

específicamente en aquellas materias cuya determinación es entregada al acuerdo directo de las partes y que modifican el actual sistema de distribución y regulación de la jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, lo que como veremos tendrá repercusiones en una nueva concepción de la jornada diaria de trabajo.

Debemos recordar que la actual regulación la jornada ordinaria de trabajo es de carácter semanal no excediendo las 45 horas, las que no podrán distribuirse en más de 6 ni en menos de 5 días. Por otro lado, la jornada extraordinaria, al tenor del artículo 32 del Código del Trabajo, se vislumbra para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, utilizándose pactos de naturaleza transitoria, no superiores a tres meses y renovables por acuerdo entre las partes, las que corresponden sean remuneradas con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria.

Tales aspectos, que serán profundizados en este trabajo, son los que el Proyecto de Ley propone modificar a través de la introducción de la flexibilidad laboral, debiendo cuestionarnos, en primer lugar, el fundamento de estas medidas y, en segundo lugar, si el camino y la forma escogida resulta ser idónea para los diversos fines declarados por el ejecutivo, especialmente, en lo relativo a la conciliación de trabajo y familia, esto en atención al carácter tutelar de la disciplina laboral, lo que se ve cuestionado, según veremos, dentro de las lógicas flexibilizadoras.

Por lo expuesto y con el objetivo de realizar una adecuada revisión de las propuestas, al inicio del trabajo nos detenemos en nociones básicas de flexibilidad. Posteriormente, expondremos el contenido del proyecto en materia de jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo para, finalmente, detenernos en las eventuales consecuencias de la propuesta, en especial en relación a su viabilidad; la adecuación con los compromisos internacionales de nuestro país; los efectos en la salud de los trabajadores y el cumplimiento de los objetivos manifestados por el ejecutivo.

II. Flexibilidad laboral y la necesidad de derribar mitos en cuanto a sus fines

El ejecutivo parte de la premisa que introducir mayor flexibilidad es una necesidad en un mercado laboral que estima excesivamente rígido, lo que tendrá por objetivo, tal como dispone el texto, que las partes puedan incidir, entre otros aspectos, en las diversas formas de distribución de los tiempos de trabajo para ajustarlos a sus necesidades,² permitiendo de esta manera, superar la actual regulación.

Determinar qué es flexibilidad no resulta ser una tarea sencilla pues no existe un concepto inequívoco de

2 Proyecto de Ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. (2019), p. 13.

3 GAMONAL (2003), p. 60.

la misma, sino que más bien se trata de un concepto polisémico que es utilizado no solo por juristas, sino que también por economistas, administradores y sociólogos, entre otros.³ A pesar de ello y con el objetivo de ilustrar su contenido para efectos prácticos, podemos señalar que dice relación con la capacidad que tiene una empresa de ajustar el nivel y el calendario de los insumos de trabajo a los cambios de la demanda, modificar el nivel de salarios según la productividad y la capacidad de pago, y emplear a los trabajadores en tareas que atiendan las variaciones de la demanda.⁴

La literatura, en general, ha relacionado este concepto con medidas destinadas a favorecer la gestión empresarial, cuestión que sin duda podría tener distintas justificaciones. A pesar de ello, podemos señalar que lo medular de la flexibilidad es la eliminación, disminución, aflojamiento o adaptación de la protección laboral clásica, con la finalidad –real o presunta– de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de la empresa⁵, aspectos similares a los planteados por el ejecutivo en el mensaje del Proyecto, en el que se advierte la necesidad de flexibilizar la normativa laboral para generar más empleos.⁶

De lo anterior, es posible identificar que la flexibilidad pone bajo cuestionamiento los fines del Derecho del Trabajo. Así las cosas, se pretende pasar del exclusivo rol tutelar que posee la disciplina a un derecho que tienda a la generación de empleo,⁷ lo que evidentemente resulta cuestionable y puede generar una suerte de contradicción interna de la normativa, considerando que incorporar flexibilidad implicará relativizar espacios de protección otrora incuestionables.

En este sentido, el objetivo de la flexibilidad suele asociarse a un ideal en contraposición a la rigidez⁸, la que aparentemente generaría desempleo y que traería la necesidad de prescindir de la protección clásica. Sin embargo, debemos advertir que no existen estudios concluyentes en este orden de razonamiento, por el contrario, el desempleo parece responder, por sobre a la flexibilidad, a la necesidad de mantener la demanda al alza permitiendo la acumulación de capital.⁹

De esta forma, más allá de las intenciones manifestadas por el ejecutivo, un elemento objetivo de la flexibilidad será su búsqueda en pos de derribar las restricciones contenidas en las normas jurídicas de la legislación laboral¹⁰, esto con el objetivo de otorgar capacidad a las empresas para gestionar la fuerza de

4 OZAKI (2000), p. 2.

5 ERMIDA (2000), p.1.

6 Proyecto de Ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. (2019), p.14.

7 LÓPEZ (2004), p. 155.

8 El derecho del trabajo se erige desde una flexibilidad protectora, toda vez se encuentra vedada la modificación en perjuicio del trabajador conforme a la regla de indisponibilidad, que en nuestro país se encuentra reconocida en el artículo 5 del Código del Trabajo. Sin embargo, esta modificación es admisible cuando va en directo beneficio del trabajador. Véase ERMIDA (1992), p. 13.

9 GARCIA (2017), p.38 y ss.

10 Al respecto el profesor Ugarte señala que dicho objetivo tiene su fundamento en el conflicto general que el pensamiento económico neoliberal plantea: regulación versus eficiencia económica, en el entendido de que los mercados crean mayor riqueza mientras operen de manera más libre, por lo que la regulación se constituye como un impedimento para dicho crecimiento. UGARTE (2004), pp. 29- 30.

trabajo y hacer frente a las condiciones cambiantes del mercado, de muy variada naturaleza (tecnológicas, económicas, organizativas o productivas).¹¹

Una circunstancia distinta será señalar que, bajo determinadas condiciones y contextos, los trabajadores podrán incidir en la introducción de flexibilidad obteniendo diversos beneficios a cambio de liberalizar determinadas normas, entendiéndose que en dicho caso se conjugarían intereses colectivos debidamente representados, aspecto que dependerá de la forma en que se decida incorporar flexibilidad y no con la flexibilidad misma, la que como hemos señalado, en su origen, apunta a otorgar libertad de gestión a las empresas.

Ahora bien, es preciso señalar la flexibilidad puede recaer sobre diversos ámbitos, los mismos que marcan la regulación de las condiciones de trabajo en el Derecho Laboral.¹² En materia de jornada, la flexibilidad buscará adaptar los tiempos de trabajo a los requerimientos de la empresa, cuestión que presenta como eje el Proyecto de Ley y que el ejecutivo estima traería aparejado, adicionalmente, el eventual beneficio de conciliar el trabajo con la vida familiar.

A pesar de que la flexibilidad se intenta presentar como una necesidad actual, lo cierto es que debemos advertir que nuestro ordenamiento jurídico presenta diversas y amplias manifestaciones que responden a esta manera de organización del trabajo, distando mucho de tratarse de un fenómeno nuevo.¹³

De esta manera es posible identificar solo en el ámbito de los tiempos de trabajo normas especiales para el trabajo en turnos, regulación del trabajo nocturno, trabajo en domingo que, si bien se encuentran normalmente limitadas a ocupaciones y sectores particulares, se han extendido a variados grupos de trabajadores y actividades adoptando muchas formas, desde la anualización del tiempo de trabajo hasta la ampliación de la hora de cierre del comercio y los servicios públicos, semanas laborales comprimidas y normas más flexibles frente a las vacaciones¹⁴, teniendo todos estos casos la especial particularidad de que la ley ha sido preponderante en la forma de introducir estos cambios.

11 VALDÉS Y LAHERA (2010), p. 17.

12 En este sentido, en relación con los aspectos sobre los que recae la flexibilidad se seguirá la clasificación efectuada por el profesor Gamonal en su artículo "La flexibilidad Laboral: apuntes críticos". Así las cosas, es posible reconocer flexibilidad remuneracional, asociada a las medidas tendientes a vincular las variaciones de productividad y presión del mercado a los salarios; flexibilidad numérica, externa o en la contratación, relativas a medidas en que se introducen facilidades para poner término al contrato de trabajo y permitir la contratación de carácter atípico, como ocurre con el contrato a plazo fijo que en nuestro país se permite sin límite alguno al igual que la subcontratación, entre otras. Asimismo, es posible advertir la existencia de flexibilidad funcional, organizacional o interna, que busca permitir que el trabajador realice diversas actividades dentro de la empresa, introduciendo cambios en la organización del trabajo, tales como la reducción del número de clasificaciones de los puestos de trabajo y la ampliación de las definiciones de esos, lo que se asocia con medidas como la polifuncionalidad, entre otras.

13 ARELLANO Y GAMONAL (2017), p. 668.

14 DIRECCIÓN DEL TRABAJO (2004), p. 11.

En un estudio editado por la Organización Internacional del Trabajo –en adelante OIT–¹⁵, se han detallado los mecanismos utilizados en diversos países para introducir flexibilidad, siendo posible identificar la ley, el contrato individual de trabajo, la decisión unilateral del empleador y la negociación colectiva.

En el caso de la introducción de flexibilidad a través de la ley, esta será la que establecerá las “normas o reglas del juego”–*qué puede o no puede flexibilizarse y cómo debe realizarse*– como señalamos, derogando, sustituyendo o disminuyendo un determinado derecho.¹⁶ Este ha sido el mecanismo predilecto para incorporar flexibilidad en el país a propósito de nuestro modelo de relaciones laborales.¹⁷ Una segunda fuente de flexibilidad advertida y que no implica que sea óptima, es el acuerdo entre el empleador y el trabajador individualmente considerado, debiendo advertir que de no encontrarse reservado para mejorar mínimos legales, se traduciría en la disposición de los derechos irrenunciables y una eventual forma en la que podría esconderse una acción unilateral del empleador.

Un tercer mecanismo advertido por la OIT será la acción unilateral del empleador, la que puede ser ejercida de forma directa e indirecta, sea a través de la posibilidad de organizar el trabajo, el establecimiento de normas y la comunicación de órdenes e instrucciones o por medio de la presión de las empresas para intentar obtener el consentimiento de los trabajadores frente a determinadas demandas, respectivamente.

Finalmente, en relación con las fuentes de incorporación de la flexibilidad laboral encontramos la negociación colectiva, reconocida en el estudio de la OIT como un mecanismo idóneo por ajustarse a la realidad específica de las empresas, tratándose de un instrumento de equidad y justicia social y que tiende a la democratización de las relaciones de trabajo.

En este sentido, se plantea la posibilidad de conciliar el carácter tutelar del derecho del trabajo y la necesidad de flexibilizar determinadas normas, bajo la idea de concesiones mutuas de los directamente interesados¹⁸ o en la noción de flexibilidad condicionada¹⁹, entendida esta como beneficio recíproco de empleadores y trabajadores que se podría alcanzar a través de la negociación colectiva.

Evidentemente este modelo presupone una circunstancia básica: una verdadera democracia industrial o laboral al interior de las empresas, lo que tiene por correlato la existencia de organizaciones sindicales fuertes o robustas, toda vez el espacio tutelar del Derecho del Trabajo cede ante la protección de la propia

15 OZAKI (2000), pp.51 y ss.

16 Este mecanismo presenta una serie de falencias incluso con los fines de la flexibilidad. La ley carece de dinamismo, por lo tanto, resulta ser ineficiente para alcanzar situaciones particulares. Asimismo, los intereses tras una ley son diversos y muchos más amplios que el de los propios involucrados en una medida.

17 UGARTE (2010), p. 393 y ss.

18 OZAKI. (2000), p. 134.

19 PEREIRA (2001), p.74.

organización sindical que velará por el cumplimiento de las normas laborales, incluyendo las que se den las partes.²⁰

Lo anterior no ocurre en un modelo de relaciones laborales como el nuestro, descentralizado al nivel de empresa, en el que se genera un efecto que debilita y fragmenta los intereses de los trabajadores,²¹ impidiendo una adecuada acción colectiva a la altura de los aspectos que se encontrarán en juego, a saber, los otrora derechos irrenunciables.

Teniendo presente lo expuesto, considerando la naturaleza y finalidad de la flexibilidad laboral, sus formas de incorporación, necesario será detenernos en las propuestas del ejecutivo en materia de flexibilización de las jornadas ordinarias y extraordinarias de trabajo, con el objetivo de analizarlas a la luz de los fines propuestos y su impacto para los trabajadores.

III. La Jornada Ordinaria y Extraordinaria de Trabajo: Las propuestas del ejecutivo

a. La Jornada Ordinaria de Trabajo: su distribución semanal y mensual; los nuevos límites legales de la jornada diaria y la posibilidad de reducir y adaptar la jornada en vacaciones familiares

En materia de jornada ordinaria de trabajo el gobierno propone modificar el actual régimen asociado a 45 horas semanales e introducir alternativamente uno de carácter mensual. De esta forma, la jornada ordinaria de trabajo estaría compuesta por 45 horas semanales o 180 horas mensuales, último caso en que considerará cada mes calendario.

Esta propuesta que pretende modificar al actual artículo 22 del Código del Trabajo, se encuentra acompañada además de otra iniciativa relevante y que tendrá efectos en las remuneraciones de los trabajadores y en los límites de jornada, a saber, una nueva categoría o construcción de la jornada diaria de trabajo.

Debemos advertir que actualmente el artículo 28 del Código del Trabajo establece que, en ningún caso, la jornada ordinaria de trabajo podrá exceder las diez horas por día, periodo que de forma excepcional y transitoria, se podrá acompañar de hasta un máximo de dos horas por día, según reza el actual artículo 31 del Código del Trabajo, que regula la jornada extraordinaria de trabajo.

Ahora bien, la propuesta elimina este límite de la jornada ordinaria de trabajo, introduciendo en el nuevo artículo 22 del Código del Trabajo una regla relativa a que el trabajador no podrá permanecer en el lugar

20 Se ha señalado que una organización sindical es mucho más efectiva en el cumplimiento de las normas laborales que un ejército de inspectores. De esta forma, en países con niveles de aplicación bajos de la norma se explica la carencia de un movimiento sindical medianamente desarrollado. VILLAVICENCIO (2007), p.23.

21 HENRÍQUEZ Y RIQUELME (2006), p. 21.

de trabajo más de 12 horas continuas, considerando jornada ordinaria, extraordinaria y descansos. Adicionalmente, en la nueva disposición propuesta se consagra que en caso de que la jornada diaria sea superior a 10 horas, el trabajador tendrá derecho a una interrupción de esta para efectos de colación en un lapso no inferior a una hora, el que será imputable a la jornada diaria.

De esta forma, en la iniciativa se advierte la construcción de una idea de jornada diaria que abandona su actual composición en relación con los límites de trabajo, dando paso a una jornada diaria de trabajo de 12 horas siendo indistinta su composición asociada a horas ordinarias o extraordinarias, lo que tendrá múltiples impactos según veremos.

Ahora bien, la supresión relativa al tope de la jornada ordinaria establecida en el actual artículo 28 del Código del Trabajo, no será la única modificación propuesta.

De esta forma, a través de un nuevo articulado se viene a alterar la regla de distribución de las 45 horas semanales, que debemos recordar no podían distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días de trabajo, dando paso a una figura que reduce a cuatro días la distribución de estas horas. Asimismo, en atención a la inserción de una jornada ordinaria mensual, el nuevo artículo 28 del Código del Trabajo regula también la distribución de las 180 horas asociadas a cada mes calendario, estableciendo únicamente que no podrán prestarse servicios por más de seis días continuos.

En este sentido, relevante será advertir que la propuesta del ejecutivo implicará una modificación al actual artículo 40 bis del Código del Trabajo, a propósito de la jornada parcial del trabajo. De esta forma, la jornada a tiempo parcial será aquella jornada no superior a dos tercios de la jornada ordinaria, a la que se refiere el artículo 22, en cualquiera de sus modalidades, es decir, semanal o mensual, en ambos casos con una jornada diaria de 12 horas que podría estar compuesta exclusivamente por la jornada ordinaria de trabajo.²²

Finalmente, en materia de jornada ordinaria de trabajo y a propósito de su distribución, la iniciativa propone insertar un nuevo precepto, artículo 22 bis del Código del Trabajo, en el que se establece que las partes del contrato de trabajo podrán pactar durante el periodo de vacaciones familiares, distintas del feriado legal del trabajador, la adaptación o reducción de la jornada.

La adaptación de la jornada implicaría la prestación de servicios a distancia o teletrabajo, entendiéndose el primer caso como aquel pacto que faculta al trabajador a prestar sus servicios total o parcialmente desde su domicilio u otro lugar distinto de los establecimientos de la empresa y, el segundo, aquellos servicios prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones, o bien, cuando se trata de servicios que deben reportarse por tales medios.

22 Proyecto de Ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. (2019), p. 46.

En cuanto a la reducción de la jornada laboral durante el periodo de vacaciones familiares, se establece que las partes deberán acordar las condiciones económicas de dicha rebaja, las que, en ningún caso, pueden implicar una remuneración inferior a la proporción que corresponda según el número de horas trabajadas.²³

b. La Jornada extraordinaria de Trabajo: Las bolsas de horas extras y la compensación del sobretiempo de trabajo

Debemos recordar que el artículo 30 del Código del Trabajo establece que las horas extraordinarias corresponden a la que excede del máximo legal de la jornada ordinaria o de la pactada contractualmente, si fuese menor, y las siguientes disposiciones establecen las condiciones de su ejercicio, estableciendo que la jornada extraordinaria procede hasta por un máximo de dos horas diarias y que su establecimiento solo es posible para atender necesidades o situaciones excepcionales de la empresa.

Dichas disposiciones son objeto de modificación en la iniciativa del ejecutivo, pues se plantea un nuevo artículo 31 que presenta la posibilidad de establecer bolsas de horas extraordinarias que las partes pueden distribuir de acuerdo con ciertos límites legales.

Al respecto la normativa propuesta señala que podrán pactarse horas extraordinarias de hasta por un máximo de 12 horas semanales, cuando la jornada ordinaria se hubiese acordado distribuir en forma semanal y hasta un máximo de 48 horas extraordinarias en el mes cuando la jornada ordinaria se hubiere acordado distribuir de forma mensual. De esta forma, la norma propuesta elimina el máximo del actual pacto de jornada extraordinaria, asociado a dos horas de trabajo y que lógicamente se encuentra asociada únicamente a una distribución semanal de la jornada.

De esta forma, en el nuevo artículo 31 del Código del Trabajo se establece que la jornada extraordinaria de trabajo, con todo, no podrá exceder del límite establecido en el inciso primero del artículo 22 y al que se hizo referencia en el acápite anterior, a saber, un máximo de 12 horas diarias de trabajo, sin distinción entre horas ordinarias y extraordinarias.

Ahora bien, la iniciativa también plantea una segunda modificación en esta materia, las llamadas horas extraordinarias que se compensan por días adicionales de vacaciones. De esta manera las partes podrán establecer por escrito, al término de cada mes, que las horas extraordinarias realizadas podrán compensarse por días adicionales de feriado, en una relación de 1 hora extraordinaria por 1,5 horas de vacaciones, estableciendo como restricción un tope máximo de cinco días hábiles adicionales de descanso

²³ Proyecto de Ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. (2019), p. 50.

al año y que deberán ser ejercidos dentro de los seis meses siguientes al mes en que se originaron las horas extraordinarias.²⁴

IV. La necesidad de tutela de los trabajadores y los fines flexibilizadores de la iniciativa legislativa

a. La libertad del trabajador como premisa fundamental de la medida

La iniciativa del ejecutivo, detallada en el acápite anterior, se construye bajo una premisa cuestionable. El Proyecto de Ley plantea la necesidad de dar espacios de libertad al trabajador respecto a la forma en que administra su jornada laboral, pudiendo este decidir su distribución, con el objetivo de que exprese sus preferencias y las adecue a sus requerimientos, siendo declarado incluso como el único fin de la iniciativa por el propio Presidente de la República.²⁵

Esta afirmación no resulta técnicamente ajustada a lo perseguido con las medidas flexibilizadoras que, como se ha dado cuenta, buscan esencialmente otorgar espacios de libertad a la gestión empresarial, lo que también se evidencia en el proyecto de ley en el que se advierte la necesidad de garantizar competitividad o adecuación de las empresas al mercado.²⁶

Justicia será recordar que la flexibilidad, de acuerdo con la forma en que se implemente, podría eventualmente dar lugar a la denominada flexibilidad pactada o condicionada, sin embargo, esto solo es posible a través de la actuación de las organizaciones sindicales, en la medida que realmente cuenten con la suficiente autonomía y fuerza para incidir en esta materia, logrando una efectiva representación de los intereses de los trabajadores.²⁷

De lo anterior surgen varios aspectos relevantes de atender, en el entendido que la fórmula adoptada por el ejecutivo no es la colectiva y, adicionalmente, aun en este escenario no existen normas promocionales para fortalecer a la organización sindical. Por ello, indispensable será referirnos a la posibilidad de que un trabajador individualmente pueda adoptar una decisión libre en esta materia y que ello tenga aparejado un determinado beneficio asociado a la conciliación de la vida familiar y trabajo.

En este sentido, necesario resulta advertir que el proyecto de ley hace suyo, de forma parcial, el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, de 22 de enero de 2019, en el que se aborda, entre otros

24 Proyecto de Ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. (2019), p. 44.

25 PRENSA PRESIDENCIA (2018).

26 Proyecto de Ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. (2019), p. 9.

27 RASO (2014), p. 29.

aspectos, los tiempos de trabajo frente a los desafíos de la actual economía, señalándose la necesidad de los trabajadores de tener mayor soberanía sobre su tiempo.²⁸

El ejecutivo en la remisión del proyecto de ley olvida dos aspectos significativos, por un lado, el rol del diálogo social para alcanzar estas medidas y, por otro, que esta soberanía va acompañada de una necesidad advertida por la OIT en torno a reducir los tiempos de trabajo, lo que aumentaría la productividad y permitiría a los trabajadores tener más tiempo para sí mismos.²⁹

Resulta paradójico que la decisión del ejecutivo no considere esto y simplemente comprenda que es posible introducir flexibilidad a través del acuerdo de un trabajador con su empleador, en un escenario evidentemente desigual. Debemos advertir que el propio informe de la Comisión Mundial sobre Futuro del Trabajo, al que se hace referencia en el proyecto de ley, advierte la necesidad de revitalizar los espacios de representación colectiva para enfrentar los desafíos del futuro,³⁰ la que en nuestro país se encuentra debilitada por la propia regulación laboral.³¹

Considerando que, en caso de aprobarse la iniciativa, los trabajadores actualmente contratados no verán afectada su actual regulación de jornada, relevante será también considerar las condiciones en las que cada trabajador decidirá abandonar o mantener su actual régimen de jornada ordinaria y extraordinaria, es decir, los presupuestos para aceptar la renuncia a sus derechos otrora mínimos legales.

El presupuesto básico de protección del Derecho del Trabajo, entendiendo la relación jurídica existente entre un empresario y un trabajador, es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno, originándose un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por contrato de trabajo³², siendo necesario considerar esta situación de desequilibrio y su manifestación en nuestro país.

De acuerdo con datos de la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Chile obtiene uno de los peores resultados en relación con calidad de ingresos, considerando lo reducido de estos y los elevados niveles de desigualdad. Los ingresos reales son bajos y se sitúan en un tercio del promedio de los países de la organización, lo que se debe a ausencia de cualificación de los trabajadores y la elevada incidencia del empleo precario.

28 Proyecto de Ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. (2019), p. 11.

29 En este sentido relevante será considerar la iniciativa tendiente a la reducción de la jornada de trabajo, según se da cuenta en Boletín N°11.179 de la Cámara de Diputados.

30 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019), pp. 41 y ss.

31 CAAMAÑO (2016), pp. 385 y ss.

32 KHAN (1987), p. 52.

Se advierte una alta inseguridad en el mercado laboral, existiendo un riesgo similar a otros países de la OCDE en desempleo, sin embargo, el nivel de seguro para esta contingencia es muy inferior del promedio de la Organización, en cuanto a cobertura y tasas de sustitución de las prestaciones.

Finalmente, la Organización es concluyente al advertir que, ante niveles tan deficientes de protección social, muchos trabajadores podrían tener que aceptar trabajos precarios cuando no hay otros mejores disponibles,³³ escenario que muchas veces responde a una serie de medidas flexibilizadoras.³⁴

De esta forma, para comprender el contexto en que se generará esta supuesta negociación sobre distribución de jornada, no nos debiera asombrar que, de acuerdo a datos de la Fundación Sol, la mitad de los trabajadores en Chile percibe menos de \$350.000 líquidos³⁵, es decir, desde el ámbito individual pareciera que los trabajadores chilenos no han podido incidir en este tipo de materia, evidenciándose un síntoma de desequilibrio total que se verá reflejado en la regulación de la jornada.

En un escenario como el descrito, considerando lo manifestado por la propia OCDE, debemos advertir que la medida propuesta puede dar lugar a una profundización del empleo precario, entendiendo este como aquel que se caracteriza por inestabilidad en el empleo, falta de protección legal y sindical, y vulnerabilidad social y económica, un trabajo que es frágil, impredecible e inseguro.³⁶

A propósito de la falta de protección legal y sindical relevante será considerar que en la propuesta del ejecutivo es la ley la que cede los actuales mínimos protegidos en materia de jornada, considerando que estos son dispensables, esto con el objetivo que puedan ser acordados por el trabajador y su empleador. Tras la concesión de la protección legal, tampoco es posible observar, como consecuencia de nuestro modelo de relaciones laborales colectivas, un actor sindical preponderante ante escenarios de abuso y que pueda incidir en la necesaria protección de los trabajadores.

Debemos advertir que la ordenación del tiempo de trabajo ha sido siempre un aspecto de disputa en el marco de la relación laboral desde la génesis del Derecho del Trabajo hasta la actualidad, siendo cuestionable pretender una justificación para su disposición basado en la libertad que cada trabajador tiene para decidir, considerando el origen de este tipo de regulación.

En este sentido, nos enfrentamos a un vínculo que se erige desde una condición de desigualdad en el poder negociador, circunstancia que lleva a que las reivindicaciones obreras en materia de jornada se manifiesten a través de organizaciones que aglutinan el interés colectivo de los trabajadores. Esta

33 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. (2018), p. 1.

34 HENRÍQUEZ Y RIQUELME (2006), p. 88.

35 DURAN Y KREMERMAN (2019), p. 3.

36 CUEVAS (2015), p. 313.

reivindicación forma parte de los hitos que da nacimiento al movimiento obrero con la demanda básica de 8 horas de trabajo, 8 horas al descanso y 8 horas a la recreación.³⁷

De esta forma, la determinación de la jornada de trabajo es asumida inicialmente por la propia organización de los trabajadores ante la anomia existente en la materia y, posteriormente, por la propia legislación estatal que estableció determinados pisos legales como forma de atender a la necesidad de tutela y de paso pacificar en cierta medida el conflicto industrial³⁸, es decir, nos encontramos en la propuesta del ejecutivo frente a una medida evidentemente innovadora.

Considerando lo anterior, se advierte que la iniciativa se encuentra llena de paradojas. Otra de ellas, además de lo señalado respecto a la Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo y el diagnóstico del mercado laboral realizado por la OCDE, es el hecho que el ejecutivo ocupa como referencia para justificar sus medidas modelos de países que no pasan por alto las condiciones expuestas, de tal forma que ponen el acento en el rol de las organizaciones sindicales y, adicionalmente, adoptan medidas de flexibilidad que tienden a la reducción del tiempo de trabajo.³⁹

Por lo anterior, lo único claro que se observa en la iniciativa legal es que se abre un espacio para que el trabajador pueda abandonar una de las demandas propias del movimiento obrero, asociada a los límites del tiempo de trabajo e instalada por la acción colectiva, para que a la luz de los artículos 22, 28 y 38 del Código del Trabajo que se proponen, se avance hacia un escenario en el que cada trabajador pueda laborar hasta 12 horas diarias como máximo, indistinto si se trata de horas ordinarias y extraordinarias.

Evidentemente la negociación que se propone es cuestionable, más si tiene como antecedente la imposibilidad de los trabajadores de incidir en otras materias de la relación laboral como ocurre con las remuneraciones. Reconociendo esta situación, relevante será abordar un segundo aspecto a la luz de la iniciativa y que dice relación a los límites de la jornada de trabajo, siendo necesario identificar los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país en la materia y la necesidad de proteger la salud de los trabajadores, debiendo cuestionarnos incluso si es posible, aun garantizando la libertad del trabajador, negociar una jornada de trabajo en los términos planteados por el ejecutivo.

37 Este es el sentido de la denominada Gran Huelga del 1° de mayo de 1886, que terminó con la posterior ejecución de los líderes sindicales en Chicago, Estados Unidos y que daría paso a la conmemoración mundial del día del trabajador. Véase en GUTIERREZ et al. (2015), p.29.

38 GAMONAL (2018), p. 12.

39 En este sentido se señala que la reforma laboral en Francia aumentó las modalidades de adaptación de la jornada, sin embargo es preciso señalar que dichas modalidades se aplican sobre una jornada laboral ordinaria de 35 horas semanales, estableciendo un aumento en las horas de trabajo bajo circunstancias excepcionales, las que deben ser pagadas con un recargo equivalente al de horas extraordinaria. Asimismo, es posible identificar que Alemania, otro de los países citados en el texto de la iniciativa, introduce en los años ochenta una jornada laboral de 35 horas semanales, la que actualmente incluso alcanza las 28 horas en algunos sectores de la economía. En este sentido, y dejando de lado una serie de otros factores, ambos ejemplos parecen alejarse de la realidad nacional, no siendo posible establecer parámetros de comparación que permitan fundar lo señalado por el gobierno ni mucho menos constituirse como un modelo a seguir al momento de implementar la flexibilidad tal y como es entendida en el texto de la iniciativa legal.

b. Los instrumentos internacionales y la salud de los trabajadores

Al analizar la propuesta del ejecutivo se puede concluir que en términos prácticos es posible, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 y 28 del Código del Trabajo, que la generalidad de los trabajadores pueda adoptar una jornada ordinaria de carácter mensual de 180 horas, en las que puede laborar 12 horas diarias durante 6 días seguidas, concentrando tiempo y funciones en menos días, lo que se traduce en un trabajo semanal de 72 horas.

Ahora bien, a estas 180 horas mensuales se podría sumar, eventualmente, 48 horas de trabajo por concepto de jornada extraordinaria, lo que implicaría, al menos, 4 días adicionales de trabajo si se distribuyen dichas horas a través de jornadas diarias de 12 horas, esto en atención a lo dispuesto en el artículo 22 del Código de Trabajo que se ha propuesto.

En el caso de la jornada ordinaria semanal, las 45 horas semanales podrían condensarse en una distribución de 4 días, con el tope máximo de 12 horas diarias. Adicionalmente, estas 45 horas podrían verse acompañadas de una jornada adicional de 12 horas imputable exclusivamente a jornada extraordinaria, de esta forma un trabajador podría laborar en una semana hasta 57 horas de trabajo. Esto implica que en un mes en el que se realice jornada extraordinaria durante cuatro semanas se podría llegar a trabajar hasta 228 horas al mes.

En este escenario debemos advertir que a nivel internacional existen diversos instrumentos ratificados por nuestro país que se encuentran vigentes y que reconocen la necesaria limitación del tiempo de trabajo, el derecho que tienen los trabajadores de contar con espacios de descanso en condiciones satisfactorias y el disfrute de tiempo libre. Entre estos encontramos la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁴⁰, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966⁴¹ y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.⁴²

A esto debemos sumar diversos convenios específicos de la OIT que establecen limitaciones en las horas que puede trabajarse cada día o cada semana, dependiendo del modelo de ordenación del tiempo que adopte un determinado Estado.

40 En su artículo 24 dispone que “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”.

41 En su artículo 7 señala que “Los Estados Partes en el Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”.

42 En su artículo 15 establece que “Toda persona tiene derecho al descanso, a la honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico”.

En este sentido es posible identificar el Convenio N° 1 sobre las horas de trabajo industrial (1919), que establece un límite diario de ocho horas y de cuarenta y ocho horas de trabajo ordinario a la semana, cuestión que años más tarde, en 1930, se extiende para cubrir a la gran mayoría de los trabajadores, mediante la adopción del Convenio N° 30 sobre las horas de trabajo de los trabajadores del comercio y las oficinas, ambos ratificados por nuestro país.

Es necesario agregar que el límite de 48 horas semanales no se establece como fin último por la OIT y tuvo por objetivo ir disminuyendo la cantidad de horas de trabajo progresivamente. De esta forma en 1935, a través del Convenio N°47, se estableció el principio de las 40 horas semanales de trabajo como meta a alcanzar por los Estados miembros, el que no se encuentra suscrito por nuestro país pero resulta relevante de considerar, entendiendo que se justifica en el estímulo al empleo y contribuye a una amplia diversidad de objetivos, entre los que se encuentra el avance hacia el equilibrio entre trabajo y vida familiar.⁴³

Si consideramos lo expuesto respecto a la jornada ordinaria y diaria de trabajo podemos advertir que la iniciativa contraviene los tratados internacionales suscritos por nuestro país, toda vez es posible alcanzar jornadas de 12 horas ordinarias de trabajo e incluso, a través de la fórmula de la jornada mensual, podríamos advertir que implícitamente resulta factible para el ejecutivo fijar un tiempo de trabajo ordinario o regular a la semana de 72 horas, abandonando la regulación internacional.

A pesar de lo gravoso de lo anterior, necesario es precisar que no corresponde a la única infracción a los instrumentos internacionales que se advierte en el texto propuesto, pues a ello se debe agregar la especial regulación que se le otorga a la jornada extraordinaria.

En este sentido tanto en nuestro país, como en el Derecho Internacional del Trabajo se reconoce el carácter excepcional de la jornada extraordinaria, limitando su establecimiento y extensión. De esta manera se permite la realización de dicha jornada, bajo regla general, solo para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa y por un máximo de tres meses, pudiendo ser prorrogable, siendo esta prórroga a su vez de carácter excepcional y mientras se mantengan las circunstancias que dieron origen a su establecimiento⁴⁴, encontrándose dicha situación en concordancia con la Recomendación N° 116 de 1962 de la OIT.⁴⁵

43 LEE et al. (2008), p. 32.

44 ROJAS (2015), p. 200.

45 Al respecto la mencionada recomendación establece en su artículo 14 que “la autoridad o el organismo competente de cada país deberá determinar en qué circunstancias y dentro de qué límites podrán autorizarse excepciones a la duración normal de trabajo”. A su vez identifica como excepciones: “aquellas de carácter temporal tales como en caso de accidente o grave peligro de accidente; en caso de que deban efectuarse trabajos urgentes en las máquinas o talleres, en caso de fuerza mayor, en caso de aumentos extraordinarios de trabajo, para recuperar las horas de trabajo perdidas a consecuencia de interrupciones colectivas del trabajo motivadas por averías del material, interrupciones de la fuerza motriz, inclemencia del clima, escasez de materiales o de medios de transporte y siniestros, en caso de acontecimientos que pongan en peligro la seguridad nacional”.

La normativa propuesta, si bien mantiene el actual requisito en cuanto a que solo podrán pactarse para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, establece una nueva distribución de horas extraordinarias conforme a un cómputo de carácter semanal o mensual dependiendo de la modalidad de la jornada ordinaria, lo que plantea dos eventuales conflictos.

Por un lado, se observa una suerte de incentivo a la realización de estas horas de naturaleza excepcional, lo que queda demostrado con la idea de “bolsas de horas extraordinarias” y la posibilidad de intercambiar horas extraordinarias por días de feriados. De esta forma existe una suerte de programación ante el evento excepcional que justifica las horas extraordinarias, permitiendo en la práctica incorporar un modo de uso habitual o permanente de la gestión empresarial, lo que debemos advertir ya ocurre en nuestro país y evidentemente no resulta ser técnicamente apropiado.⁴⁶

Por otro, si consideramos la realidad nacional y la habitualidad de estas medidas, la distribución de las horas extras que se propone permite a un trabajador tener días adicionales de trabajo de hasta 12 horas diarias. De esta forma, se abandonan los actuales límites diarios de horas extras y se permite, de forma implícita, aumentar la jornada semanal o mensual lo que desnaturaliza una concepción de complemento a la jornada ordinaria.

De esta forma, observamos que la propuesta en materia de jornada de trabajo implica un claro retroceso en su regulación y una abierta contravención a los tratados internacionales, lo que se pretende justificar, como señalamos, en una cuestionable visión de libertad en el que los trabajadores podrían incidir en sus condiciones laborales.

No obstante lo señalado, necesario resulta analizar la propuesta incluso bajo condiciones de negociación garantizadas o a través un modelo de autonomía colectiva robusto, toda vez que debemos cuestionarnos la posibilidad de alcanzar una regulación de la jornada de trabajo en el sentido propuesto por el ejecutivo. Sin perder de vista el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado de Chile, el principal perjuicio se evidencia en el deterioro de la salud de los trabajadores y la afectación de su vida familiar, cuestiones que resultan relevantes a la luz de los propósitos declarados al formular la iniciativa legislativa, a saber, proteger la calidad de vida de las personas como rol fundamental a la hora de elaborar políticas públicas.⁴⁷

46 De acuerdo a datos entregados por la Encuesta Laboral del año 2014, es preciso advertir que en nuestro país en la actualidad los trabajadores realizan gran cantidad de horas extraordinarias, pese a las limitaciones existentes. En este sentido, Un 83% de los trabajadores de nuestro país cumple una jornada laboral de carácter ordinaria. A ello debemos añadir que un 44% de los trabajadores cumple una jornada extraordinaria en la semana, agregándose en promedio 3,2 horas a su semana laboral.

47 En este sentido el Proyecto de Ley señala que “...la presente iniciativa propone un cambio significativo a la organización de los tiempos de trabajo y descanso, así como a la jornada ordinaria y extraordinaria, entregando a las partes un conjunto de herramientas para compatibilizar de mejor forma la vida laboral y personal del trabajador, mejorando además la productividad de la empresa, todo ello en un contexto donde la calidad de vida de las personas cobra un rol fundamental a la hora de elaborar políticas públicas (p. 29).

Debemos recordar que la regulación o la ordenación del tiempo de trabajo tiene sus antecedentes en la protección de la salud de los trabajadores, siendo la primera magnitud que se tendrá en consideración al momento de su normativización.⁴⁸ Adicionalmente, la regulación se torna una condición relevante para la pacificación del conflicto industrial, buscando evitar la miseria de los trabajadores.⁴⁹

En este escenario debemos advertir que la ciencia médica ha afirmado que en jornadas extensas, determinando estas como aquellas superiores a 12 horas de trabajo, hay un rendimiento decreciente y un aumento de los riesgos en materia de seguridad laboral, por cansancio, desconcentración, y otros factores distractores sobre las tareas que se realizan.⁵⁰

De igual forma, una concentración de horas de trabajo como la pretendida por el ejecutivo implicará, en la salud de los trabajadores, una predisposición para presentar patologías crónicas, músculo esqueléticas y de salud mental, y en la posibilidad de manifestar conductas y hábitos “poco saludables”. En razón de ello, debemos señalar que los estudios apuntan a que en términos fisiológicos una jornada laboral de 8 horas diarias y 45 horas semanales es lo máximo que un trabajador debiera estar expuesto en su actividad laboral⁵¹, debiendo considerar en lo anterior, como ha dado cuenta la propia OIT, la necesidad de reducir progresivamente la jornada semanal de trabajo a 40 horas.

Ahora bien, es preciso señalar que para que la jornada de trabajo sea un elemento que contribuya a la salud y bienestar de los trabajadores, así como también a la consecución de metas de productividad por parte de la empresa, resulta indispensable que contemple los ciclos biológicos del trabajador. En ese sentido no basta la introducción de una jornada flexible, tal y como se propone en el texto del proyecto, sino que se debe considerar que el trabajador tiene ritmos circadianos que se ven afectados no solo con la sobrecarga de trabajo, sino que también con la implementación de una jornada laboral en un horario nocturno, por ejemplo, o que no considere la intensidad de las labores a realizar.⁵²

Ahora bien, la fórmula de inserción de flexibilidad laboral no es baladí, de acuerdo con lo señalado por la Organización Mundial de la Salud, la realización de jornadas de trabajo muy largas o fuera del horario normal y la falta de participación en la toma de decisiones constituyen factores de riesgo que inciden directamente en la ocurrencia de estrés laboral, uno de los principales problemas para la salud de los trabajadores y el buen funcionamiento para las entidades para las que trabajan.⁵³

48 MORENO (2014), p. 37.

49 Debemos advertir que no resulta casual que la Constitución de la Organización del Trabajo, establezca como fundamento de su nacimiento el hecho que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales. Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919)

50 ESPINOZA (2001), p.11.

51 MORETTI (2015), p. 62.

52 ARANGO (2009), pp. 40-42.

53 LEKA et al. (2004), p.1.

Paradójicamente, el “síndrome burnout” cuya conceptualización data de 1977, en la actualidad adquiere relevancia con este tipo de medidas. El burnout que se asocia a estrés laboral crónico, tiene un desencadenante relevante en las condiciones horarias de trabajo, como los trabajos a turno, altas rotaciones, trabajo nocturno, largas jornadas de trabajo, gran cantidad de horas extraordinarias o jornadas indeterminadas,⁵⁴ lo que tiene directa relación con la ausencia de disposición horaria por los trabajadores para el ocio y la familia, debiendo cuestionarnos si esto se logra con la iniciativa del ejecutivo.

Ya se diría en antaño, el hombre que no dispone de ningún tiempo libre, cuya vida, prescindiendo de las interrupciones puramente físicas del sueño y las comidas, está toda absorbida por su trabajo para el capitalista, es menos que una bestia de carga, se encontrará físicamente destrozado y espiritualmente embrutecido, transformándose en una simple máquina para producir riqueza ajena.⁵⁵ En este escenario, bajo la potencial duración de la jornada diaria propuesta, es necesario abordar los fines declarados por el ejecutivo y si se produciría el eventual beneficio de conciliación en favor de los trabajadores.

c. La ausencia de conciliación de vida, familia y trabajo y los fines de la flexibilidad propuesta

Considerando lo expuesto podemos advertir que la iniciativa carece de coherencia, en el entendido que comprende que la sola concentración de la jornada de trabajo permitiría la conciliación de trabajo y familia, obviando que el tiempo disponible tras una jornada diaria de 12 horas debe destinarse al descanso y recuperación.

De esta forma, cuando se expone como una necesidad la conciliación de trabajo y familia, lo primero que debemos cuestionar es la naturaleza de esta medida, toda vez no consagra una suerte de derecho de conciliación para los trabajadores de nuestro país y el hecho que la regulación propuesta impide en los días de trabajo extenso dedicarse efectivamente a otras labores.

Sin perjuicio del cuestionamiento realizado respecto a la extensión de la jornada diaria de trabajo, podemos advertir que la modificación propuesta, en caso que un trabajador incluso requiera adoptar esta medidas o busque la reducción o la prestación alternativa de servicios por vacaciones familiares, siempre penderá de la voluntad del empleador, lo que evidentemente desnaturaliza la posibilidad efectiva de conciliar el trabajo bajo la noción de un derecho. En este entendido, la posibilidad planteada se radica exclusivamente en el poder que detentan las partes, no siendo necesario reiterar la particular posición que asiste a un trabajador individualmente considerado.

54 MARTINEZ (2010), p. 64.

55 MARX (2010), p.70.

Un ejemplo distinto a lo pretendido es la regulación existente en el caso español, consagrándose a propósito de la conciliación el derecho de reducción de jornada, establecido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores.⁵⁶ En este sentido se ha señalado que estamos frente a un derecho completo e individual que surge cuando concurren los requisitos establecidos en la norma, quedando como derecho incondicionado una vez se han cumplido estos.⁵⁷ Situación similar ocurre con lo dispuesto en el artículo 37.6 de este cuerpo normativo que garantiza el derecho a reducir jornada para poder conciliar la vida familiar.⁵⁸

Evidentemente la propuesta del ejecutivo no realiza una apuesta efectiva como la construcción de un derecho que asista a los trabajadores. En este sentido, existe una única posibilidad general de concentrar las horas de trabajo, no quedando circunscrita solo a un supuesto de conciliación. Adicionalmente, siendo cuestionable la extensión de jornada, adoptar la concentración horaria queda sujeta a una eventual negociación en la que el trabajador raramente detendrá poder y de existir se generará una relación directamente proporcional entre la conciliación y el detrimento de la salud de los trabajadores.

En relación al hecho que nuestro país no reconozca un verdadero derecho de conciliación será paradójico considerar lo que ocurre en el caso del artículo 22 bis propuesto por el ejecutivo, en donde se busca compatibilizar el trabajo con las vacaciones familiares distintas al feriado legal del trabajador.

Conforme a la disposición legal propuesta, por más que el trabajador necesite compatibilizar su trabajo, a través de teletrabajo o reducción de jornada, depende nuevamente de la anuencia empresarial por lo que no se trata de un derecho propiamente tal. Es más, si se observa la regulación propuesta no se logra una conciliación plena del trabajo con la vida familiar, toda vez que si el mecanismo utilizado es el teletrabajo o trabajo remoto no existe una real protección de los espacios familiares de forma óptima, existiendo una suerte de contradicción en el sentido que ese trabajador se mantiene conectado a su trabajo.

En este sentido, a propósito de las modificaciones analizadas, es posible advertir que la OIT ha señalado que las medidas para conciliar el trabajo y la vida familiar son soluciones de política a nivel nacional, de la comunidad o del lugar de trabajo, que tienen por objeto facilitar el acceso al trabajo decente para los trabajadores y a tal fin tienen en cuenta y apoyan de manera expresa y sistemática sus responsabilidades familiares⁵⁹. Evidentemente, las formulas propuestas por el ejecutivo no apuntan en el sentido propuesto,

56 El artículo 37.5. del Estatuto de los Trabajadores dispone: "Las personas trabajadoras tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario. Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el apartado 7." Cabe destacar que el apartado 7 establece que esta reducción se hará efectiva en su jornada ordinaria y que en caso de disputa se resolverá por la jurisdicción social.

57 SALA Y BALLESTER (2012), p.62.

58 El artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, en lo pertinente, dispone: "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella"

59 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2011), p.8.

implicando la realización de jornadas de trabajo de 12 horas diarias un peligro para la salud de los trabajadores.

Ahora bien, es posible observar que esta medida abandona otra forma de atender la necesaria conciliación de la vida familiar y el trabajo, la que dice relación con la valoración del trabajo doméstico o reproductivo no remunerado y la necesidad de su resguardo y protección⁶⁰, lo que queda aún más claro cuando un trabajador debe en 12 horas libres, tras realizar su trabajo diario, descansar y dedicarse a labores domésticas no remuneradas.

Por lo anterior, podemos advertir que el supuesto beneficio que trae la modificación legal para los trabajadores no parece verificarse en la práctica y se demuestra la ausencia de un tratamiento integral tal como recomiendan los diversos convenios en la materia ratificados por nuestro país.⁶¹ De esta forma, la conciliación trabajo y familia se mantiene como una de las principales problemáticas del Derecho del Trabajo contemporáneo pero que ha tenido escasa recepción por parte del derecho laboral chileno como también ha sido objeto de escasa atención real⁶² desde un punto de vista de política social y laboral.⁶³

En este sentido, debemos advertir que las medidas para avanzar en la conciliación del trabajo y las responsabilidades familiares requieren replantear instituciones tradicionales del Derecho del Trabajo para adaptarlas a la nueva realidad social, así como el diseño e implementación de políticas sociales, de empleo y económicas en cuya elaboración debieran participar junto al Estado las organizaciones de trabajadores y empleadores del país.⁶⁴ En este sentido la OIT ha señalado que resulta relevante la consideración de diversas temáticas tales como la protección de la maternidad, paternidad y parentalidad, la no discriminación por responsabilidades familiares, el incentivo a la incorporación y permanencia de la mujer en el mercado laboral, entre otras.⁶⁵

Considerando lo señalado, evidentemente existe una concesión de la regulación de los límites de la jornada de trabajo a las partes que, conforme a lo expuesto, va en directo beneficio de las empresa y no de los trabajadores. Ahora bien, estimamos que la medida flexibilizadora tiene su acento en la reducción de costos laborales y plantea una serie de deficiencias que impactaran principalmente en los trabajadores.

60 En este sentido encontramos estrategias de secuencia, reducir jornada, derivativas, incentivar políticas públicas de cuidado y labores, y la necesaria reorganización de roles. Véase en ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009), p.79.

61 En este sentido es posible encontrar el Convenio N° 151 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

62 En este sentido, interesante es el proyecto de ley que modifica la carta fundamental para incluir, dentro de las garantías constitucionales, el reconocimiento al trabajo doméstico y a la labor consistente en el cuidado de personas. Boletín N°12.409-07 de la Cámara de Diputados.

63 CAAMAÑO (2004), p. 60.

64 CAAMAÑO (2007), pp.199-200.

65 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009), pp. 121-134.

En este sentido, evidentemente la jornada diaria de 12 horas propuestas por el ejecutivo puede ser realizada incluyendo exclusivamente horas ordinarias de trabajo, lo que permitirá evitar los recargos legales. De esta forma, la mayor disposición diaria del trabajador por parte del empleador no se encuentra acompañada necesariamente de un aumento en sus remuneraciones como ocurre en la actualidad, es decir, la medida ya no solo es nociva para la salud de los trabajadores sino que los empobrece económicamente.

De esta forma, la flexibilidad planteada impacta directamente en las remuneraciones y permite soslayar la Recomendación N°116 de 1962 de la OIT, en relación al recargo de las horas extraordinarias, esto si se considera su relación con los Convenios N°1 y N°30 que fijan la jornada diaria en 8 horas y el tope semanal en 48.

Este parece ser el objetivo que se plasma en plenitud de la propuesta del ejecutivo, en atención a que la gestión de los tiempos de trabajo, atender las oscilaciones de la demanda o hacer frente a las diferentes condiciones del mercado, expuesto como fin en el proyecto de ley⁶⁶, se verifica con determinadas dificultades en el caso de la jornada mensual. En el caso de la jornada semanal podemos advertir que no es un objetivo realmente buscado.

En el caso de la jornada mensual no se advierte la forma en que se canalizará la distribución de la jornada entre trabajador y empleador pudiendo generarse dos opciones:

Por un lado, en caso de prestarse servicios durante tiempos prolongados de una determinada forma, eventualmente la jornada de trabajo podría consolidarse bajo la doctrina de los derechos adquiridos y, en dicho escenario, el empleador requerirá la anuencia del trabajador para su modificación pudiendo este negarse, lo que abriría un evidente flanco de conflicto. Por otro, podría considerarse que nos encontramos frente a negociaciones constantes de las partes, lo que evidentemente resulta contrario a cualquier pretensión de estabilidad en materia laboral y programación de la vida del trabajador, lo que claramente genera una lógica de trabajo precario y deriva en un aumento de conflictividad al interior de las empresas.

Ambos escenarios de conflictividad se manifiestan lamentablemente con un trabajador individualmente considerado y con la ausencia de un actor colectivo relevante, consecuentemente, es posible que este tipo de realidad se transforme en una indirecta acción unilateral del empleador mediante la presión de la pérdida de la fuente de trabajo.

En lo que respecta a la jornada semanal, evidentemente no tiende a dar respuesta a las particularidades de un mercado fluctuante. Lo que logra esta forma de distribución es abaratar los costos laborales asociados a las remuneraciones del trabajador, toda vez que se puede desempeñar por hasta 12 horas diarias a través de tiempo imputable solo a su jornada ordinaria, requiriendo su modificación de un nuevo acuerdo.

66 Proyecto de Ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. (2019), p.12.

Lo expuesto evidentemente da cuenta de una iniciativa derechamente desequilibrada y que favorece de forma exclusiva a las empresas, especialmente si se considera lo expuesto en materia de conciliación, la que se encuentra derechamente ausente en la propuesta del ejecutivo. De esta forma no es posible observar beneficio alguno en favor de los trabajadores, lo que implica advertir que la iniciativa legal abandona los fines del Derecho del Trabajo, rompiendo con su rol tutelar, para generar una situación de desmedro de los trabajadores en materia remuneracional y de salud.

V. Conclusiones

El cumplimiento de una determinada jornada laboral no sólo constituye un deber para el trabajador, sino que también una garantía para este, y es en razón de ello que surgen los mayores cuestionamientos acerca de la implementación de un sistema de jornada flexible, puesto que nuestro ordenamiento jurídico carece de medios que permitan asegurar garantías mínimas en cuanto al cumplimiento del límite de la jornada máxima y el disfrute de los tiempos de descanso.

Cabe añadir a lo anterior, que a pesar de existir una extensa regulación en la materia y contar con un sistema rígido de acuerdo a lo señalado en el proyecto, el incumplimiento de la jornada laboral y el disfrute de los descansos se presenta como una de las materias más infraccionadas, lo que lleva a reflexionar acerca de los mecanismos de protección que tendrían los derechos de los trabajadores en el contexto de un sistema flexible, más aun considerando las trabas que se presentan actualmente para que sea una organización sindical, por ejemplo, el encargado de velar por dichas garantías y el nulo reconocimiento que se le da a la organización de trabajadores como agentes activos en la toma de decisiones en el Proyecto de Ley.

En razón de ello es que resulta necesario analizar la pertinencia de la introducción de la flexibilidad tal y como está señalada en la iniciativa legislativa en un modelo que presenta garantías cuestionables de acuerdo a lo ya expuesto.

En atención a ello es posible advertir que la iniciativa del ejecutivo, en lo que respecta a las modificaciones a la jornada ordinaria y extraordinaria por vía acuerdo de las partes, requiere una serie de ajustes para adecuarse a los fines tutelares del derecho del trabajo, a la normativa internacional e, incluso, a lo señalado por la Organización Internacional del Trabajo en la materia, como ocurre con la Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo.

En este sentido, la premisa sobre la que se edifica la iniciativa, relativa a la libertad del trabajador para determinar una nueva distribución de la jornada ordinaria y extraordinaria, aparece abiertamente cuestionable, especialmente si se consideran las condiciones laborales existentes en nuestro país, aspectos que incluso han sido advertidos por la propia OCDE.

En este escenario, cediéndose la protección de los mínimos legales y no existiendo organizaciones sindicales robustas, el trabajador al que se le otorga la posibilidad de negociar queda entregado a nuevas formas de empleos precarios.

En virtud de lo anterior es posible advertir que el rol tutelar de la disciplina no resulta observable en la propuesta, especialmente en la noción de jornada diaria de trabajo. En este ámbito se permite trabajar hasta 12 horas diarias por 6 días seguidos, lo que genera un evidente menoscabo a la salud de los trabajadores, el que se manifiesta en una serie de patologías como el estrés laboral crónico, lo que se suma mayores riesgos en materia de seguridad laboral.

Asimismo, la iniciativa importa una contravención a las obligaciones internacionales de nuestro país, específicamente los Convenios N° 1 y 30 de la Organización Internacional del Trabajo, siendo una evidente modificación a los límites semanales de la jornada, lo que va en dirección opuesta a la necesidad de reducir progresivamente las jornadas de trabajo.

Ahora bien, en este escenario tampoco resulta posible observar que se cumpla el fin conciliador expuesto por el ejecutivo en el proyecto, asociado a la compatibilización del trabajo y familia. En este sentido, un trabajador individualmente considerado carece de poder de negociación y, adicionalmente, aun cuando incidiera en ella, la medida propuesta impide en la práctica conciliación si consideramos que labora 12 horas diarias y deberá descansar el tiempo restante.

Asimismo, no se observa la configuración de un derecho de conciliación en favor de los trabajadores, en el sentido de que no existe capacidad de exigir una determinada jornada, pendiendo todas las medidas de la voluntad del empleador. En un marco amplio como el expuesto, la medida no se encuentra destinada exclusivamente a la conciliación, lo que permite generar un beneficio exclusivo para las empresas.

De esta forma, es posible advertir que se cumplen únicamente los fines flexibilizadores expresados por el ejecutivo, reduciendo fuertemente los costos laborales al permitir que el trabajador se encuentre a disposición del empleador durante más tiempo, hasta 12 horas, en el que no se genera recargo alguno para la empresa cuando solo se trata de jornada ordinaria.

Ahora bien, en el caso de la jornada ordinaria mensual, adicionalmente se advierte un claro problema a propósito de la modalidad de distribución, la que no teniendo reglas claras permite afectar la estabilidad que necesita un trabajador para poder administrar sus propios tiempos fuera del trabajo.

En conclusión, debemos advertir que esta medida resulta cuestionable no solo por la fórmula utilizada para incorporar flexibilidad, sino porque tendrá efectos nocivos en la salud y la vida cotidiana de muchos trabajadores, siendo necesario resguardar su dignidad para no profundizar la tendencia a la precariedad del empleo.

VI. Bibliografía

- ARANGO SANCHEZ, Catalina (2009): "Los ritmos cicardianos y la productividad laboral", en: Revista El Cuaderno- Escuela de Ciencias Estratégicas (Vol. N°3 N°5), pp. 39-57.
- ARELLANO, Pablo y GAMONAL, Sergio. (2017): "La Flexibilidad Laboral en Chile: El derecho social en un contexto neoliberal", en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XLX, N° 149.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2007): "Oportunidades de conciliación de trabajo y vida familiar en la legislación laboral chilena", en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N°29, 2°Semestre), pp. 171-202.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo. (2016): Crítica a las ideas fundantes del actual modelo normativo de negociación colectiva en Chile y a su reforma, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N° 46, 1° Semestre), pp. 381-406.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2004): "Conciliación de trabajo y vida familiar. Un análisis desde la perspectiva del derecho del trabajo chileno", en: Revista de Derecho (Vol. 16, Julio), pp. 59-84.
- CUEVAS, Hernán (2015): "Precariedad, Precariado y Precarización. Un comentario crítico desde América Latina", en Polis, Revista Latinoamericana (Volumen 14, N° 40), p. 313-329.
- DURAN, Gonzalo y KREMERMANN, Marco (2019): "Los bajos salarios de Chile, Análisis de la Encuesta CASEN 2017, Fundación Sol". Disponible en: <http://www.fundacion-sol.cl/estudios/los-bajos-salarios-de-chile-2019/>[visitado el 17/09/2019]
- ERMIDA URIARTE, Oscar (1992). "La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas", en: Revista lus et Veritas (N° 4), pp. 12-19.
- ERMIDA URIARTE, Oscar (2000): La flexibilidad. (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria).
- ESPINOZA, Malva (2001): "Calidad de Vida en el Trabajo: Reflexiones en Torno a la Inseguridad y el Malestar Social", en: Temas Laborales N°18, Dirección del Trabajo, pp. 2-17.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2003): "La flexibilidad laboral: apuntes críticos", en: Revista Laboral Chilena (Enero, 2003), pp. 60-68.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2008): Fundamentos de Derecho Laboral. (Santiago, Legal Publishing)
- GARCÍA y MORITZ CRUZ, Luis (2017): "Desempleo en América Latina: ¿flexibilidad laboral o acumulación de capital?", en: Revista Problemas del Desarrollo, 189 (48), abril-junio, pp. 33-56.
- GUTIERREZ, José (2010): Los orígenes libertarios del primero de mayo de Chicago a América Latina. (Chile, Santiago, LOM)
- HENRÍQUEZ, Helia y RIQUELME, Verónica, (2006): "Lejos del trabajo decente: El empleo desprotegido en Chile", en: Cuaderno de Investigación N° 30, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo. (Santiago, Dirección del Trabajo)
- KHAN FREUD, Otto (1987): Trabajo y Derecho (Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales).
- LEE, Sangheon; McCANN; Deirdre, MESSENGER, Jon (2008): El tiempo de trabajo en el mundo (Madrid, Editorial de la Organización Internacional del Trabajo).
- LEKA, Satvroula; GRIFFITHS, Amanda; COX, Tom (2004): "La organización del trabajo y el estrés", en: Serie Protección de la Salud de los Trabajadores (N° 3).
- LÓPEZ, Diego (2004): Derechos, Trabajo y Empleo. (Santiago, LOM).
- MARTÍNEZ PÉREZ, Anabella (2010): "El síndrome de burnout. Evolución conceptual y estado actual de la cuestión", en Revista Vivat Academia (N°112), pp- 1-39.

- MARX, Karl, (2010): Salario, Precio y Ganancia. Trabajo Asalariado y Capital (México, Centros de Estudios Socialistas).
- MORENO VIDA, María. Nieves (2014): "Configuración general del tiempo de trabajo: Algunas reflexiones críticas". En MONEREO PÉREZ, José Luis (2014): La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes. (Granada, Editorial Comares) p.37-56.
- MORETTI, Christian (2015): "Duración de la jornada laboral: Implicancias sanitarias y político-económicas", en: Revista Chilena de Terapia Ocupacional (Vol. 15 N°1), pp.57-64.
- MUNETO OZAKI (2000): Negociar la Flexibilidad. (Ginebra, Organización Internacional del Trabajo) .
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2011): Consejo de administración - 312.ª reunión, Ginebra, noviembre de 2011. Disponible en: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_163643.pdf> [Visitado el 17/09/2019].
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019): Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el futuro del Trabajo. (Suiza, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2009): Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social. (Santiago, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo).
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2018): La nueva Estrategia de empleo de la OCDE. Situación de Chile. Disponible en: <<https://www.oecd.org/chile/jobs-strategy-CHILE-ES.pdf>> [Visitado el 17/09/2019].
- PEREIRA LAGOS, Rafael (2001): "La Flexibilidad negociada", en: Revista Laboral Chilena (Año 11, N°5), pp. 73-77.
- PRENSA PRESIDENCIA (2019): "Presidente anuncia modernización laboral para la conciliación del trabajo, la familia y la inclusión". Disponible en: <<https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=95142>> [Visitado el 17/09/2019].
- RASO DELGUE, Juan (2014): "Reflexiones sobre el tiempo de trabajo y sus desafíos en el siglo XXI", en MONEREO PÉREZ, José Luis (2014): La ordenación del tiempo de trabajo en el Siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes. (Granada, Editorial Comares) P.11-36.
- ROJAS MIÑO, Irene (2015): Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo. (Santiago, Thomson Reuters).
- SALA FRANCO, Tomas y BALLESTER PASTOR, María Amparo (2009): Reducción y adaptación de la jornada por conciliación. (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- UGARTE CATALDO, José Luis (2010): "El modelo de trabajo en Chile y los derechos de los trabajadores, en: Informe Anual sobre Derechos Humanos" (N° 8 - Año 2010), pp. 381-405.
- UGARTE CATALDO, José Luis: Flexibilidad Laboral, Derecho del Trabajo y Análisis Económico del Derecho (Santiago, Editorial Lexis Nexis).
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y LAHERA Forteza, Jesús. (2010): La Flexiseguridad en España- Documento de Trabajo N°157/2010. (España, Fundación Alternativas).
- VILLAVICENCIO Ríos, Alfredo. (2007): La Libertad Sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT. (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria) .

El trabajo a tiempo parcial:

una modalidad de uso flexible de la jornada de trabajo que permanece olvidada

Eduardo Caamaño Rojo

Abogado, Doctor en Derecho (Universidad de Colonia, Alemania). Profesor titular de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

1. A través del Boletín N° 12.618-13 el Gobierno ha enviado al Congreso Nacional un proyecto de ley sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión. Entre sus diversos fundamentos, el Mensaje destaca la necesidad de asumir los desafíos reconocidos por el reciente informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT, publicado el 22 de enero del año 2019, el cual contiene un apartado titulado “Ampliar la soberanía sobre el tiempo”, en el cual se exhorta a los Estados a que se tomen medidas que faciliten una autonomía del tiempo de trabajo que satisfaga las necesidades de los trabajadores y de las empresas. Se agrega, en este sentido, que: “Los trabajadores necesitan mayor soberanía sobre su tiempo. La capacidad de tener más opciones y de ejercer un mayor control sobre sus horas de trabajo mejorará su salud y su bienestar, así como el desempeño personal y empresarial. Los gobiernos, los empleadores y los trabajadores deben invertir esfuerzos en elaborar acuerdos sobre la ordenación del tiempo de trabajo que permitan a los trabajadores elegir los horarios de trabajo, sujetos a las necesidades que tenga la empresa de una mayor flexibilidad. El diálogo social es una herramienta importante para forjar acuerdos innovadores sobre la ordenación del tiempo de trabajo adaptado a los trabajadores y a los empleadores. Así, los trabajadores, tanto hombres como mujeres, podrían organizar sus horarios con arreglo a sus responsabilidades domésticas”.

Por otra parte, el Mensaje del proyecto da cuenta de la rigidez de la que adolecería la actual regulación de la jornada de trabajo, toda vez que “las únicas alternativas que plantea nuestra normativa vigente para distribuir la jornada ordinaria de trabajo de una manera diversa, son: (i) las jornadas excepcionales de trabajo y descanso, las cuales aplican exclusivamente en casos calificados, en que atendidas las especiales características de la prestación de servicios no puedan aplicar las reglas generales de distribución de la jornada y deben, necesariamente, ser autorizadas por la Dirección del Trabajo, y, (ii) el pacto sobre condiciones especiales de trabajo, relativo a distribución de jornada de trabajo semanal aplicable en aquellas empresas que tengan una afiliación sindical igual o superior al 30%”.

Así, entonces, con el fin de poder superar estas limitaciones, el proyecto de modernización en materia de adaptabilidad laboral, propone los siguientes contenidos principales:

- Una jornada de trabajo mensualizada de 180 horas: se incorpora, como alternativa en el artículo 22 del Código del Trabajo (en adelante CdT), adicional a la actual jornada semanal de 45 horas, distribuida en no menos de 5 ni más de 6 días, la posibilidad de las partes de establecer una jornada mensual de 180 horas que, en cualquier caso, respete siempre ciertos mínimos irrenunciables en materia de jornada y descansos.
- Una jornada de trabajo de 4 x 3 (4 días de trabajo y 3 de descanso): complementariamente, en el artículo 28, se propone que la jornada semanal de trabajo de 45 horas pueda distribuirse en cuatro días, de manera de poder, si las partes lo estiman pertinente, concentrar la actividad laboral en menos días a la semana y así permitir que el trabajador disponga de más días de descanso para sus actividades familiares y personales. Con ello, por ejemplo, los trabajadores podrán prestar servicios de lunes a jueves y descansar viernes, sábado y domingo.

Lo expuesto no deja de llamar la atención, pues el Gobierno olvida que la regulación del trabajo a tiempo parcial, incorporada al CdT el año 2001, ofrece diversas posibilidades de uso flexible de los tiempos de trabajo. Por lo anterior, hubiese sido deseable una evaluación acerca de su uso y aplicación después de 18 años de vigencia y que hubiesen planteado algunos ajustes observados desde hace bastante tiempo.¹ No obstante, la única propuesta de cambio del Gobierno es una posible adecuación al concepto de jornada parcial del artículo 40 bis del CdT, la que es sólo es una consecuencia del proyecto de modificación del artículo 22 que fija la jornada ordinaria legal.

2. Así, entonces, es evidente que en la formulación del actual proyecto de ley el Gobierno no tomó en cuenta la última reforma laboral sistemática que se ha realizado al CdT en materia de jornada de trabajo, como a su vez, no se hace cargo de las posibilidades que ofrecen las modalidades atípicas de contratación laboral para alcanzar un uso más racional, acotado y flexible del tiempo de trabajo, todo ello, con el debido resguardo de los derechos laborales de los trabajadores.

En efecto, no se debe olvidar que una de las modificaciones importantes introducidas en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 19.759 de 2001 es la incorporación de una normativa expresa sobre el trabajo a tiempo parcial. El actual párrafo 5° del Capítulo IV del Libro I del CdT, artículos 40 bis a 40 bis D, regula por primera vez en la historia del Derecho del Trabajo chileno, de manera general y relativamente completa, esta modalidad de contratación laboral que ha alcanzado tanta importancia práctica en los países desarrollados. Además, el legislador de la reforma laboral del año 2001 fue consciente de las implicancias

¹ En detalle: Caamaño Rojo, Eduardo, *El trabajo a tiempo parcial*, 2ª edición actualizada, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015.

prácticas del trabajo a tiempo parcial y las tuvo en especial consideración al momento de fundamentar la inclusión de un párrafo del CdT sobre la materia.²

Por lo tanto, en nuestra opinión, esta reforma se inspiró claramente en un deseo de renovar el sistema jurídico de relaciones laborales individuales y debe entenderse directamente relacionada con las modificaciones legales introducidas en la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, como asimismo, con las restricciones impuestas en materia de jornada extraordinaria, con lo cual, en último término, se ha buscado potenciar el trabajo a tiempo parcial como una forma de empleo que permitirá hacer frente a esas nuevas exigencias y a las necesidades de cubrir tiempos más breves de trabajo para los cuales la implementación de jornadas completas resulta costoso y poco eficiente.

Por cierto, la Ley N° 19.759 en esta materia estuvo influenciada directamente el difícil escenario económico existente al momento de discutirse esta reforma normativa, el cual reflejaba una aguda crisis económica y un notable aumento del desempleo, lo que reclamaba, entre otras medidas, el reconocimiento normativo y el fomento de nuevas modalidades de ocupación laboral que facilitarían el acceso de desocupados al mercado de trabajo y la introducción, en el plano legal, de mecanismos claros que posibilitarían potenciar en el futuro políticas de reparto del empleo, aprovechando la experiencia comparada en situaciones similares a la que vivía Chile en ese entonces.

Desde esta perspectiva, la funcionalidad del trabajo a tiempo parcial ante las variables y complejas circunstancias que caracterizan al actual mercado laboral adquiere una innegable significación y las nuevas disposiciones de los artículos 40 bis a 40 bis D del CdT consagraron un importante instrumento que generó opciones nuevas para alcanzar mayores niveles de flexibilidad de la jornada de trabajo.

Sin perjuicio de lo expuesto, la incorporación de esta normativa el año 2001 estuvo inspirada en el deseo de abrir nuevos puestos de trabajo a personas que, por lo general, tienden a tener dificultades para trabajar a tiempo completo, como es el caso de jóvenes que estudian y de los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares.

3. En lo que dice relación con las posibilidades de optimizar el uso de los tiempos de trabajo en interés de trabajadores y empresarios, es posible señalar que el trabajo a tiempo parcial permite desde el punto de vista de la forma de distribución de la jornada de trabajo, una clasificación que distingue entre modelos tradicionales y flexibles.

2 Véase Mensaje del Presidente de la República N° 136-343, de fecha 16 de noviembre de 2000, con el cual se presenta el proyecto de ley de reforma laboral. En el punto I.5. de dicho Mensaje se señala que: "...conscientes de las transformaciones en el mercado de trabajo, y principalmente en la estructura del empleo y de la organización del trabajo, se ha estimado necesario incorporar a la legislación del trabajo, diversas fórmulas contractuales de promoción del empleo. Dichas fórmulas buscan constituir un adecuado instrumento de la política social a través de normas proactivas para la contratación que, sin entorpecer el desarrollo productivo de las empresas, resguarden debidamente al trabajador, contribuyan de otra parte a combatir la precarización del trabajo y su consecuente exclusión social. Se busca, pues, una regulación que establezca normas claras, que incentiven la contratación, pero que otorguen efectiva protección social a quienes contribuyen a generar los bienes y servicios. Por eso, hemos estimado necesario incluir en el proyecto normas que den cuenta de las nuevas tendencias en materia de contratación y de formas promocionales de empleo, así como la introducción de mecanismos que permitan la adaptabilidad laboral".

El modelo tradicional de trabajo a tiempo parcial se caracteriza por no introducir elementos que alteren la forma típica de organizar el tiempo de trabajo semanal en una empresa, salvo las particularidades que de por sí ofrece un puesto de trabajo con menor número de horas a la semana o con una jornada distribuida con un esquema distinto al de los cinco o seis días semanales previstos por el artículo 28 del CdT.

Es así, entonces, como podemos encontrar, entre otras, las siguientes variantes tradicionales de trabajo a tiempo parcial:

- Contratos en los que se pacta que el trabajador preste servicios personales con una jornada no superior a las 30 horas semanales distribuida de lunes a viernes o de lunes a sábado sólo en la mañana.
- Contratos con una jornada no superior a 30 horas semanales distribuida de lunes a viernes o de lunes a sábado sólo en la tarde.
- Contratos con una jornada de trabajo no superior a 30 horas semanales distribuida en menos de 5 días a la semana.
- Contratos de trabajo con una jornada no superior a 30 horas semanales, distribuida de tal manera de hacerla coincidir en algunos días con la jornada de los trabajadores de tiempo completo, y en otros días, comprendiendo sólo una parte de esa jornada, ya sea en la mañana o en la tarde, en base a las necesidades que existan en la empresa, logrando así evitar los mayores costos de la jornada extraordinaria o incurrir en infracciones legales luego de las modificaciones legales que las restringen sólo para atender situaciones temporales, según lo señala expresamente el artículo 32 del CdT.
- Contratos con una jornada de trabajo no superior a 30 horas distribuida sólo durante los días sábado, domingo o festivos. Esta variante cobra especial relevancia como consecuencia de lo previsto en el artículo 38 inciso 4 del CdT, respecto de las empresas que se encuentren en la situación de los números 2 y 7 de esa disposición, con la finalidad de no aplicar las reglas especiales sobre descanso compensatorio que obligan a asegurar a los trabajadores el otorgamiento de dos días de descanso en domingo cada mes calendario, sin perjuicio de los días adicionales de descanso dominical para los trabajadores del comercio y los costos adicionales de su jornada de trabajo, de acuerdo al artículo 38 bis y 38 inciso 2 del CdT.

Por lo tanto, el trabajo a tiempo parcial puede contribuir eficazmente a que los trabajadores de tiempo completo de estas empresas exceptuadas puedan disfrutar de mejor manera su descanso semanal, abriendo, además, nuevas oportunidades de empleo a trabajadores que no pueden trabajar de lunes a viernes, como es el caso de los jóvenes que estudian.

Además, en los casos anteriores, se debe tener en cuenta que de acuerdo a la actual normativa, es posible establecer un horario de ingreso diferido entre los trabajadores a tiempo completo y los de jornada parcial, dentro de los límites legales que aseguren la continuidad de la jornada y el descanso diario. De esta manera, es posible evidenciar que una correcta implementación de esta modalidad de contratación, en su variable tradicional, potencia sin dudas las ventajas que ya presenta el trabajo a tiempo parcial, tales

como, el mejor rendimiento de los trabajadores, el menor ausentismo laboral, contar con trabajo especializado en el caso de los trabajadores altamente capacitados o la posibilidad de dar un uso más intenso a los medios de producción en los períodos o ciclos en que ello sea preciso.

Por otra parte, cabe hacer presente que atendidas las reglas generales contenidas en el CdT nada obsta a que los modelos tradicionales de contratación a tiempo parcial puedan establecerse en base a una duración determinada en el tiempo, es decir, a plazo fijo, dentro de los límites temporales previstos en el artículo 159 N° 4 del CdT, o por obra o servicio determinado, de acuerdo al artículo 10 bis del mismo texto legal. Asimismo, podría pensarse en empleos a jornada parcial realizados a domicilio o mediante el teletrabajo o con horarios flexibles de trabajo determinados por el propio trabajador, dentro de los límites legales y de las exigencias de presencia física en el lugar de la empresa que puedan haberse convenido en el contrato.³

En definitiva, como puede constatarse, ya la variante tradicional de trabajo a tiempo parcial ofrece múltiples y novedosas posibilidades para la ordenación del tiempo de trabajo en la empresa. Además, si a ello se agrega, en la medida de las posibilidades del giro empresarial, que se privilegie el resultado del trabajo por sobre las horas de presencia física en la empresa –rompiendo así uno de los paradigmas del modelo fordista taylorista– podrían aumentarse más aún las alternativas y ventajas de contar con una distribución flexible de la jornada y, así, alcanzar también otros beneficios directos y de gran valor tanto para la empresa (por ejemplo, ahorro de energía eléctrica, disminución de los riesgos de accidentes del trabajo, etc.), como para el trabajador (por ejemplo, trabajar parte del tiempo desde su hogar, compatibilizar el trabajo con estudios, vida familiar, actividad deportiva, realizar otros trabajos remunerados, disminuir los tiempos de traslado evitando las horas de punta, etc.).

Sin perjuicio de lo expuesto, la reforma incorporada el año 2001 incluyó también una variante flexible del trabajo a tiempo parcial, sobre la cual no existen antecedentes sobre su impacto de utilización, desde que entrara en vigencia el año 2001.

En concreto, se trata de una modalidad flexible de trabajo a tiempo parcial introducida por el artículo 40 bis C del CdT, que se puede denominar “contrato de trabajo a tiempo parcial con alternativas de distribución de la jornada” y que es la única de esta naturaleza reconocida expresamente en nuestra legislación laboral, con lo cual se abre también por esta vía una enorme posibilidad de generar nuevos acuerdos entre empleadores y trabajadores para alcanzar mayores grados de flexibilidad en materia de jornada de trabajo.

El artículo 40 bis C del CdT establece que: “las partes podrán pactar alternativas de distribución de jornada. En este caso, el empleador, con una antelación mínima de una semana, estará facultado para determinar entre una de las alternativas pactadas, la que registrará en la semana o período superior siguiente”.

3 En este sentido, podría pensarse, por ejemplo, en un trabajo a tiempo parcial de 20 horas semanales distribuido en 4 días con 5 horas de trabajo cada uno, en los que el trabajador podría optar por ingresar a las 8 o a las 10 de la mañana y retirarse a las 13 o a las 15 horas, siendo determinante que entre las 10 y las 13 horas deba encontrarse necesariamente en la empresa.

Sobre el particular, es interesante hacer presente que esta disposición carece de antecedentes previos en nuestra historia legislativa laboral y recoge –en términos bastante reglados– la tendencia flexibilizadora de la jornada de trabajo por la vía del trabajo a tiempo parcial, como se constata en la experiencia obtenida por los países europeos, especialmente a través de los procesos de negociación colectiva. En todo caso, de acuerdo a esta nueva disposición del CdT la facultad del empleador de fijar la distribución de la jornada es limitada, por cuanto ésta presupone que las partes contratantes hayan pactado previamente alternativas de distribución de la jornada de trabajo⁴ y que la alternativa elegida sea puesta en conocimiento del trabajador con una antelación mínima de una semana.

Por lo tanto, sólo cuando concurren copulativamente ambos supuestos, se encuentra obligado el trabajador a tiempo parcial a prestar servicios de acuerdo a la nueva alternativa de distribución de la jornada de trabajo, la que tendrá vigencia en la semana o período superior siguiente, de acuerdo a lo indicado por el empleador. Sobre este aspecto, la Dirección del Trabajo en el dictamen N° 0339/027 de fecha 30 de enero de 2002 ha establecido que: “Teniendo presente que los contratos de trabajo con jornada parcial se rigen, como ya se expresara, por las reglas generales contenidas en el Código del Trabajo, tanto la duración como las eventuales alternativas de distribución de la jornada, constituyen una cláusula mínima del contrato, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 10 N° 5 del citado Código y, por tanto deben constar expresamente en el contrato de trabajo o en un anexo que forme parte integrante del mismo, de forma tal que el trabajador conozca de un modo cierto cuales son las alternativas entre las que podrá ejercer su facultad el empleador y los límites de la misma”.

A su vez, en lo que respecta al número de alternativas de distribución de la jornada susceptibles de pactarse, la Dirección del Trabajo en el referido pronunciamiento señaló que: “...que en esta materia el legislador no ha establecido límite alguno al respecto. Sin embargo y no obstante que la finalidad de la norma es flexibilizar la distribución de las jornadas parciales, en opinión de la suscrita, el establecimiento de un gran número de alternativas afectaría el mínimo grado de certeza que debe tener el trabajador en cuanto a los días de la semana en que le corresponderá laborar y los respectivos horarios. De esta suerte, el número de alternativas de distribución de la jornada parcial que las partes podrían convenir quedará limitado por el cumplimiento por parte del empleador de su obligación de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva”.

Otro aspecto de relevancia a tener en consideración es que en el artículo 40 bis C del CdT nada se señala acerca de la forma en que el empleador debe comunicar la nueva alternativa de distribución de la jornada de trabajo al trabajador, por lo que puede concluirse que, salvo acuerdo expreso de las partes, ello podría hacerse de cualquier manera, esto es, por escrito o verbalmente. Sin embargo, por aplicación del principio general de la buena fe, cabría establecer que el medio utilizado por el empleador, cualquiera que éste sea, debe asegurar que el trabajador tome conocimiento cierto de la alternativa elegida, pues sólo en este

4 Por ejemplo: alternativa A: el trabajador debe prestar servicios de lunes a viernes de 8.30 a 13.30 horas; alternativa B: de lunes a viernes, entre las 14.00 y las 19.00 horas; alternativa C: los días lunes (de 8.30 a 13.30 horas), los miércoles (de 14.00 a 19.00 horas) y los viernes (de 8.30 a 12.30 horas).

caso nace para este último sujeto la obligación de prestar servicios de acuerdo a la nueva distribución de la jornada de trabajo.

Por su parte, en lo que dice relación con la oportunidad de efectuar el aviso la referida disposición legal tampoco ha dado una respuesta, pero sobre el particular es útil tener en consideración que la Dirección del Trabajo en el ya aludido dictamen N° 0339/027, mediante un criterio analógico ha establecido una solución bastante razonable a esta interrogante, a saber, que: "...la facultad del empleador de optar por una de las alternativas de distribución en los términos indicados, conlleva la obligación de comunicar al trabajador, con la misma antelación (mínima de una semana), la alternativa elegida, con el objeto de que el trabajador tenga conocimiento anticipadamente de cual será la distribución de su jornada en la semana o periodo superior siguiente, dando así en esta materia la debida certeza a la relación laboral".

De lo ya señalado se desprende que el artículo 40 bis del C CdT confiere amplias posibilidades a empleadores y a trabajadores a tiempo parcial para pactar alternativas de distribución de la jornada de trabajo (respetándose obviamente el límite máximo de duración de la jornada para este tipo de trabajadores según el artículo 40 bis A inciso 3 del CdT y demás reglas generales sobre la jornada de trabajo), de tal manera que, por aplicación de esta disposición, podría ser posible la obtención de un mayor grado de flexibilidad de la jornada en un establecimiento o en una empresa, ampliando con ello las ventajas que presenta esta forma de contratación laboral y supliendo a su vez, la tendencia aún generalizada en nuestro mercado de trabajo de establecer jornadas rígidas y de larga duración.

No obstante, no se puede obviar que la exigencia de un acuerdo previo de voluntades entre empleador y trabajador a tiempo parcial en orden a fijar las diversas alternativas de distribución de la jornada, importa una restricción para una aplicación más intensa de esta modalidad de contratación, ya que conlleva la necesidad de una planificación y organización previa y eficiente del tiempo de trabajo en el establecimiento o en la empresa, con el objeto de poder aprovechar las ventajas de una jornada de trabajo que pueda responder efectivamente a las necesidades o requerimientos empresariales y, a su vez, que puedan estar en concordancia con las necesidades personales, familiares, de estudio o de otro tipo que pudieran tener los trabajadores y que les posibiliten asumir la obligación de prestar servicios en base a un modelo flexible y variable de distribución de la jornada dentro de la semana.

Esta dificultad puede explicar por qué hasta la fecha esta modalidad de contratación ha tenido escasa aplicación práctica, sin perjuicio que no se puede obviar que el desarrollo del trabajo a tiempo parcial debe ir necesariamente acompañado de una adecuada política de fomento, lo que hasta el momento no existe en nuestro país.

4. Obviar las potencialidades del trabajo a tiempo parcial para avanzar hacia un uso más flexible y dinámico de las jornadas de trabajo, conciliando intereses y necesidades de empresarios y trabajadores es un proceso aún pendiente. Como ya se señalara, no existen políticas de fomento ni estudios o estadísticas

completas que permitan evaluar el desarrollo que ha tenido esta forma de contratación laboral hasta la fecha.

Por otra parte, habría sido esperable que una propuesta legislativa de reforma de las reglas de duración y distribución de la jornada de trabajo hubiese posibilitado una revisión de ciertas deficiencias que presenta la actual regulación del trabajo a tiempo parcial, como ocurre, por ejemplo, con la consagración de igualdad absoluta de derechos entre trabajadores a tiempo completo y tiempo parcial, sin que se admitan diferenciaciones no arbitrarias o discriminatorias.⁵

Asimismo, se extraña que la propuesta de reforma legal, en su fundamentación, no evalúe las causas que pueden explicar la mantención de una rigidez en las reglas de duración y distribución de la jornada de trabajo, pues ya la sola constatación de la realidad permite verificar que muchas empresas contratan en base a la jornada ordinaria legal, sin una evaluación o análisis de las horas efectivas que requiere un determinado cargo o puesto de trabajo, con lo cual se siguen proyectando rigideces más bien funcionales y no por causa del contenido de la normativa laboral vigente.

Finalmente, debe advertirse, que la principal limitante para avanzar hacia estándares de mayor productividad, de tiempos más racionales de trabajo, así como una mayor valoración de otros intereses laborales, como es el caso, por ejemplo, de la conciliación de trabajo y vida familiar, se han mantenido en el tiempo por causa de las limitaciones que impone un sistema de relaciones laborales colectivas que desconfía del sindicato y de la negociación colectiva como la vía más eficiente, dinámica y flexible de regulación de las condiciones de trabajo. Persiste así una obsesión por introducir cambios legales que complejizan e hipertrofian las normas sobre contrato individual de trabajo, en vez de abrir las puertas a acuerdos colectivos ya sea sectoriales o de empresa que ofrezcan respuestas de mejor calidad, como lo reconoce el mismo documento de la OIT que cita el Gobierno en su fundamentación: "El diálogo social es una herramienta importante para forjar acuerdos innovadores sobre la ordenación del tiempo de trabajo adaptado a los trabajadores y a los empleadores. Así, los trabajadores, tanto hombres como mujeres, podrían organizar sus horarios con arreglo a sus responsabilidades domésticas."

Con todo, parece pesar más el anhelo de defender los postulados del Plan Laboral que desprecian y vulneran la libertad sindical y ofrecer a los trabajadores una opción de flexibilidad laboral confusa y algo tramposa, pues al desconocer la realidad de la subordinación y su consecuente situación de desigualdad de poder entre las partes del contrato de trabajo, sólo ofrece ventajas a la parte más fuerte, en desmedro de los derechos e intereses de los trabajadores. Por lo mismo, en un debate serio y democrático, es de esperar que este proyecto no pase de ser una triste anécdota más, en el afán por mantener un sistema que desprecia el diálogo social.

5 Caamaño Rojo, Eduardo, *El trabajo a tiempo parcial*, ob. cit., p. 107 s.

La propuesta de reforma sobre jornadas de trabajo: *el regreso al siglo XIX¹*

Irene Rojas Miño

Profesora de Derecho del Trabajo, Investigadora de CENTRASS, Universidad de Talca

Un fuerte impacto ha causado el Proyecto de Ley sobre Reforma Laboral que en los pasados días fue presentado por el actual Gobierno, en cuanto –más allá de la referencia a otras materias que en general no son modificadas– este Proyecto apunta a desconocer los derechos básicos de limitación de la jornada de trabajo y los tiempos de descanso. Y ello se efectúa a través de que el sistema legal posibilite la celebración de acuerdos que permitan la negación del derecho, tras supuestos beneficios de carácter individual para el trabajador, pretendiendo que habría una negociación y no una imposición de la parte que tiene el poder; es decir, el empleador.

Con la posibilidad de estos acuerdos, las empresas podrían disponer de los tiempos de trabajo y de descansos sin atender a las limitaciones legales que hasta hoy establece el Derecho del Trabajo, fundando dicha disponibilidad en supuestos acuerdos que en la mayoría de los casos habrán sido resultado de imposiciones.

Ciertamente que el impacto de la presentación de este Proyecto se profundiza por la elección de la fecha elegida: un día después de la celebración del Día Internacional del Trabajador, cuyo origen es precisamente la reivindicación de las trabajadoras y los trabajadores de la necesaria limitación de los tiempo de trabajo y la garantía de los descansos en base a la integralidad del ser humano.

Esta reivindicación se ha logrado a través de normas jurídicas que han tenido dicho objetivo, estableciendo derechos mínimos de carácter irrenunciable, tales como es la jornada diaria que no puede exceder una determinada cantidad de horas –en Chile sólo alcanza a un máximo de 10 horas, en circunstancias de que en muchos otros el máximo es de 8 horas–, la jornada semanal tampoco debe exceder cierta cantidad de horas –en Chile es de 45 horas–, que un día de la semana debe ser de descanso común para todas las personas, salvo casos excepcionales y que en la cultura mayoritaria de Chile debe ser el día domingo –lo que también en Chile es cuestionable, dada la excepción de los trabajadores del comercio– o que las horas extras solo procedan por causa especialísima, tal como es la necesidad temporal de la empresa –lo que en Chile sólo se estableció por la Reforma de la Ley 19.759, de 2001–.

1 Este artículo fue publicado en Diario Electrónico El Mostrador, con fecha 14 de junio de 2019

La sociedad actual, como también la comunidad internacional y los diversos Estados, reclama estos derechos mínimos, en cuanto toda trabajadora y todo trabajador debe tener garantizado un puesto de trabajo cuya remuneración le permita vivir dignamente y cuya extensión de tiempo esté limitada a fin de posibilitar el desarrollar las diversas dimensiones de la vida.

Pero el Proyecto de Ley presentado el 2 de mayo desconoce esta integralidad del ser humano y pretende generalizar la disponibilidad de los tiempos de trabajo a los requerimientos concretos que vayan teniendo las empresas, estableciendo entre otras medidas las jornadas de trabajo en cómputo mensual (las jornadas semanales podrían llegar hasta más de sesenta horas), jornadas diarias que exceden las diez horas, jornadas extraordinarias sin fundamentación de la excepcionalidad de su procedencia, y además cambia el sistema de descanso en día domingo de los trabajadores permanentemente exceptuados del descanso dominical, permitiendo su concentración en determinados periodos.

Y para implementar estas medidas se acude al pacto individual entre trabajador y empleador, suponiendo que entre estos dos sujetos habría una negociación y que el acuerdo comprendería los intereses del trabajador. Qué más alejado de la realidad chilena, ya que un alto porcentaje de los trabajadores sólo tiene vigentes los derechos mínimos definidos por la ley, y si desaparecen estos mínimos se impone únicamente la voluntad del empleador.

Es cierto que muchas de las posibles condiciones laborales que se pueden producir con la reforma ya existen en la realidad, tales como son las extensas jornadas de trabajo. Y ello sucede por la incapacidad real del trabajador a oponerse a tal situación y porque en dicha empresa no hay sindicato. Ello no quita que hoy sea una ilegalidad y que constituiría una infracción laboral, por lo que sería sancionable por la respectiva Inspección del Trabajo. Pues bien, si se llegara a aprobar esta reforma, tal situación ya no constituiría una ilegalidad, pues las empresas podrían exhibir supuestos acuerdos de aceptación del trabajador sobre tales condiciones.

Pero las medidas desreguladoras no se detienen en el instrumento que recurre a la autonomía individual. Además, se amplía la ocurrencia de acuerdos colectivos sobre materias de jornadas y descansos, tal como es la procedencia de sistemas excepcionales de jornadas y descansos, los que se establecerían a través de negociaciones con algunos sujetos colectivos, de los cuales es dudosa su representatividad, tanto de los trabajadores como del interés colectivo, tal como se presenta con los grupos negociadores. Asimismo, por mandato legal se incorpora un particular contrato de disponibilidad laboral –el “de formalización”– y, además, se quita el carácter de jornada de trabajo al tiempo de “preparación para trabajar”, como es el cambio de vestuario.

Debe reconocerse que este Proyecto de Ley da respuesta a una demanda empresarial que ha sido presentada desde décadas atrás, y que es ni más ni menos que la “flexibilidad” de los tiempos de trabajo. Y esta solución es nada menos que la disponibilidad de los derechos laborales, a través de las falsas negociaciones individuales; imponiéndose así las condiciones laborales tal como existieron en el Chile del siglo XIX. Es la vuelta a los orígenes, cuando no había derechos mínimos.

Acoso sexual y laboral en el proyecto modernizador: *de espaldas a la experiencia*

Daniela Marzi Muñoz

Profesora de derecho del Trabajo, Universidad de Valparaíso

La discusión sobre la incorporación a la regulación legal chilena del acoso sexual data de mediados de los noventa. Formaba parte del debate posible dadas las voluntades de la época, ya que no se trata de Derecho colectivo y sí de materias vinculadas a la dignidad en el trabajo, que fueron abriéndose camino por medio de la interpretación administrativa de la Dirección del trabajo y de la constitucionalización del Derecho Laboral. No obstante, su dificultad era igualmente seria: la cultural. A la época no se había asimilado la perspectiva de género en el análisis del Derecho. Se trata de una forma de estudio que viene de las teorías críticas del Derecho. Tales teorías, dirigidas hacia el Derecho del Trabajo, han develado que éste es un traje hecho a la medida del hombre. Pero este traje es, en realidad, un sistema.¹ Sobre tal premisa logra “verificar la existencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa en las relaciones jurídicas, no detectable y/o corregible según las leyes de igualdad basadas en la idea de comparación, porque la extensión a las mujeres de derechos pensados para los hombres conduce a nuevas desigualdades –por ejemplo, se les permite trabajar, pero el derecho del trabajo, construido para los hombres, las sitúa en desventaja– y porque no es posible conceder a las mujeres –si no es aparentando conceder privilegios– derechos ausentes en un modelo masculino –por ejemplo, se concibe la maternidad como una situación excepcional necesitada de protección, no un verdadero derecho–”.²

En ese período tampoco se había producido el señalamiento político de este problema de violencia en el trabajo que afecta casi exclusivamente a las mujeres, como una cuestión realmente grave y urgente. Es así como pasan más de diez años para que entre en vigencia la ley N° 20.005 de 18 de marzo de 2005, que tipifica y sanciona el acoso sexual.

Desde ese entonces ha transcurrido largamente más de una década, en que la importancia de esta materia ha sido bastante relativa. Si bien el problema de la subalternidad de la mujer expresada en todos los ámbitos de la vida social ha sido sostenido en forma constante y consistente por un conjunto de estudiosas, en el que se destacan, por ejemplo, las profesoras Yanira Zúñiga y Lidia Casa³, se trata de

1 Marzi, Daniela (2018) “Acoso sexual: una amplia gama de ilicitud y la correcta vía de la tutela de derechos fundamentales”, Revista de Estudios Judiciales, DER, N°5, pp. 207-222.

2 Lousada, José (2014) (2014) *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Valencia, Tirant, p. 63.

3 Su tesis doctoral por la Universidad de Ottawa se titula “The effectiveness of the Sexual Harassment Law in Chile: From Theory to practice”, en proceso de traducción y publicación en español.

un nicho. Asimismo, el análisis de este problema en el espacio laboral, se encuentra tempranamente dentro de la obra del profesor Sergio Gamonal, quien recoge categorías de avanzada y propias de la perspectiva de género. Esto ocurre en forma notable con la noción de “la mujer razonable”, al indicarse que es una ausencia dentro de la entonces nueva legislación: “existen evoluciones jurisprudenciales que también han sido ignoradas en esta normativa. Se trata del criterio de la mujer razonable, elaborado por la jurisprudencia norteamericana en el caso *Kerry Ellison v. Nicholas F. Brady* en 1991 –Corte de Apelaciones del 9°. Circuito Federal–, en el sentido de que la ponderación de estos casos no debe sustentarse en el de una persona razonable sino en el de una mujer razonable cuando la víctima del acoso sea una mujer. En consecuencia, se evalúa la severidad del acoso sexual desde la perspectiva de la víctima y no del victimario, en el intento de contrarrestar la visión machista del mundo del trabajo. En la referida sentencia los tribunales norteamericanos expresaron lo siguiente: ‘Nos damos cuenta de que existe una amplia gama de puntos de vista, incluso en el grupo de mujeres, pero también se cree que muchas mujeres comparten preocupaciones comunes que los hombres no necesariamente comparten. Por ejemplo, debido a que las mujeres son desproporcionadamente víctimas de violaciones y de asaltos sexuales, ellas tienen un incentivo mucho más fuerte para preocuparse por el comportamiento sexual. Las mujeres que son víctimas de formas sutiles de hostilización sexual podrían comprensiblemente preocuparse acerca de si la conducta de un acosador se simplemente un preludio a u asalto sexual violento (...). Nosotros adoptamos la perspectiva de una mujer razonable, fundamentalmente porque creemos que la perspectiva de una persona razonable, sin tomar en cuenta su sexo, tiende a tomar en cuenta las experiencias de los hombres y tiende a ignorar sistemáticamente las experiencias de las mujeres. La perspectiva de la mujer razonable no establece un nivel más alto de protección para las mujeres que para los hombres. Por el contrario, un examen de los hechos tomando en cuenta el género de la víctima de hostilización sexual, permite a las mujeres participar en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los hombres’.⁴

Pero esto sigue siendo producción académica y es sólo con el mayo feminista de 2018 en que se instala el específico problema de la violencia sexual contra la mujer en todas sus formas y en todos los intersticios de la vida social como la principal reivindicación de la agenda política de dicho año, lo que explica que haya significado su inserción en diversos proyectos de ley, lo que fue englobado por el Gobierno del presidente Piñera con el –algo perturbador– título de “Agenda mujer”. Una manifestación de esto se encuentra en el proyecto “De modernización laboral para la conciliación, trabajo, familia e inclusión”, presentado el 2 de mayo de 2019 por medio del Mensaje N° 021-367, que es al que debemos referirnos en estas notas.

Y lo haremos en dos sentidos. De un lado, para apuntar cuestiones relevantes que pudieron haber sido modificadas recogiendo críticas que se han ido desplegando durante estos años de vigencia de la Ley N° 20.005 y, de otro, señalar retrocesos inexplicables en relación con el acoso sexual y con un problema

4 Gamonal, Sergio (2005) “Acoso sexual en Chile: análisis de la ley N°20.005”, *Revista de Derecho de la empresa*, Universidad Adolfo Ibáñez, pp. 151-168.

conexo: el acoso laboral. Esto es así porque se extienden figuras inoperantes del acoso sexual y, adicionalmente, se crean otras nuevas, las que tienen en común recorrer un camino ampliamente criticado por la doctrina: la entrega a procedimientos previos no jurisdiccionales a situaciones que involucran inexorablemente vulneraciones de derechos fundamentales.

I. Algunas críticas a la normativa vigente que no han sido consideradas en el proyecto de reforma 2019

Esta normativa define el ilícito como “el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”, según la regulación del art. 2 inciso segundo del Código del Trabajo, cuyo ámbito de aplicación se extiende al sector público vía la prohibición funcionaria establecida en el Artículo 84 letra L) del Estatuto Administrativo, Ley N° 18.834 y el Artículo 82 letra L) del Estatuto Administrativo Para Funcionarios Municipales Ley N° 18.883.

La descripción del acoso sexual del artículo 2 del Código del trabajo chileno corresponde a una primera etapa de consagración en las legislaciones y ha sido objeto de diversas críticas. Probablemente la de mayor actualidad es la que cuestiona qué debe entenderse por “no consentimiento”. El debate español en este punto es significativo, ya que debido a la tipificación del Código penal del acoso como delito, hubo de ajustarse la definición aplicable en sede laboral, que era del estilo de la contenida en nuestro Código del trabajo, esto es, centrada en el “no consentimiento”. La Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en su artículo 2.1. c), consagra el acoso sexual como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

Una vez que el Código penal incorporó el delito de acoso sexual, tipificado como “Art. 184.1: El que solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”. Al no exigir el “no consentimiento”, se constituyó como una norma de avanzada, ya que el sentenciador debería centrar su análisis en el efecto que esta “solicitud de favor sexual” produciría en el ambiente en que debía desempeñarse la víctima, en que es destacable la incorporación del trabajo autónomo o subordinado, y espacios académicos, funcionando como agravante valerse de una jerarquía laboral, jerárquica o docente.

La reciente Ley N°21.153 de 2019, que incorpora el delito de acoso sexual en lugares públicos o de libre acceso público tiene una lógica distinta, pues si bien mantiene la exigencia que “no medie consentimiento”,

para excluir la ilicitud se deberá haber contado con un consentimiento inequívoco, manifestación positiva de aceptación siendo toda otra conducta un rechazo. Esto es coherente más teniendo presente que la regla general de estos ilícitos en lugares de acceso público se produzca entre personas desconocidas entre sí, por lo que difícilmente el autor podrá contar con algún tipo de consentimiento (artículo 494 ter del Código penal).⁵

Otra deficiencia técnica en que incurre nuestra norma laboral, el citado artículo 2 del Código del trabajo, está en incorporar al ilícito laboral la promesa de beneficio o amenaza de perjuicio, lo que conduce a entender que sólo quien tiene ese poder podría acosar sexualmente, lo que es sabido no ocurre así, reconociéndose la posibilidad de que el acoso sexual se produzca en forma vertical, ascendente o descendente, y horizontal.⁶ Si bien la doctrina distinguió dos formas de ilícito en la redacción del artículo 2 del Código del trabajo, la reformulación de la descripción mejorando este aspecto hubiese sido deseable.

Otra de las graves deficiencias de la definición de acoso sexual se refiera a cómo debe interpretarse el “requerimiento de carácter sexual”, criticándose que sea comprendido como equivalente a la “solicitud de un favor sexual”. Es así como la doctrina identificó una figura de confín, como es el hostigamiento por atención sexual indeseada, que permitió dar cobertura a conductas de evidente connotación sexual pero que no son exactamente una petición de sexo. Así, este ilícito se ha explicado por medio de un catálogo de conductas como: intentar que personas participen de conversaciones de contenido sexual, realizar comentarios sexuales, especial amabilidad, miradas reiteradas y observar clandestinamente. Algo distinto se hizo en el ya citado artículo 494 ter del Código penal, ya que claramente tiende a resaltar la importancia del resultado y la descripción de varias conductas posibles de contenido sexual, distintas a la solicitud de un favor sexual: “Artículo 494 ter.- Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en: 1. Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos. En este caso se impondrá una multa de una a tres unidades tributarias mensuales. 2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito. En cualquiera de estos casos se impondrá la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales”.

En Chile, producto de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral, se produjo la canalización jurídica del acoso sexual vía tutela de derechos fundamentales, lo que ha contribuido a darle una interpretación más comprensiva del fenómeno, cuyo eje es la idea de la vulneración de derechos fundamentales, esto es, conductas que produzcan el efecto de restringir desproporcionadamente derechos fundamentales de las personas en el espacio de trabajo.

5 Agradezco a la profesora de Derecho penal Fabiola Girao para la elaboración de estas observaciones.

6 Gamonal, op. cit., pp. 155 y 156

El ilícito de acoso laboral fue establecido por la Ley N°20.607 de 2012, señalando que abarca “toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato humillación o bien amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades de empleo”. El que los resultados posibles estén en alternativa: menoscabo, maltrato o humillación, o bien, amenaza o perjuicio de la situación laboral u oportunidades de empleo, sortea el que pueda entenderse que esta vulneración solo puede realizarla quien tenga poder sobre la víctima.

En ambos casos: acoso sexual y acoso laboral, ha ido gradualmente perdiendo relevancia la exigencia de reiteración de las conductas para adecuarse a la idea de “persecución”, debido nuevamente al que haya sido reconducido a la categoría de lesión de derechos fundamentales –lo que en algún grado implica dejar atrás la fase de “psicologización del acoso”-. “Cuestión adicional y algo problemática es el hincapié que hace la ley a la reiteración como elemento definitorio de la figura. Al respecto, ya hemos señalado que ‘llama la atención que con la exigencia de este elemento del CdT asume una posición relativamente rígida, que impediría calificar casos de acoso laboral a aquellas agresiones que se verifiquen por un comportamiento único, con lo que pareciera que se sigue una concepción del mobbing más cercana a la psicología que al Derecho del Trabajo, perdiéndose de vista que lo que debiera interesar prioritariamente desde una perspectiva normativa es el resguardo efectivo de los derechos fundamentales. La vaguedad del término ‘reiterados’ da margen para que los operadores del derecho determinen de qué manera se cumple este elemento para poder entender configurado un acoso laboral. Así, en la práctica jurisprudencial se aprecia la exagerada importancia que se le da a este componente y el efecto que genera es con frecuencia negativo, pues se condiciona la noción de acoso al hecho de que se demuestre la reiteración de la agresión u hostigamiento. En este sentido, al no configurarse la persistencia temporal de la agresión, el análisis de la lesión de los derechos fundamentales del trabajador, que es el verdaderamente relevante, puede pasar a segundo plano”.⁷

En el proyecto de Ley 2019 no se aborda ninguno de las críticas señaladas, aunque esto no genera una complejidad insuperable, dada la interpretación propia de la colisión de derechos fundamentales.⁸ Sin embargo, esto responde sobre todo a una potencialidad de la tutela de derechos fundamentales y no significa que perviviendo las definiciones legales estas no den dificultades en su aplicación judicial en los aspectos indicados.

7 Ugarte, José Luis (2018) *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*, Thomson Reuters, pp. 129. La reciente Ley que incorpora el delito de acoso sexual en lugares públicos o de libre acceso público sigue esta tendencia a resaltar la importancia del resultado: “Artículo 494 ter.- Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante...”.

8 Aunque en rigor no se aplica juicio de proporcionalidad pues el acoso no alcanza a estar en el ámbito protegido del derecho de propiedad o de la libertad de empresa, cuestión en la que no detendremos en estas notas. Lo que logra hacer la idea de derecho fundamental es que pierda relevancia en el razonamiento judicial una exigencia de reiteración o que se vuelva central el análisis objetivo de las conductas en que lo determinante es que se produzca un resultado lesivo que afecta la integridad moral de las personas.

II. Punto crítico central reforzado por el proyecto de Ley de 2019: la investigación interna

También fue parte del debate legislativo y de las críticas formuladas en este entonces, que el proyecto de ley de acoso sexual de 2005 contemplara la posibilidad de denuncia interna en la empresa y la opción de recurrir a la Inspección del trabajo. “Con todo, los mecanismos expuestos en la iniciativa para que el empleador actúe ante los casos de acoso sexual entre trabajadores no me parecen los más idóneos. Pienso que transferirle la responsabilidad de efectuar un procedimiento, asumiendo la función de un pequeño juez, no es lo más indicado. Es difícil que el empleador pueda apreciar la situación con absoluta imparcialidad, sobre todo en el evento de que quien supuestamente incurrió en las conductas de acoso sexual tiene un cargo de mayor responsabilidad jerárquica que la víctima. Muy probablemente, esta última se sentirá en posición desmedrada con relación a quien la acosó. Ante un caso de supuesto acoso sexual, es exigible al empleador tomar medidas racionales que impidan que dichas conductas continúen produciéndose. Además, en la iniciativa debería consagrarse la obligación del empleador de remitir los antecedentes de la situación de que tuviera conocimiento a la autoridad administrativa o judicial” (Senador Ruiz). Sin embargo, el procedimiento de denuncia quedó consagrado en el artículo 211 A y siguientes del Código del Trabajo.

Se inicia con la orden de activar una investigación interna o de remitir a la Inspección del trabajo para que la realice.⁹

Esta burocratización contribuyó a que fuesen muy pocas las denuncias fructíferas, experiencia que sí había sido considerada a la hora de regular en 2012 el Acoso Laboral, por medio de la Ley N° 20.607. La más relevante doctrina de la época ya había subrayado el punto al desarrollar la llamada “etapa de intervención de la dirección”, en que “la gerencia toma conocimiento de la situación que se produce –a menos que el acosador sea el mismo empleador– y adopta medidas tendentes a poner fin al problema. No obstante, esto no necesariamente supone que la empresa proteja a la víctima y sancione al acosador, por el contrario, se ha constatado que es el acosado quien se transforma a estas alturas en un problema para la organización, optando por trasladarlo de lugar de trabajo, prescindir de sus servicios o simplemente asumiendo un rol pasivo, con lo que la organización se transforma en cómplice en el acoso”.¹⁰

El proyecto de ley en este punto es regresivo, ya que no solo no elimina estas fases que se han mostrado inútiles y obstruccionistas, sino que extiende el procedimiento previo e intra empresa del acoso sexual al

9 El Artículo 211-C establece que “El empleador dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva. En cualquier caso la investigación deberá concluirse en el plazo de treinta días/Si se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva, garantizando que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos, y las conclusiones deberán enviarse a la Inspección del Trabajo respectiva”. El artículo 211-D establece que “Las conclusiones de la investigación realizada por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta a aquélla practicada en forma interna, serán puestas en conocimiento del empleador, el denunciante y el denunciado”. Finalmente, el Artículo 211-E, prescribe que “En conformidad al mérito del informe, el empleador deberá, dentro de los siguientes quince días, contados desde la recepción del mismo, disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan.

10 Gamonal, Sergio y Prado, Pamela (2009) “El mobbing o axoso moral laboral”, Legalpublishing, pp.17 y 18.

acoso laboral, con la nueva redacción que se propone en el proyecto para ambas figuras con los nuevos artículos 211 A y siguientes del Código del trabajo.

Una incorporación de difícil valoración es que se establezca que las medidas de resguardo del artículo 211 B “necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo” puedan ser adoptadas por el empleador incluso respecto de trabajadores que gocen de fuero sindical. Es una innovación así dicha compleja, pues estas medidas en sustancia tienen el mismo contenido que podrían tener formas de persecución a trabajadores, su única diferencia está dada por la veracidad de su objetivo, y en este caso, trabajadores que tienen fuero con el fin de tener un refuerzo en su protección contra los hostigamientos, en esta normativa lo pierden con procesos que no tienen control externo, previo a su cumplimiento, alguno.

Carente de fundamento es la creación de órganos externos de investigación del acoso sexual y laboral, alternativa a la que puede realizar la Inspección del trabajo, a elección del empleador. “Artículo 211-C.- El empleador dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva. Adicionalmente, se faculta a que la referida investigación pueda ser realizada por terceros debidamente inscritos y certificados ante la Dirección del Trabajo, a decisión y costo del empleador. Estos terceros deberán guardar 55 reserva de los hechos que conozcan y evacuar un informe que deberán entregar al empleador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Un reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social determinará los requisitos y condiciones que deberán poseer estos terceros. En cualquier caso, e independiente de quien realice la investigación, ésta deberá concluirse dentro del plazo de treinta días. Si se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva, garantizando que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos, y las conclusiones deberán enviarse a la Inspección del Trabajo respectiva. Recibidas dichas conclusiones, la Inspección del Trabajo deberá formular sus observaciones en un plazo de 30 días hábiles. La falta de pronunciamiento dentro del plazo antes señalado, autorizará al empleador a adoptar las medidas sugeridas en su informe de investigación sin más trámite, entendiéndose las conclusiones y medidas adoptadas, como no observadas ni cuestionadas”.

Si bien las conclusiones de dichas investigaciones deben ser entregadas siempre a la Inspección del trabajo, el diseño que propone el legislador es abrir nuevas vías previas a la llegada al tribunal a problemas laborales que involucran derechos fundamentales

Finalmente, una norma de favor al empleador. No ha sido un punto tratado cuál es el estándar para imputar responsabilidad a un empleador por el acoso de un trabajador a otro, vinculado al conocimiento que éste haya tenido o debido tener de la situación. El proyecto se refiere a dos supuestos vinculados a este problema: cuando el empleador dio cumplimiento al procedimiento de denuncia y cuando no se formalizó la denuncia. De acuerdo a la propuesta de reforma, ambas son circunstancias que se deberán

tener en cuenta para que proceda o no el despido indirecto, lo que clausura la principal acción judicial de la víctima, y asimismo, deberán ser tenidas en cuenta para valorar la procedencia de la tutela de derechos fundamentales.

Esto debilita gravemente la tutela judicial de quien se ha visto afectado por un acoso sexual o laboral, ya que validando y potenciando las instancias internas, a cuya crítica ya nos hemos aquí referido, incide en negativo respecto de la posibilidad de obtener reparaciones del empleador por estas vulneraciones a derechos fundamentales. Lo mismo ocurre en el caso que el trabajador o trabajadora afectada no haya activado el proceso interno, creando una especie de presunción a favor del empleador en cuanto a si conoció o debió haber conocido los hechos, pues de no haberse recurrido al procedimiento interno, hay un elemento en favor de afirmar la ignorancia del empleador, que a su vez implica su no responsabilidad ante el ilícito.¹¹

11 Artículo 211 E inciso segundo: “Cuando el empleador en conocimiento de una denuncia de acoso sexual o laboral, hubiere dado íntegro cumplimiento al procedimiento establecido en este título, o bien, cuando el empleador no hubiere tenido conocimiento de la situación de acoso por no haberse efectuado formalmente la denuncia en los términos del artículo 211-A de este Código, el juez deberá considerar especialmente estas circunstancias para efectos de determinar o no la procedencia del despido indirecto y, en su caso, de las indemnizaciones establecidas en los incisos primero y segundo del artículo 171. Igual consideración deberá tener el juez para resolver las acciones que, por los mismos hechos, se ejerzan de acuerdo al procedimiento establecido en el Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V”.

El Procedimiento de Acoso Sexual y Acoso Laboral en el Proyecto de Gobierno

Modernización Laboral para la Conciliación, Trabajo, Familia e Inclusión

Sergio Gamonal C.

Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez

I. El proyecto

Dentro de la propuesta de modernización y flexibilidad del Gobierno, se incluyen algunas enmiendas para perfeccionar el respeto de la dignidad del trabajador.

Estas propuestas pueden sintetizarse de la siguiente forma, según se expresa en el mensaje:

1. Se propone un procedimiento de investigación único para el acoso sexual y el acoso moral
2. Se precisa que la investigación deberá llevarse a cabo incluso en aquellos casos en que el contrato de trabajo de alguno de los implicados haya finalizado
3. Se abre la posibilidad de que la investigación interna en la empresa, en materia de acoso, pueda ser asistida por profesionales externos certificados por la Dirección del Trabajo
4. Se amplía la titularidad de la acción de reclamo a los estudiantes en práctica

Para el cumplimiento de lo anterior se modifica el N° 12 del art. 154 agregando a las referencias al acoso sexual la palabra “laboral”. Por tanto, de aprobarse el proyecto, tanto el procedimiento, las medidas de resguardo y las sanciones por acoso sexual serán aplicable al acoso laboral.

Se propone enmendar el inciso final del art. 171, precisando la responsabilidad por la utilización de mala fe en la demanda por despido indirecto por acoso sexual o laboral, reemplazando la palabra “afectados” por “empleador y/o trabajador”.

Se sustituyen los arts. 211A a 211E sobre investigación del acoso sexual, ahora aplicable también al acoso laboral. Básicamente se armonizan estas reglas con su aplicabilidad al acoso laboral y la titularidad del alumno en práctica. Además, se precisa que las medidas de resguardo podrán aplicarse igualmente a los trabajadores con fuero sindical.

Por otro lado, en el art. 211C se señala que la investigación podrá ser efectuada por terceros externos certificados e inscritos por la Dirección del Trabajo, bajo costo y decisión del empleador. Estos asesores exter-

nos tienen el deber de reserva en la investigación y deberán emitir un informe que será enviado a la DT. Para estos efectos, se dictará un reglamento. Sea como fuere, la investigación deberá concluir en 30 días. Se agrega que una vez enviado el informe y las conclusiones del empleador o del tercero a la DT, ésta deberá formular observaciones dentro del plazo de 30 días. Si la DT no hiciere observaciones, el empleador podrá adoptar las medidas sugeridas en el informe, entendiéndose como no observadas ni cuestionadas.

Se añade que la terminación del contrato de trabajo de alguno de los involucrados, no afectará la investigación respectiva.

Si los hechos fueren constitutivos de delito, será obligatorio ponerlos en conocimiento del Ministerio Público.

Se agregan dos nuevos incisos finales del art. 211E, con dos objetivos:

- Atenuar o liberar de responsabilidad al empleador que ha realizado el procedimiento de investigación o que ha desconocido los hechos por no haberse hecho la denuncia del 211A. En ambos casos el juez, tanto en despido indirecto como en tutela, deberá tener en especial consideración estas circunstancias.
- Impide accionar por tutela del art. 485 hasta que no se hayan cumplido los plazos del art. 211C. Es decir, desde la denuncia y hasta 60 días del procedimiento.

Por último, se incluye un nuevo art. 211F precisando que, si el empleador no está obligado a tener reglamento interno, igualmente deberá establecer este procedimiento de investigación de los acosos.

II. Análisis

Aunque pueden observarse avances en lo propuesto, hay retrocesos que de no revisarse sería mejor no prosperar en estas enmiendas.

La propuesta de contemplar el procedimiento de investigación por el acoso sexual también en el caso de acoso laboral es valorable, aunque en la actualidad perfectamente el empleador puede regular un procedimiento en este sentido.

Otorgarle titularidad al alumno en práctica es un avance muy menor, dado que la Dirección del Trabajo ya lo ha contemplado en sus dictámenes (Ord. 4354/59 de 29 de octubre de 2009). Señalar que deberá continuarse con la investigación incluso si hubiere finalizado alguno de los contratos laborales de los implicados es adecuado. Igualmente ocurre con la norma que dispone que en empresas no obligadas al reglamento del art. 153, deberá haber procedimiento de investigación de los acosos.

Pero estos avances tímidos quedan eclipsados con la letra chica del proyecto.

El proyecto mantiene la obsesión con el abuso de derecho en caso de acoso sexual. Por ello precisa que los beneficiarios de la indemnización respectiva pueden ser el empleador o el trabajador. Pero recordemos que el despido indirecto es siempre contra el empleador, nunca contra otro trabajador, ni siquiera si es acosador, por tanto esta precisión es inaplicable.

Se precisa que las medidas de resguardo pueden aplicarse al trabajador con fuero sindical. Este tipo de medidas sólo debieran ser aplicadas por un tribunal o la DT, jamás por el empleador quien puede usar en forma desviada este procedimiento para perseguir a los directores sindicales.

El rol de los asesores externos es dudoso. Cuando investiga el empleador es claro que puede no ser objetivo. El asesor externo pareciera más imparcial, pero es discutible ya que será pagado por el empleador. Esto puede prestarse también para persecuciones sindicales. La investigación debiera radicarse siempre en la DT, o en un organismo público imparcial.

Si la DT no observa el informe se da a entender que lo aprueba. Esto es peligroso. La DT ya tiene exceso de trabajo y no pareciera adecuado que se entienda que avala tácitamente decisiones del empleador.

Las atenuaciones de responsabilidad son también discutibles. Si el empleador nada supo del acoso y no hubo denuncia está libre en principio. Dada la jerarquía en la empresa y el poder que detenta habrá que ver caso a caso si está realmente libre de responsabilidad.

Más grave es cuando hizo el procedimiento y se dice que el juez deberá tenerlo en consideración. Esto es muy discutible. El actuar del empleador podría haber agravado el acoso, haberlo sustentado, etc.

Lo que resulta inaceptable y constituye una verdadera denegación de derechos, es la regla que impide presentar tutela (art. 485) mientras dure la investigación. La víctima evaluará si recurre o no a la tutela. No puede inhibirlo de esta forma el legislador. Es reírse de las víctimas, muchas de ellas mujeres trabajadoras, que ante un acoso sexual o laboral están con un estrés absoluto, y dos meses puede ser demasiado para su salud mental. Esta propuesta demuestra la torpeza e insensibilidad de los redactores de esta regla.

III. Conclusión

La evaluación de la propuesta de gobierno, en materia de procedimiento de investigación para el acoso sexual y acoso moral, aunque tiene elementos interesantes constituye un retroceso, que desprotege a las víctimas y deniega derechos, sobre todo por lo comentado al final del párrafo anterior.

El Gobierno está preocupado de la denuncia temeraria en contra del victimario, pero abandona a su suerte a las víctimas si, por el desarrollo de los acontecimientos, desean recurrir a un tribunal laboral por acoso. Es escandaloso.

Calibrado en su conjunto este proyecto es aún peor. Recordemos que propone que el trabajo a través de plataformas como Uber no genere contrato. Es decir, por ejemplo, si hay situaciones de acoso a un trabajador de plataformas, éste queda en la más absoluta indefensión. Y con el contrato “de formalización” que se busca implementar, conocido como contrato “de llamada” y criticado por su extrema precarización, ¿cómo podrá defenderse un trabajador acosado?

Con la mayor precarización que propone a todo nivel este proyecto, los abusadores podrán gozar de mayor impunidad aún frente a sus abusos de poder.

Minuta proyecto de ley, modernización laboral, temas de acoso sexual y acoso laboral

Consideraciones Preliminares y Mensaje del Proyecto

Wendoling Silva Reyes

Abogada, Universidad de Chile

El ejecutivo en su mensaje señala que han aumentado en un 55,3% las denuncias de acoso sexual laboral entre 2017 y 2018, cifra que difiere de la entregada en la Cuenta Pública por el Director del Trabajo, donde señala que el aumento es de un 56,8%¹, es más no existen datos estadísticos en la Dirección del Trabajo que den cuenta de las denuncias de acoso sexual laboral desde el año 2005 a la fecha desagregadas en las distintas formas de abordarlas por parte de la autoridad administrativa.

A su vez, el mismo mensaje señala que existen entre 2017 y 2018, 2000 denuncias por acoso laboral, sin que existan datos estadísticos de dicha institución sobre la materia, salvo que se asuma que las denuncias por vulneración de derechos fundamentales, que conforme a la cuenta pública 2018-2019, se investigaron 2.743 denuncias, y que el 82,6% de ellas fueron referidas a vulneración a la vida e integridad física y síquica y al derecho a la intimidad y la honra de las personas. Lo cual implicaría que 2000 de las 2.249 denuncias por vulneración de estos derechos se referían a acoso laboral. Del mismo modo que en el caso anterior, referido a denuncias de acoso sexual laboral, no existen antecedentes estadísticos que den cuenta de la variación de estas denuncias desde el año 2012 a la fecha, considerando esa fecha de inicio, debido a la incorporación de la definición legal de acoso laboral introducido por la Ley. 20.607.

En el diagnóstico del ejecutivo señala que la ley 20.005 del año 2005, incorporó avances, sin embargo, considera que no son suficientes y pretende extender el precario e ineficaz procedimiento que dicha ley establece al acoso laboral, sin hacerse cargo de las deficiencias que conlleva el procedimiento de investigación de acoso sexual laboral, que en parte fueron subsanados con la entrada en vigencia de la Ley 20.087, que incorpora el procedimiento de Tutela por Vulneración de Derechos Fundamentales y que vino a cambiar la forma de abordar estas investigaciones por parte de la Dirección del Trabajo.

En definitiva, el diagnóstico del ejecutivo es débil, no se basa en datos estadísticos y evidencia un real desconocimiento del funcionamiento de la Dirección del Trabajo en estas materias y la forma en que se han abordado administrativa y judicialmente estas denuncias.

1 Presentación en Power Point de cuenta pública 2018-2019 del Director del Trabajo, de abril de 2019, disponible en www.direcciondeltrabajo.cl

Para hacer un adecuado análisis de las materias, se debiesen tener desagregados los siguientes datos: Número de denuncias por acoso sexual recibidas por la Inspección del Trabajo, de ellas cuantas corresponden a denuncias en contra del empleador como sujeto activo de la conducta y cuantas de ellas corresponden a dependientes, cuantas solicitudes de investigación de acoso sexual laboral son derivadas por las empresas a la Dirección del Trabajo, dentro del plazo de 5 días, cuantas investigaciones internas de acoso sexual laboral son remitidas a la Dirección del Trabajo para su revisión, cuanto es el plazo de revisión y visación por parte del órgano administrativo, y cuáles son los resultados de las mismas y las sanciones propuestas por los empleadores.

► en cuanto al proyecto

En esta materia dividiremos el análisis en 3 acápite, por un lado todo lo referido a Acoso Sexual Laboral, por otra parte a Acoso Laboral y una tercera parte afectación a los derechos colectivos y procedimiento de investigación y tutela laboral en ambas hipótesis (acoso laboral y acoso sexual)

► acoso sexual laboral

El proyecto incorpora un primer artículo que señala “**Artículo 211-A.** En caso de acoso sexual y/o laboral, la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo. Igual derecho tendrán los alumnos en práctica que se desempeñen en tal calidad en la empresa”.

La única innovación que realiza respecto de acoso sexual es referido a los estudiantes en práctica, quienes no tienen relación laboral vigente con el empleador y podría haberse cuestionado la protección que tenían en esta materia, sin perjuicio de lo cual, esto ya se había resuelto por la Dirección del Trabajo en Dictamen 4354/59 de 2009.²

En cuanto a las medidas de resguardo (artículo 211-B), en nada cambia el texto de la actual legislación salvo aquella referida a los dirigentes sindicales que trataremos separadamente.

Y en esta materia, podría haber mejorado las condiciones de las medidas de resguardo, primero dar preponderancia a la víctima o sujeto pasivo del acoso sexual, dado que en muchas ocasiones es a ella a quien se la separa de su espacio habitual de funciones y el/la denunciado/a se mantiene en el mismo lugar físico, o por el contrario, es al denunciado/a a quien se le otorga un permiso con goce de remuneraciones en vez del trabajador afectado, vulnerando nuevamente sus derechos. Problemas como estos son habituales, y de ello, no se hace cargo el proyecto.

2 Dirección del Trabajo, Ordinario n° 4354/59 de fecha 29 de octubre de 2009, que señala “Frente a un requerimiento de una alumna en práctica que denuncia haber sido víctima de conductas de acoso sexual por parte de un trabajador de una empresa, resultan aplicables las normas procedimentales incorporadas al Título IV, del Libro II, Código del Trabajo, por la Ley 20.005 sobre acoso sexual, debiendo exigirse al empleador a cargo de la dirección de la empresa en que se ha verificado la conducta de acoso sexual, por uno de los trabajadores bajo su dependencia, el cumplimiento de las obligaciones que le impone dicha normativa”.

“Artículo 211-C. El empleador dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva. **Adicionalmente, se faculta a que la referida investigación pueda ser realizada por terceros debidamente inscritos y certificados ante la Dirección del Trabajo, a decisión y costo del empleador.** Estos terceros deberán guardar reserva de los hechos que conozcan y evacuar un informe que deberán entregar al empleador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Un reglamento dictado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social determinará los requisitos y condiciones que deberán poseer estos terceros”.

Tal como ocurre en otros proyectos presentados por el ejecutivo en el último tiempo, en particular el Boletín 12.827-13³, se insiste en externalizar las funciones fiscalizadoras o que por ley se le han entregado a la Dirección del Trabajo, y como ya se ha dicho en materia de acoso sexual, sin tener un diagnóstico sobre la forma en que se ha desarrollado este tipo de investigaciones, sin estadísticas que puedan justificar la medida, sin indicar la carga laboral que eso implica para los funcionarios, o los tiempos de respuesta que tiene la institución. No existe prohibición legal para que la empresa, si estima que no tiene las capacidades técnicas para realizar la investigación tiene la facultad de remitir los antecedentes a la Inspección del Trabajo para que ésta investigue, y si estima realizar la investigación, puede –ya que nada se lo impide– contratar a un servicio externo que se encargue de realizarla dentro de los plazos establecidos por la ley, pues la norma solo dispone que el empleador “dispondrá la realización de una investigación interna”, la cual puede encargar a asesores o consultores externos de la empresa, a su costo.

Sin embargo esta modalidad, obliga a la autoridad administrativa a elaborar una nómina de terceros certificados para realizar este tipo de investigaciones, entregando facultades propias de la Dirección del Trabajo a terceros. Es una norma que no genera ninguna eficacia en el procedimiento ni garantiza su calidad y celeridad, por tanto inocua para los fines planteados en el mensaje.

Los incisos segundo y tercero, de la propuesta son iguales a los contemplados en la legislación vigente.

Se incorpora un inciso final que señala “Recibidas dichas conclusiones, la Inspección del Trabajo deberá formular sus observaciones en un plazo de 30 días hábiles. **La falta de pronunciamiento dentro del plazo antes señalado, autorizará al empleador a adoptar las medidas sugeridas en su informe de investigación sin más trámite, entendiéndose las conclusiones y medidas adoptadas, como no observadas ni cuestionadas”.**

La incorporación de un plazo, es adecuado, en cuanto otorga plazos ciertos a la administración para resolver estas materias, lo que actualmente se resolvía aplicando supletoriamente la Ley 19.880.

3 Donde se proponen organismos externos para materias de Servicios Mínimos, Mediación y Dictámenes y Pronunciamientos.

Con todo, se incorpora un efecto a la falta de respuesta oportuna por parte de la Inspección del Trabajo, efecto que resulta vulneratorio para cualquiera de las partes del proceso, dado que ni siquiera se ha logrado por parte de la autoridad, verificar que el procedimiento ha respetado las normas mínimas del debido proceso, y aun así, solo por la concurrencia del plazo, se tendrán por válidas dichas conclusiones. Si el objetivo de las modificaciones es dar una adecuada protección a los trabajadores ante la ocurrencia de acoso sexual o acoso laboral, debiese fortalecerse la labor fiscalizadora y de revisión de normas de debido proceso, incorporando incluso un aumento de dotación para estos efectos, lo cual solo podría calcularse en caso de contar con datos sobre las denuncias, investigaciones derivadas y tiempos de respuesta por parte del órgano administrativo.

Por otra parte, una de las falencias, que se han advertido del procedimiento de investigación de acoso sexual laboral por parte de la empresa, son las facultades que tiene la Dirección del Trabajo al respecto, hay quienes sostienen que tiene facultad solo para revisar si el procedimiento se ha llevado conforme a las reglas de procedimiento indicadas en el inciso tercero y final del artículo 211-C, o también puede hacerse cargo de las conclusiones a que ha arribado el empleador y a las sanciones que propone aplicar, dado que hay casos en que conforme a todos los antecedentes, se encuentra acreditada la conducta de acoso sexual laboral y el empleador ha estimado que no se encuentra constatado o habiéndola constatado decide aplicar la sanción menos drástica de aquellas que ha establecido en su reglamento interno.

En esta materia, dada la relevancia de la conducta denunciada, y las consecuencias que su constatación lleva respecto del trabajador denunciado, es deber de la autoridad administrativa no solo garantizar el debido proceso, sino que también la tutela efectiva respecto de los derechos vulnerados, sea tanto para el trabajador denunciante como para el denunciado, no es desconocido en el mundo del trabajo, que muchas veces se han configurado situaciones ficticias de acoso para despedir a trabajadores de mucha antigüedad o aforados.

No puede ante hechos de tanta relevancia, bastar el transcurso del tiempo, para dar por aprobadas las conclusiones de un informe realizado por la misma empresa, que pueden constatar conductas de acoso sexual respecto de una trabajador, permitiendo de esta forma su despido sin derecho a indemnizaciones o por otra parte exculparlo, desestimando la denuncia realizada, impidiendo el ejercicio de acciones de tutela laboral, despido indirecto o restablecimiento efectivo de un ambiente laboral digno para la/el denunciante.

En el Artículo 211-D, el inciso primero no sufre ninguna variación respecto del actualmente vigente y se agrega un segundo inciso que señala “La terminación del contrato de trabajo de alguno de los involucrados durante el periodo de investigación, no afectará el curso del procedimiento. En este caso, tanto el empleador como la Inspección del Trabajo deberán continuar con su sustanciación hasta emitir y poner a disposición de los interesados las conclusiones de la investigación”.

Esto tiene sentido, por cuanto, en muchas ocasiones tanto la Inspección del Trabajo como la empresa,

la práctica judicial, hoy se ha permitido perseguir aquella responsabilidad del empleador por no haber tenido el deber de cuidado que le corresponde.

► acoso laboral

Se hace aplicable todo el procedimiento de acoso sexual, al acoso laboral, asumiendo el proyecto de ley, que dicho procedimiento es el adecuado y que ha tenido una adecuada aplicación, lo cual no se encuentra sustentado por ningún dato estadístico de la Dirección del Trabajo, por el contrario, la aplicación de la Ley 20.005, ha caído en desuso desde la incorporación de la tutela laboral, lo cual ha dado a los trabajadores, mayores garantías de tutela judicial efectiva ante casos de acoso sexual laboral, y que desde la perspectiva del acoso laboral, ha sido la vía para perseguir tales conductas por parte de quienes se han visto vulnerados en sus derechos fundamentales.

La única limitación que este procedimiento judicial ha generado en los trabajadores es tener que vincular, las conductas de acoso que les afectan a los derechos constitucionales o legales –en el caso de la discriminación– que se encuentran garantizados por el artículo 485 del Código del Trabajo, requisito que no está considerado en la definición de Acoso Laboral que contempla el artículo 2 inciso segundo del Código del Trabajo, el que a diferencia del acoso sexual laboral, el cual ha sido definido como una conducta pluriofensiva que afecta más de un derecho de aquellos garantizados por nuestro ordenamiento. Para subsanar este problema, bastaría con señalar que el procedimiento de tutela laboral, regulado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, a las conductas de acoso sexual y acoso laboral, definidas en el artículo 2 del Código laboral.

Al hacerle aplicable todo el procedimiento de acoso sexual, permite que sea el mismo empleador quien sancione la conducta, bastando que cumpla los requisitos de un debido proceso y no necesariamente los criterios de prueba indiciaria y proporcionalidad que exigen los tribunales de justicia para acreditar estos actos.

Su aplicación como situaciones análogas sin hacer una distinción entre ambas conductas es completamente deficiente, incluso aplicando un procedimiento que no funciona.

► fueros, procedimiento y tutela judicial efectiva

Aplicación de Medidas de Resguardo a Dirigentes Sindicales. El artículo 211-B del proyecto, en su inciso primero parte final, al referirse a las medidas de resguardo señala **“Dichas medidas podrán igualmente aplicarse respecto de trabajadores que gocen de fuero sindical”**, de esta forma, se vulnera el fuero establecido en el artículo 243 del Código del Trabajo, que en su inciso segundo, inhibe al empleador de aplicar las facultades del artículo 12 (ius variandi) a los dirigentes sindicales aforados, salvo caso fortuito o fuerza mayor, con esta norma se podrá separar al dirigente sindical de sus funciones, por un

periodo de hasta 30 días mientras dure la investigación, incluso cuando se trate de una denuncia temeraria, que se puede dar en cualquier momento, incluso en periodo de negociación colectiva. Lo dicho no viene a cuestionar la aplicación de medidas de resguardo cuando una de las partes involucradas sea un dirigente sindical aforado, lo que corresponde es mantener medidas de resguardo, pero que garanticen los derechos y dignidad de cualquiera de las partes, denunciante o denunciado/a, medidas que en ningún caso afecten otros de sus derechos, como es el ejercicio de la libertad sindical.

Tutela Judicial Efectiva. En el artículo **211-E** inciso segundo del proyecto, se propone la siguiente redacción *“Cuando el empleador en conocimiento de una denuncia de acoso sexual o laboral, hubiere dado íntegro cumplimiento al procedimiento establecido en este título, o bien, cuando el empleador no hubiere tenido conocimiento de la situación de acoso por no haberse efectuado formalmente la denuncia en los términos del artículo 211-A de este Código, el juez deberá considerar especialmente estas circunstancias para efectos de determinar o no la procedencia del despido indirecto y, en su caso, de las indemnizaciones establecidas en los incisos primero y segundo del artículo 171. Igual consideración deberá tener el juez para resolver las acciones que, por los mismos hechos, se ejerzan de acuerdo al procedimiento establecido en el Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V”.*

“Con todo, las acciones derivadas del artículo 485 por parte de los trabajadores involucrados en el procedimiento que trata este título, no podrán entablarse sino hasta el vencimiento del plazo señalado en el artículo 211-C según corresponda. En estos casos, el plazo para interponer la denuncia a la que se refiere el artículo 486, se computará a partir del día siguiente de vencido dicho plazo”.

Esta norma, morigerará las consecuencias de la vulneración de derechos fundamentales, producidas por conductas de acoso sexual y acoso laboral, dejando a ambas conductas en una situación desmejorada respecto de la vulneración de otros derechos constitucionales garantizados.

Cuando se ha denunciado conductas de acoso sexual o acoso laboral, una de las hipótesis de la tutela laboral, es el empleador quien aparece como sujeto pasivo de la acción, es decir se demanda a la empresa, y como sujeto activo de la conducta, el empleador es responsable de los actos de acoso, conforme a la construcción jurisprudencial, el empleador es quien tiene el deber de cuidado, en consecuencia, procede dirigir la acción cuando es el empleador quien ha cometido las conductas de acoso, o cuando habiéndose estas cometido por sus dependientes, el empleador estaba en conocimiento o debía saberlo, todo lo cual se deberá acreditar en el juicio, conforme a las reglas de prueba indiciaria y apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo además el empleador justificar su conducta, acreditando que la medida adoptada es razonable y proporcional.

Estando garantizado el derecho del empleador de explicar los fundamentos de la medida adoptada y su proporcionalidad, y entre ellos, no hay duda que se incorpora la posibilidad de acreditar el desconocimiento de los hechos y en consecuencia se encontraba en la imposibilidad de adoptar medidas. La prác-

tica de investigación de estas denuncias tanto en la etapa administrativa como judicial han estimado que existe vulneración cuando el empleador sabiendo o debiendo saber, no tomó las medidas de resguardo suficientes para asegurar la vida y salud de sus trabajadores, tal como le corresponde conforme lo establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo.

No parece nada sensato, la incorporación propuesta, pues hace más compleja la acreditación de la vulneración a quienes denuncien conductas de acoso laboral o sexual, imponiéndoles como carga realizar la denuncia ante el empleador, sin existir además ninguna norma que les de garantía de indemnidad o fuero, mientras dure el proceso de investigación, sea este administrativo o empresarial.

Por otra parte, se le inhibe la posibilidad al trabajador de accionar directamente en tribunales, ante hechos que revisten mayor gravedad y que requieren una tutela judicial efectiva, impidiéndole acudir directamente a tribunales, considerando que muchas de estas conductas, sobre todo aquellas denunciadas por la Inspección del Trabajo, se producen con relación laboral vigente. El ejecutivo con su proyecto le está pidiendo a la víctima que aguante un mes más las vejaciones y acosos que sufre.

La semana corrida y la remuneración variable

(Modificación N° 23 del Boletín N° 12.618-13 sobre semana corrida)

Lucía Planet Sepúlveda

Profesora de Derecho del Trabajo, Universidad de Chile

La semana corrida no es más que la remuneración que se debe pagar al trabajador por los días domingos y festivos de una semana, y en el caso de los remunerados en forma mixta, sólo se calcula respecto de la remuneración variable (no se calcula sobre el sueldo base mensual, pues se entiende que dicho valor comprende el pago de domingos y festivos por su respectiva proporción).

El cálculo de la remuneración por el día de descanso para los trabajadores remunerados en forma mixta “debe hacerse en relación con lo que efectivamente gana después de haber trabajado todo el mes, no sólo sobre el sueldo base”¹ afirmó el ex ministro del trabajo Nicolás Monckeberg en la tramitación de la Ley N° 20.281, que amplió el pago de semana corrida a este grupo de trabajadores.

Pese a la publicación de la Ley 20.281 en el año 2008, el pago de la semana corrida para el trabajador que es remunerado en forma variable, es en la práctica relativo. Si revisamos liquidaciones de remuneración de parte del sector *retail*², es bastante posible que se contemple el pago de semana corrida. Por el contrario, si examinamos liquidaciones de quienes realizan ventas en parte del sector de AFP³, la situación es la contraria, esto es, mayoritariamente no se les paga. En el caso de las Isapres, existen compañías que pagan semana corrida y otras que no.⁴

La redacción del único artículo que regula la materia (45 del Código del Trabajo), ha propiciado dos interrogantes que han circundado a la variabilidad en el pago de semana corrida para los trabajadores remunerados en forma mixta. Primero, ¿siempre se debe pagar semana corrida respecto de su remuneración variable, o sólo se les debe pagar si su remuneración variable es devengada en forma diaria? Segundo, ¿qué se entiende por devengar en forma diaria una remuneración variable?

1 Monckeberg, Nicolás. Historia del establecimiento de la Ley N° 20.281, p.75.

2 Por ejemplo, liquidaciones de remuneración en las causas rit M-2043-2019 (Ripley Store Ltda), M-2643-2019 (Tricot S.A.), M-3214-2018 (Paris Administradora Ltda.), M-2505-2019 (Servicios Generales Tottus Ltda.), todas del 1° Juzgado de Letras de Santiago.

3 Por ejemplo, liquidaciones de remuneración en las causas rit M-226-2019 (AFP Habitat S.A.), O-2551-2019 (AFP Cuprum S.A.), T-1931-2018 (AFP Provida S.A.), todas del 2° Juzgado de Letras de Santiago.

4 Por ejemplo, liquidaciones de remuneración en las causas O-780-2019 (Isapre Banmédica S.A), del 2° Juzgado de Letras de Santiago no contempla su pago. Pero sí se contempla en las liquidaciones de causas rit M-360-2018 (Isapre Cruz Blanca), O-1874-2019 (Isapre Consalud S.A.), y T-1240-2018 (Colmena Goldencross S.A).

La jurisprudencia tras la dictación de la Ley 20.281 ha sido vacilante sobre una y otra interrogante. En primer lugar, existe jurisprudencia dividida⁵ sobre si debe o no introducirse el requisito del devengo diario de la remuneración variable para que sea procedente el pago de semana corrida a su respecto. En segundo lugar, también existe diversidad de interpretaciones sobre el significado que se le ha atribuido al requisito del devengo diario. Así, por ejemplo, algunos entienden que sí se devenga en forma diaria la remuneración variable del vendedor de una tienda de comercio, no así la del vendedor de una AFP, “un vendedor de una tienda como Falabella devenga cada día que labora sus comisiones por venta. Uno de AFP o similares, por la naturaleza de esas ventas, las devenga en plazos superiores”.⁶

En definitiva, hay quienes exigen que la remuneración variable debe obtenerse en un acto único para ser devengada diariamente, no siéndolo aquella remuneración variable sujeta a actos sucesivos o a un proceso prolongado en el tiempo⁷, interpretación que consecuentemente, entrega en manos exclusivas del empleador la procedencia o no del devengo diario, al poder redactar el contrato de trabajo con fórmulas prolongadas en el tiempo para la obtención de una determinada remuneración variable.

Sin embargo, más que la unidad de tiempo, lo relevante en las remuneraciones variables consiste en el rendimiento, pues la remuneración variable es “aquella cuyo devengo y cuantía dependen de la cantidad y calidad del trabajo realizado, con independencia total o parcial del tiempo empleado”.⁸

El Boletín N° 12.618-13 se inclina por la postura restrictiva de obtención de semana corrida, al exigir en forma expresa, el requisito del devengo diario de la remuneración variable para tener derecho a la semana corrida.

Introducir el requisito del devengo diario para la remuneración variable, aparece como la peor alternativa para los trabajadores, porque implica la supresión del pago de semana corrida para el trabajador beneficiario de ella por medio de la Ley 20.281. Supresión, porque si la ley exige expresamente un requisito para obtenerlo –devengo diario–, su interpretación queda en gran parte de los casos supeditada a la redacción del contrato de trabajo o anexo por parte del empleado (contrato de adhesión), no es necesario tener mayor imaginación para advertir que será restringido desde el momento mismo de la contratación. Fórmulas complejas en la determinación de metas, tramos que impliquen procesos futuros, entre otros, serán los elementos que propiciarán la restricción del derecho el puntapié final para la eliminación del derecho de los remunerados en forma mixta.

5 A modo de ejemplo, sentencias de unificación pronunciadas por la Corte Suprema, a favor de su pago sin requisito de devengo diario: Roles 5344-2015 de 29 de enero de 2016, N° 418-2018 de 31 de diciembre de 2018; y sentencias de unificación, que exigen dicho requisito: Roles 8152-2017 de 2 de agosto de 2017, N° 8092-2018 de 26 de septiembre de 2018, N° 4456-2019 de 30 de mayo de 2019, N° 2111-2019 de 4 de junio de 2019, N° 16591-2018 de 29 de julio de 2019.

6 Sentencia pronunciada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Valdivia, Rit T-3-2010, 8 de mayo de 2010.

7 Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de fecha 17 de marzo de 2011, Rit 0-3721-2010.

8 FARIÑA, Lautaro. “Remuneración Variable: elemento diferenciador y relación con las remuneraciones participativas”, Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social, Vol. 6, N° 11, 2015, p.99.

Actualmente, sin la modificación propuesta en el Boletín N° 12.618-13, para la obtención de semana corrida del trabajador remunerado en forma mixta, corresponde a los tribunales de justicia determinar la procedencia o no del requisito del devengo diario, y para el evento de estimar que dicho requisito es procedente, son ellos los únicos facultados para calificar qué se entiende por devengar en forma diaria la remuneración variable, lo que se determina caso a caso.

Si se persigue otorgar certeza jurídica respecto de las diversas interpretaciones jurisprudenciales, ello no puede ser a costa de arrebatar un beneficio remuneracional para los trabajadores consagrado en la Ley 20.281, y reafirmado en la Ley 20.611, al establecer que independiente de las condiciones de pago que la empresa pacte con el cliente, las comisiones se entienden devengadas en el período en que se efectuaron las operaciones u ocurrieron los hechos que les dieron origen.

La certeza jurídica bien podría originarse desde la postura contraria, esto es, en señalar en forma expresa que la remuneración variable (de aquel remunerado en forma mixta) no debe ser devengada en forma diaria para obtener el pago de semana corrida, por: tratarse de un derecho asociado al descanso que debe pagarse en su integridad; a fin de no generar un trato desigual en el pago del descanso para los trabajadores remunerados bajo la forma estipulada por el empleador; ser coherentes con el principio de ajenidad que rige las relaciones laborales; así como por cumplir realmente con el objetivo propuesto en el mensaje del Boletín, en torno a mejorar la calidad de vida de los trabajadores y sus familia.

Si no existe voluntad política para erradicar en forma expresa el requisito del devengo diario de la remuneración variable, mejor dejar el artículo 45 ya mencionado como actualmente está, y dejar en manos de la judicatura la determinación de la misma, pues a lo menos habrá posibilidad de que estos interpreten si el requisito procede o no, y de llegar a estimarlo procedente, podrán determinar qué se entiende por tal.

La aplicación del ius variandi a los directores sindicales en las investigaciones empresariales

Pamela A. Martínez Martínez

Abogada, Máster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Talca.

Doctora en Derecho de la Universidad de Valencia (España), académica de la Universidad de Chile.

I. Introducción

En el mes de mayo del presente año fue presentada por el Gobierno ante el Senado¹ la iniciativa legislativa denominada “Modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión”. Pues bien, dicho proyecto de ley viene a normar un batiburrillo de aspectos entre los cuales modifica el Título IV –sobre la investigación y sanción del acoso sexual– del Libro II –de la protección a los trabajadores– del Código del Trabajo.

Regula el proyecto el procedimiento para investigar y sancionar el acoso laboral homologándolo al del acoso sexual, del mismo modo modifica aspectos del procedimiento.² Dentro de ellos se faculta al empleador para tomar todas las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados –como la separación de espacios físicos o la redistribución del tiempo de la jornada considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo– autorizando que dichas medidas puedan ser aplicadas respecto de trabajadores que gocen de fuero sindical. Pues bien, esta norma viene a establecer a contra excepción a lo establecido en el art., 243 inciso segundo del Código del Trabajo, por cuanto, tiene vedado el empleador –salvo caso fortuito o fuerza mayor– ejercer

1 Boletín 12.618-13.

2 Relacionados en primer lugar, con la ampliación de los sujetos activos, como el caso de los estudiantes en práctica que se desempeñen en la empresa. En segundo lugar, se faculta para que terceros debidamente inscritos y certificados ante la Dirección del Trabajo puedan realizar la investigación a la que hace alusión el Título IV –a costa del empleador–, asimismo remite a la potestad reglamentaria delegada la determinación de los requisitos y condiciones que deberían poseer estos terceros.

En tercer lugar, establece un plazo perentorio a la Inspección del Trabajo para formular sus observaciones al informe dentro de 30 días hábiles de recibido por parte del empleador o emitido por el tercero. Se incorpora en el caso de falta de pronunciamiento por parte de la autoridad administrativa, una presunción de que las conclusiones y medidas adoptadas, se tengan como no observadas ni cuestionadas y, por tanto, autoriza al empleador para adoptar las medidas sugeridas en su informe o en el emanado por el tercero. En cuarto lugar, admite tácitamente la facultad del empleador de despedir o terminar el contrato de trabajo mientras esté vigente la investigación, no alterando el curso del procedimiento, por cuanto, tanto el empleador como la Inspección del Trabajo estarían obligados a continuar con su sustanciación hasta emitir y poner a disposición de los interesados las conclusiones de la investigación. En quinto lugar, se incorpora un deber de denunciar al empleador cuando esté en presencia de hechos que pudieren ser constitutivos de delitos.

En sexto lugar se establece un deber de consideración –por parte del juez– para con el empleador cuando éste haya dado cumplimiento al procedimiento y no se hubiere hecho la denuncia por parte de víctima conforme a las formalidades establecidas. Dicho deber de consideración se aplicaría en el caso de la procedencia del despido indirecto y las indemnizaciones que de él se acarrearán y en el supuesto de la aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales regulado en el Párrafo 6° del Capítulo II del Título I del Libro V del Código del Trabajo. En cuanto al procedimiento de tutela de derechos fundamentales se altera la regla de prescripción de la acción por cuanto, no podrá entablarse sino hasta el vencimiento de la investigación y desde ese momento se comenzará a computar el plazo de prescripción para efectos de su caducidad, finalmente en el caso de que el empleador no estuviere obligado a confeccionar el reglamento interno de la empresa, el procedimiento de todas maneras deberá constar por escrito y ser puesto en conocimiento de los trabajadores (as).

respecto de los directores³ y delegados sindicales las facultades establecidas en el art., 12 del Código del Trabajo, que reconoce el denominado *ius variandi* empresarial, estableciéndose una protección respecto de los demás trabajadores, por la delicada función que cumplen.

En este sentido, es importante preguntarse respecto de la posibilidad de establecer contra excepciones sobre aspectos tan delicados como es el fuero sindical, por cuanto, dicho fuero opera en dos sentidos, como protección al dirigente (a) sindical y como defensa también de la organización sindical, todo ello dentro del ámbito del resguardo de la libertad sindical que se encuentra protegida en los Convenios de la OIT y en la Constitución Política de la República.

En la misma dirección cabe preguntarse cómo ello afectará el ámbito de seguridad de los dirigentes sindicales y si es justificable, por cuanto, el fuero, finalmente es una medida que significa una autorización o revisión judicial previa de las decisiones del empleador sobre los representantes de los trabajadores, y qué dicha norma pretende dejar sin efecto para el caso de investigaciones empresariales. Lo que se tratará de argumentar en este documento, es sí es compatible esta contra excepción con el principio de libertad sindical y si ello se encuentra acorde con la normativa vigente, la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

II. La importancia del fuero sindical como mecanismo de protección de la libertad sindical

Una vez reconocido el sindicato como sujeto de derechos, se comenzó a elaborar una serie de mecanismos para garantizar o proteger su accionar ante actos de injerencia por parte del empleador, porque las formas como se protegen los derechos sindicales tiene una importancia mayor en los distintos modelos normativos y en la OIT, por cuanto, se ha sostenido que desde un punto de vista socio-político existe un rol relevante de los sindicatos dentro del sistema democrático, desde una perspectiva económica, tiene un rol de estabilidad social, finalmente desde el ámbito jurídico las organizaciones sindicales constituyen una condición natural de equilibrio entre los empleadores y los trabajadores, ya que, son la vía directa para el cumplimiento de las normas laborales y parte en la generación de normas jurídicas a través de los convenios colectivos.⁴

Uno de los mecanismos más usuales para proteger al sindicato y sus representantes –y de ese modo la libertad sindical– es el fuero sindical, lo que les permite a los representantes de los trabajadores la necesaria libertad y autonomía ante el empleador⁵. Por ello la OIT por medio de los convenios y los pronunciamientos de sus órganos de control ha sido enfática en la necesaria protección a los sindicatos y sus representantes.

3 Los directores sindicales conforme a la estructura sindical pueden ser los siguientes: director (a) de sindicato base, de federación o confederación sindical y de central sindical.

4 FERES NAZARALA, M. E. “La protección de los derechos sindicales en la legislación”. En *Derecho del Trabajo: normas y realidad*. Estudios en Homenaje al profesor Ramón Luco Larenas. Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, Chile, 1993, pp., 187.

5 BUSTOS MUÑOZ, F. “El fuero sindical del Código del Trabajo y el Convenio 135 de la OIT”. En *La Organización Sindical en Chile*. XX Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Librotecnia, Santiago, Chile, 2014, pp., 393.

Al efecto la OIT a través del convenio 98 del año 1949 (sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva) y del convenio 135 del año 1971 (sobre los representantes de los trabajadores) establece diversas disposiciones al respecto. El convenio 98 dispone en su art., 1 que *“los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”*. Asimismo, el convenio 135 establece en el art., 1 que *“los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”*. Ambos convenios se encuentran ratificados por Chile y se encuentran vigentes.

La recomendación 143 del año 1971 de la OIT (sobre los representantes de los trabajadores), por su parte da cuenta sobre la protección y facilidades que habrá de otorgarse a los representantes de los trabajadores. De ese modo el punto 6 de la recomendación indica una serie de disposiciones que podrían incluir medidas como las siguientes: *“(a) definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores; (b) exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado, o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo; (c) procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto; (d) por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos que ello sea contrario a los principios fundamentales de derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto, con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; (e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado”*.

Por su parte, el Comité de libertad sindical de la OIT se ha pronunciado en dos ocasiones en casos relacionados contra el Estado de Chile (caso 1945/1997 y 2215/2002), alusivos a las garantías para el ejercicio de la libertad sindical y la necesidad de una protección rápida y eficaz ante el despido de dirigentes sindicales que gozaban de fuero sindical. El Comité ha sido enérgico al señalar que *“las normas de fondo existentes en la legislación nacional que prohíben actos de discriminación antisindical no son suficientes si las mismas no van acompañadas de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos”*.⁶ De esta manera, la OIT en el conjunto de su normativa y en los pronunciamientos de sus órganos de control, ha relevado la importancia de las garantías para el pleno ejercicio de la libertad sindical.

6 Caso 2215, informe 331, LXXXVI, 2003, Serie B, n° 2, párrafo 178. También ver MARTÍNEZ MARTÍNEZ, P. *“Los casos de vulneraciones a la libertad sindical cometidas por Chile. Conocidos por el Comité de libertad sindical de la OIT”*. Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago, Chile, 2019, pp., 154-155.

La recepción en el Código del Trabajo de estas normas se encuentra contenida en el art., 215 por cuanto señala que *“no se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales”*.

Pues bien, concretado en el ordenamiento jurídico chileno el principio de no discriminación para efectos de la labor sindical, el mecanismo de protección *ex ante* para salvaguardar la libertad sindical es el fuero sindical, que se encuentra regulado en el art., 174 y 243 del Código del Trabajo. El art., 174 invierte la regla a propósito del despido de los trabajadores, por cuanto, la regla general será la facultad –por parte del empleador– de despedir a sus dependientes señalando la causal y los hechos que la justifican, mediante carta enviada al trabajador. En el caso de los representantes sindicales, no opera dicha regla sino la contenida en el art., 174 que dispone lo siguiente *“en el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160”*. El art., 243 por su parte regula la vigencia del fuero para el caso de los directores sindicales, es decir, la imposibilidad de un despido directo o sin autorización judicial por parte del empleador desde su elección y hasta seis meses de expirado el mandato. Dicho artículo incorpora una garantía adicional, ahora dentro de la relación laboral. En cuanto, limita la aplicación del *ius variandi* a los directores y delegados sindicales, salvo caso fortuito fuerza mayor.⁷

Cabe destacar que el fuero sindical se aplica solo como protección de salida o de término de la relación laboral en otros supuestos, como el fuero sindical los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato (art., 221 inciso tercero del Código del Trabajo⁸), los candidatos a directores sindicales (art., 238 inciso primero del Código del Trabajo⁹), los trabajadores que negocian colectivamente (art., 309 del Código del Trabajo¹⁰).

Por tanto, existe por medio del fuero sindical para los directores y delegados sindicales una protección contra el despido –para el término o salida de la relación laboral– y una protección dentro de la relación

7 El art., 45 del Código Civil define caso fortuito o fuerza mayor como *“el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*

8 Art., 221 inciso tercero *“los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa o de establecimiento de empresa gozarán de fuero laboral desde los diez días anteriores a la celebración de la respectiva asamblea constitutiva y hasta treinta días de realizada. Este fuero no podrá exceder de cuarenta días”*.

9 Art., 238 inciso primero *“los trabajadores de los sindicatos de empresa, de establecimiento de empresa, interempresa y de trabajadores transitorios o eventuales, que sean candidatos en la forma prescrita en el artículo anterior, gozarán del fuero previsto en el inciso primero del artículo 243, desde que el directorio en ejercicio comuniquen por escrito al empleador o empleadores y a la Inspección del Trabajo que corresponda, la fecha en que deba realizarse la elección respectiva y hasta esta última. Dicha comunicación deberá practicarse con una anticipación no superior a quince días de aquel en que se efectúe la elección. Si la elección se postergare, el fuero cesará en la fecha en la que debió celebrarse aquélla”*.

10 Art., 309: *“Fuero de negociación colectiva. Los trabajadores afiliados a la organización sindical involucrada en una negociación colectiva reglada gozarán del fuero establecido en la legislación vigente desde los diez días anteriores a la presentación de un proyecto de contrato colectivo hasta treinta días después de la suscripción de este último, o de la fecha de notificación a las partes del fallo arbitral que se hubiere dictado. Igualmente, gozarán del fuero antes señalado los trabajadores que se afilien a la organización sindical durante el proceso de negociación colectiva a que se refiere el inciso anterior, a partir de la fecha en que se comuniquen la afiliación al empleador y hasta treinta días después de la suscripción del contrato colectivo o de la notificación del fallo arbitral, en su caso”*.

laboral, en tanto, restringe la potestad de mando y dirección del empleador, por medio de la limitación a los directores y delegados sindicales de la aplicación del *ius variandi*, normado en el art., 12 del Código del Trabajo. Lo anterior para preservar la libertad y autonomía necesaria para el pleno ejercicio de la libertad sindical.

III. La aplicación del *ius variandi* empresarial y su carácter excepcional e el sistema de relaciones laborales

Continuando con el orden de ideas, corresponde mirar la facultad que la ley le entrega al empresario para modificar unilateralmente el contrato de trabajo. Esta es una facultad excepcional en el sistema de relaciones laborales, toda vez que rompe con una norma general del Derecho común, ya que, la naturaleza bilateral de estos contratos implica que solo pueden ser modificados por la voluntad de ambas partes que concurrieron a su gestación (art., 1545 del Código Civil), sumado a que esta prerrogativa empresarial se impone en el ámbito de las relaciones laborales donde supuestamente la norma debe ejercer un rol protector de la parte más débil.¹¹

Debido a lo dicho, la normativa vigente si bien reconoce esta facultad al empleador, está limitada y requiere de una serie de requisitos para consecución. La modificación unilateral del contrato de trabajo conocido como *ius variandi*, está regulada en el art., 12¹² del Código del Trabajo de forma genérica y de manera específica en el art., 89¹³, en relación con el trabajador agrícola. Su regulación es estricta y, por tanto, procede en determinadas materias, como son la naturaleza de los servicios¹⁴, el sitio o recinto en que deba prestarse¹⁵ y la distribución de la jornada de trabajo¹⁶. Por otro lado, el trabajador que no este de acuerdo con las facultades ejercidas por el empleador, tiene el derecho a reclamar en el plazo de 30 días

11 ROJAS MIÑO, I. “Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo”. Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, pp., 45.

12 Art. 12: “El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador. Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos. El trabajador afectado podrá reclamar en el plazo de treinta días hábiles a contar de la ocurrencia del hecho a que se refiere el inciso primero o de la notificación del aviso a que alude el inciso segundo, ante el inspector del trabajo respectivo a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio oyendo a las partes.”

13 Art. 89. “Los trabajadores agrícolas que por las condiciones climáticas no pudieren realizar su labor, tendrán derecho al total de la remuneración en dinero y en regalías, siempre que no hayan faltado injustificadamente al trabajo el día anterior. En el caso previsto en el inciso anterior, los trabajadores deberán efectuar las labores agrícolas compatibles con las condiciones climáticas que les encomiende el empleador, aun cuando no sean las determinadas en los respectivos contratos de trabajo. El reglamento determinará la aplicación y modalidades del presente artículo”.

14 La alteración de la naturaleza de los servicios debe ser similar, la Dirección del Trabajo ha sostenido que existen labores similares cuando se dan tres supuestos: que la nueva labor implique un idéntico esfuerzo intelectual o físico; cuando la nueva labor se desarrolle en condiciones higiénicas y ambientales y cuando la nueva labor se efectúe o desarrolle en un nivel jerárquico semejante al anterior. También el cambio no debe significar un menoscabo para el trabajador. PIERRY VARGAS, L. “Derecho individual del Trabajo”. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Der Ediciones, Santiago, Chile, 2018, pp., 68.

15 En este supuesto el empleador solo puede hacer cambios dentro del mismo sitio o ciudad y además no puede implicar un menoscabo para el trabajador.

16 En este caso el empleador puede modificar anticipando o postergando hasta en 60 minutos la jornada convenida. Para que proceda debe afectar todo el proceso de la empresa o establecimiento y debe dar aviso al trabajador con 30 días de anticipación como mínimo.

hábiles ante la Inspección del Trabajo, además podrá recurrir ante el juez competente dentro del quinto día de notificada la resolución administrativa.

Como se ha señalado la aplicación de esta facultad del empleador es una excepción y su aplicación está regulada. Además, como se ha sostenido, esta facultad empresarial no es aplicable a los directores y delegados sindicales. El fundamento de esta excepción está basada en velar que el empresario no actúe en forma encubierta con represalias en contra del dirigente sindical, sancionándolo por el legítimo cumplimiento de sus responsabilidades de representación.¹⁷ Por otro lado, se ha sostenido que, dada la improcedencia de dicha facultad del empleador, corresponde que el trabajador se oponga a la modificación y se mantenga en su puesto de trabajo en el lugar donde ejercía sus labores. Así al menos lo ha sostenido una doctrina judicial –sentencia del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, de 18 de febrero de 2019, O-865-2009– emergiendo de esta manera un reconocimiento al *ius resistentiae* laboral.¹⁸

IV. Los efectos de la contra excepción establecida en el proyecto y los problemas que plantea

Avanzando ya en los objetivos de esta presentación, cabe analizar los efectos de esta contra excepción incorporada en el proyecto de ley. Pues bien, en primer lugar, la normativa propuesta habla de hacer aplicables –en el art., 211-B propuesto– a los trabajadores con fuero sindical, las medidas de resguardo necesarias¹⁹ respecto de los involucrados en una investigación empresarial sobre acoso laboral o sexual. Como se analizó en el punto dos, el fuero sindical es una protección a la libertad sindical, tanto, al trabajador como para la organización sindical. Disponen de fuero sindical, tanto los directores como delegados sindicales, los trabajadores que constituyen sindicatos, aquellos candidatos a directores y los trabajadores sujetos a una negociación colectiva.

En el caso específico de los directores y delegados sindicales existe una protección aún mayor en el sistema de relaciones laborales –dada su labor permanente– de resguardo de su función dentro de la relación laboral y, por tanto, excepciona de la aplicación del *ius variandi* empresarial a esta categoría de trabajadores. Ahora bien, lo que viene a hacer la norma propuesta es generar una contra excepción, exponiendo a los directores y delegados sindicales a posibles usos de esta facultad empresarial de forma encubierta como represalias en contra de estos específicos trabajadores, como se explicó.

En segundo lugar, es discutible como técnica legislativa el uso y abuso de contra excepciones, por cuanto, vuelve incierto, enmarañado y confuso el buen entendimiento de leyes laborales las que deberían ser lo

17 FERES NAZARALA, M. E. “La protección...”, op. cit., pp., 200.

18 ROJAS MIÑO, I. “Derecho del Trabajo...”, op. cit., pp., 49.

19 Tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo.

más prácticas y entendibles posibles. Lo que hace esta forma de legislar es recortar derechos indirectamente y sin la calidad y prolijidad que se espera del legislador en este caso.

En tercer lugar, ésta es una propuesta de norma que vulnera la libertad sindical, en tanto, a partir del análisis de la normativa de la OIT y el necesario resguardo a la autonomía sindical se rebaja el estándar de protección. Cabe recordar lo que ha señalado el Comité de libertad sindical de la OIT –en un caso referente a Chile– ante la existencia de normas de fondo en la legislación nacional –por ej., el art., 215 del Código del Trabajo– que prohíben actos de discriminación antisindical, no son suficientes si no van acompañados de procedimientos que aseguren una protección eficaz contra tales actos. Lo que hace la medida propuesta al rebajar el estándar de protección es entregar facultades discrecionales al empleador sobre los representantes sindicales, lo que a toda vista, puede acarrear el problema de un uso antisindical de dichas facultades, lo que atentaría contra la autonomía de las organizaciones sindicales y el derecho a elegir libremente a sus representantes.

Finalmente hay que tener en cuenta lo expresado en la Constitución, ya que, el art., 19 n° 19° ordena a la ley contemplar mecanismos que aseguren la autonomía de las organizaciones sindicales. Dicha autonomía la asegura –entre otros– el fuero sindical y específicamente a los directores y delegados sindicales les permite ejercer dicha autonomía la excepción de aplicación del *ius variandi* empresarial, para poder cumplir con su trabajo de representantes de los trabajadores de la manera más adecuada y sin injerencias posibles. En el supuesto de investigaciones empresariales –como se está proyectando– puede plantear el problema y tener el efecto no deseado de permitir actos de injerencia en la labor sindical, que pueden atentar contra su autonomía reconocida constitucionalmente.

Por lo expuesto, la normativa como está propuesta es incompatible con el principio de libertad sindical, la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes, pues reduce el estándar de protección, dejando a la intemperie a los directores y delegados sindicales en este aspecto.

V. Bibliografía Citada

- BUSTOS MUÑOZ, Francisco. “El fuero sindical del Código del Trabajo y el Convenio 135 de la OIT”. En *La Organización Sindical en Chile. XX Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Librotecnia, Santiago, Chile, 2014.
- FERES NAZARALA, María Ester. “La protección de los derechos sindicales en la legislación”. En *Derecho del Trabajo: normas y realidad. Estudios en Homenaje al profesor Ramón Luco Larenas*. Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, Chile, 1993.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Pamela Alejandra. “Los casos de vulneraciones a la libertad sindical cometidas por Chile. Conocidos por el Comité de libertad sindical de la OIT”. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, Chile, 2019.
- PIERRY VARGAS, Lucía. “Derecho individual del Trabajo”. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Der Ediciones, Santiago, Chile, 2018.
- ROJAS MIÑO, Irene. “Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo”. Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015.

Los desafíos del trabajo en la economía de plataformas

Rodrigo Palomo Vélez

Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad de Talca

Los vertiginosos cambios en el mundo del trabajo han ido generando nuevos escenarios de cara a responder a quién y cómo proteger. En efecto, el Derecho del Trabajo se ha hecho adulto, introduciéndose entre las parejas conceptualmente en oposición que lo habían visto nacer: subordinación *versus* autonomía y estabilidad *versus* precariedad (ROMAGNOLI).

Han ido proliferando zonas grises en las fronteras de la disciplina, muchas de ellas asociadas a nuevas formas de contratación de impacto global, aunque con importantes matices en su concreta implantación en los sistemas normativos nacionales. El problema es que a menudo estos espacios de indefinición normativa se están traduciendo en el debilitamiento de la protección de trabajadores efectivamente vulnerables.

El Derecho del Trabajo se ha construido sobre la base de la necesidad de brindar protección a determinadas personas que prestan sus servicios a terceros, y ha operativizado la selección de su colectivo tutelado recurriendo, en general, a la noción de subordinación (UGARTE). Pero el Derecho del Trabajo, relativamente nuevo en la Historia, muda de ropaje con cierta facilidad. En sus intentos de adaptarse a los distintos contextos económicos, sociales y políticos en que se mueve, el Derecho del Trabajo ha ido experimentando constantes mutaciones genéticas. Ellas han ido de la mano, en buena medida, con las también constantes redefiniciones del colectivo tutelado (NORES).

En esta línea, la irrupción de la denominada “economía de plataformas” es un nuevo caldo de cultivo para repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y la virtualidad expansiva o restrictiva de su protección.

La economía bajo demanda (*on demand economy*) se refiere al conjunto de negocios que tienen como rasgo común la utilización de una plataforma virtual en la que tiene lugar el encuentro entre oferta y demanda; distinguiendo a su vez la economía colaborativa (*sharing economy*) y el trabajo vía plataformas (*crowdsourcing* o *crowdwork*). Las realidades que envuelve esta forma de economía han ido diversificándose, masificándose y extendiéndose en los países con tal entidad y rapidez, que ha llegado a considerársele una 4ª Revolución Industrial (GAUTHIER).

Son diversos los problemas que están exigiendo atención de los Estados: competencia desleal, desorden en el mercado y evasión tributaria, por ejemplo. En lo que nos interesa, la irrupción del trabajo vía

plataformas digitales está remeciendo nuevamente las fronteras del Derecho del Trabajo, exigiendo la proyección de sus consecuencias jurídico-laborales y sus efectos en el mercado de trabajo. Opera en un nuevo ecosistema de trabajo que es manejado por plataformas *online*, que hacen de intermediario entre empresas, clientes y quienes prestan los servicios. En dicho contexto, la digitalización está alimentando una nueva estructura que tiene importantes implicancias en la naturaleza y calidad de los trabajos.

A ello hay que sumar otra dificultad: no todas las plataformas son iguales. No obstante, la literatura aún tiende a considerar estos tipos de trabajo como una categoría única, subestimando muchas veces la verdadera dimensión del fenómeno y la proyección de sus consecuencias (entre ellas, las laborales).

Desde una perspectiva jurídica, el trabajo prestado a través de plataformas se ha ubicado inicialmente en una zona gris en la mayoría de los países. Existe un debate en curso sobre la naturaleza jurídica del vínculo que une quienes prestan servicios por esta vía, y las empresas que recurren a ellos. Entre las sentencias más comentadas que declaran que se trata de trabajadores dependientes cabe mencionar los casos Uber con Aslam, y Pimlico Plumbers (Reino Unido, 2018), caso Dynamex (Estados Unidos, 2018), y varios casos de Deliveroo y Glovo (España, 2018 y 2019, respectivamente). Por otro lado, sentencias en casos como Kaseris con Rasier Pacific V.O.F (Australia, 2017), y Florian Ménard con SAS Uber France (Francia, 2018), consideran que se trata de trabajadores autónomos.

Al alero del cuestionamiento primario sobre la laboralidad, ha reflatado también otra discusión, tanto o más trascendente, sobre los instrumentos e intensidad de la protección que ha de garantizarse a estas nuevas formas de trabajo. Las respuestas son diversas, y van desde la autorregulación hasta diversas formas de intervención estatal (legal y/o jurisprudencial), de laboralización absoluta o parcial, desde dentro o por proyección de tutelas laborales o sociales hasta zonas grises no laboralizadas. En contraste con la Recomendación N° 198 OIT, la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, por ejemplo, recomienda el desarrollo de un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones mínimos.

Asimismo, han ido generándose diversos problemas específicos, según los distintos sistemas jurídicos: falta de protección social, de derechos de asociación o sindicales, de canales de reivindicación de derechos y de sistemas confiables de solución de conflictos, intromisiones indebidas en la vida privada, el impacto en el trabajo de migrantes, sólo por mencionar algunos.

En definitiva, el soporte jurídico de protección del trabajo prestado en fórmulas de economía de plataformas está en construcción, y ha de resistir a los embates flexibilizadores que pueden encostrar espacios de precarización laboral.

En el caso chileno, no se ha estudiado, en profundidad, el impacto laboral y de protección social del

ante el término de la relación laboral respecto de una de las partes, cualquiera que sea ella, no prosigue el proceso, lo que genera mayor perjuicio a la víctima cuando quien ha sido denunciado, renuncia voluntariamente, y se ve imposibilitada de tener un informe que le permita seguir acciones en contra de la empresa, o simplemente acreditar la veracidad de su denuncia. O por otra parte, el trabajador/a denunciado/a, que ante la amenaza de un causal de despido disciplinaria, prefiere poner término a la relación laboral, renunciando a sus posibles indemnizaciones por años de servicio, ante la eventualidad de una investigación sesgada que afecte su honra.

El **Artículo 211-E**, mantiene en su primera parte la normativa vigente, agregando la obligación de poner en conocimiento del ministerio público los hechos que pudieren ser constitutivos de delito, obligación que tiene todo funcionario público, y que en este caso se extiende la obligación al empleador, lo que parece una acertada incorporación a la legislación.

Finalmente, el **Artículo 211-F, que se incorpora, establece la obligación de tener un procedimiento a aquellos empleadores que no tienen obligación de confeccionar** Reglamento Interno, si bien permite a estos empleadores realizar su propia investigación, parece más sensato tratándose de empresas de menor tamaño, que dicho procedimiento lo lleve la Inspección del Trabajo, por ser el organismo especializado en estas materias.

Nada se dice respecto de las modalidades de investigación, atendido que conforme a la doctrina de la Dirección del Trabajo, existen dos tipos de denuncia dependiendo de quién es el denunciado, si el denunciado es el empleador, es decir el dueño de la empresa, o quien lo represente en los términos del artículo 4º, quien debe realizar la investigación es la Inspección del Trabajo, por cuanto, no da garantías a la víctima que sea investigado por personal que depende jerárquicamente del denunciado. Esta materia por lo demás, ha sido abordada desde la vigencia de la ley 20.087, a través del procedimiento de tutela laboral, atendido que quien vulnera derechos fundamentales es el empleador. Y en los casos que exista acoso sexual horizontal o jerárquico pero de quienes no representan a la empresa, puede realizar la investigación de manera indistinta el empleador o la Dirección del Trabajo.

Nada dice el proyecto respecto de la mediación obligatoria como condición de procesabilidad en caso de ser la Dirección del Trabajo quien denuncie un caso de acoso sexual, que siendo ese el caso, solo procede el restablecimiento del derecho, sin que la Inspección del Trabajo pueda representar al o el denunciante, en materias indemnizatorias, debiendo en esos casos recurrir a asesoría jurídica privada, habida consideración que la Defensoría Laboral, escasamente patrocina casos de tutela de derechos fundamentales. Más allá de aquello, cabe preguntarse, ¿es posible mediar un caso de acoso sexual?, ¿es viable conciliar derechos fundamentales vulnerados por este ilícito laboral?

Nada se dice respecto a la responsabilidad que le cabe a la empresa en caso de investigaciones deficientes o en sanciones inocuas respecto de hechos que se hayan constatado, lo cual conforme al desarrollo de

trabajo vía plataformas digitales, pese a que ya existen alrededor de 100.000 personas en estos trabajos (FIELBAUM, TIRACHINI).

No obstante, el tema ha sido objeto de diversas instancias de discusión. Por ejemplo, la Comisión Nacional de Productividad ha sostenido que según la actual interpretación del vínculo de subordinación y dependencia del Derecho del Trabajo, los prestadores de servicios a través de plataformas serían, en general, trabajadores independientes. Postura similar emanó de la Mesa Técnica Laboral, convocada en 2018 por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que consideró que los modelos de plataformas conocidos hasta ahora no configurarían un vínculo de subordinación y dependencia laboral, aunque sugirieron evaluar cada plataforma en particular, dado que el tema no resulta pacífico.

La Dirección del Trabajo ha sostenido que no tiene competencia para determinar genéricamente la naturaleza jurídica del vínculo que une a Uber con los conductores que operan en su plataforma tecnológica, cuestión reservada a los tribunales (Ord. 6165, de 29 de diciembre de 2016). No obstante ello, para elaborar dicho dictamen realizó una inspección a la empresa Uber SpA, administradora en Chile de Uber Technologies Inc., identificándose varios indicios de laboralidad, tanto en la estructura organizativa del negocio, como en la forma concreta en que los conductores prestan sus servicios.

Con anterioridad al referido pronunciamiento administrativo, en sede judicial se había rechazado calificar como laboral la relación jurídica entre un conductor y Uber, por considerarse insuficientes los indicios de subordinación aportados a la causa (causa RIT O-1388-2015, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, sentencia de 14 de julio de 2015). Consideró el sentenciador que se advertía la existencia de una “especie de comunidad de choferes, que cuentan con permiso para realizar transporte privado de pasajeros, y se unen a la empresa ya sea como personas naturales o jurídicas con sus propios vehículos, empresa que por otra parte les facilita el soporte tecnológico que permite captar clientes a través de una aplicación en el celular a fin de movilizarlos de un lado a otro” (Considerando quinto).

En materia legislativa, actualmente existen cuatro proyectos de ley en trámite que presentan propuestas de regulación del fenómeno de las plataformas digitales; dos de ellos acotados a la regulación de las plataformas de transporte de pasajeros –también conocidos como “Proyectos UBER”–, un tercero, dedicado al vínculo jurídico entre los trabajadores y las plataformas de servicios y, el cuarto, que bajo el título de modernización laboral para la conciliación de trabajo, familia e inclusión, regula, entre otras materias, el trabajo bajo plataformas digitales.

El primero de estos proyectos (Boletín núm. 10.937-15, de 25 de octubre de 2016) se inició por mensaje presidencial de la ex Presidenta Michelle Bachelet y pretende modernizar el sistema de transporte remunerado de pasajeros, incorporando a aquellos oferentes que prestan el servicio mediando plataformas digitales que conectan la oferta y la demanda. Se extraña en este proyecto alguna definición expresa de la naturaleza jurídica del vínculo de los conductores con las plataformas. Sin perjuicio de ello, es posible in-

ferir del paralelismo que hace con los taxis, que la propuesta institucionaliza la vinculación que reconocen las plataformas con los conductores: la de “colaboradores”, y en tal sentido, trabajadores independientes.

El segundo proyecto (Boletín núm. 11.934-15, de 20 julio de 2018), también nacido por mensaje presidencial, esta vez del Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, recoge gran parte del proyecto anterior y se propone regular las aplicaciones de transporte remunerado de pasajeros y los servicios que a través de ellas se prestan.¹ Al igual que el proyecto anterior, tampoco se hace referencia a la relación jurídica existente entre las “Empresas de Aplicaciones de Transporte” y las personas que prestan servicios para las mismas, limitándose a exigir a las plataformas la contratación de seguros de responsabilidad civil que protejan a estos conductores y a los pasajeros.

El tercer proyecto de ley sobre la materia (Boletín núm. 12.475-13, de 14 de marzo de 2019), regula el contrato de los trabajadores que desarrollan labores en plataformas digitales de servicios. Iniciado por moción parlamentaria de diputados del Frente Amplio, se centra en el vínculo jurídico entre trabajadores y plataformas, y más precisamente, de aquellas plataformas de trabajo a pedido o *work on demand*. Esta propuesta legislativa se enfoca en la definición de la naturaleza del vínculo que une a empresas con sus conductores, optando por la laboralidad de la relación, dado que las primeras ejercen un “control sobre aspectos esenciales de trabajo”. Asimismo, propone ciertas particularidades que buscan acercar la legislación general al modelo de negocio que plantean las plataformas (obligación de información, lugar de trabajo y jornada, mediación de plataforma digital, seguridad laboral).

Finalmente, el cuarto proyecto (Boletín núm. 12.618-13) fue ingresado por el Presidente Piñera el 14 de mayo de 2019, y entre varias y diversas materias abordadas, bajo el objetivo común declarado de modernizar el ordenamiento laboral para la conciliación del trabajo, la familia y la inclusión, también lo hace sobre el trabajo vía plataformas. El proyecto propone la incorporación de un nuevo artículo 8 bis al Código del Trabajo, en el que se señalan como no laborales los servicios prestados por personas naturales a través de plataformas digitales de intermediación, siempre y cuando estos prestadores de servicios no tengan obligación de exclusividad, tengan libertad para determinar la oportunidad y tiempo destinado a prestar los servicios, y no concurren los elementos del contrato de trabajo previstos en el artículo 7 de la norma citada. Asimismo, deslaboraliza ciertos indicios, varios de ellos utilizados por jurisdicciones de otras latitudes precisamente para determinar la laboralidad de estos trabajos.

Las fronteras del Derecho del Trabajo son una zona sísmica, que se ha revisado en diversas oportunidades durante la evolución de esta disciplina (GOLDIN). La peculiaridad del escenario actual es que debe responder a una crisis de cobertura. Los tribunales han fallado –en mayor o menor medida (dependiendo del país)– en su respuesta a la creciente evasión de la aplicación del Derecho del Trabajo, resultando exclu-

¹ El contrato de transporte ha generado, desde hace tiempo, discusiones dogmáticas en torno a los límites de la subordinación laboral. En efecto, es precisamente la actividad de transporte la que -hasta la fecha- ha generado las controversias judiciales sobre trabajo vía plataformas digitales.

dos trabajadores atípicos que en realidad necesitan protección. Las legislaciones han fallado también –de nuevo, en mayor o menor medida– en la actualización de sus normas referidas al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, expulsando con dudoso fundamento a ciertas categorías de trabajadores o dejando abierto espacios para la elusión de normas laborales. Asimismo, los entes fiscalizadores no han logrado asegurar altos niveles de cumplimiento del Derecho del Trabajo –por falta de recursos, restricciones competenciales u otras razones–especialmente respecto de grupos especialmente vulnerables (DAVIDOV).

En tal contexto, a la pregunta sobre qué proteger, cabe proponer una respuesta de *lege/sententia lata*. No se vislumbra una categoría jurídica dotada de mejores atributos que la subordinación para delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Lo que ha de redefinirse son sus técnicas, sus características específicas, con vocación de adaptabilidad a las nuevas realidades del trabajo, y con suficiente amplitud y determinación para alcanzar los supuestos de simulación y fuga. En esta perspectiva, es preciso reafirmar la labor que pueden cumplir los principios del Derecho del Trabajo –en especial, el principio tutelar y el principio de primacía de la realidad– en cuanto sustento de su identidad (PLÁ).

En lo referido a la definición de las fórmulas jurídicas de protección del trabajo ante los nuevos escenarios (como la nueva realidad digital), en cambio, ha de plantearse una propuesta de *lege/sententia ferenda*. Se requiere, en efecto, de una intervención estatal –legal, jurisprudencial o mixta– que otorgue certeza jurídica a estas nuevas formas de trabajo y les asegure debida protección, haciendo las distinciones que procedan. La estrategia en este sentido no debe presuponer que la expansión de estas nuevas formas de trabajo podrá ser detenida con fórmulas laborales clásicas (como la uniformidad o la inderogabilidad). Por ilusoria, dicha respuesta devengaría en ineficaz.

Es necesario, por tanto, formular nuevas categorías jurídicas que, a partir de la sistematización de las múltiples formas de trabajo en la economía de plataformas, permitan proyectar tutelas jurídicas específicas viables respecto de nuestro sistema normativo, particularmente frágil en protección laboral y social.

Las propuestas de regulación del trabajo para las plataformas digitales en Chile

Pamela A. Martínez Martínez

Abogada, Máster en Derecho del Trabajo de la Universidad de Talca.

Doctora en Derecho de la Universidad de Valencia (España), académica de la Universidad de Chile.

Desde hace un tiempo ya es recurrente ver distintas personas cargando en sus espaldas y arriba de bicicletas principalmente, cajas con distintos artículos que reparten por la ciudad de Santiago y en diversas ciudades del mundo, como también ya es una costumbre el uso de automóviles particulares para tareas de transporte público, por medio de aplicaciones globalmente conocidas como Uber, Didi, Cabify, entre otras. Lo anterior ha sido llamada economía colaborativa o Gig economy o economía digital, que consiste básicamente en diversas prestaciones de servicios por medio de plataformas digitales que se instalan en distintos dispositivos móviles.

En Chile y en el mundo los trabajadores de estas plataformas han iniciado una incipiente y constante movilización para que se les reconozcan sus derechos, puesto que se les ha dado un tratamiento como autónomos o independientes, lo que les ha privado, por ejemplo, del derecho a vacaciones, licencias médicas, el derecho a una jornada de trabajo, por nombrar los más significativos. Por otro parte, se han presentado diversos proyectos de ley por parte de diputados, senadores, el Gobierno, para regular, desregular o precarizar, el trabajo para estas plataformas digitales o apps, puesto que ha prevalecido la idea de que este tipo de trabajo no estaría regulado en la legislación.

Pues bien, a partir de ello, este análisis tratará de explicar en que consiste cada propuesta de regulación, se realizará un estudio crítico sobre ellas, conforme si protege o no a los y las trabajadoras tanto en el ámbito individual como en el ejercicio de sus derechos colectivos.

Una de las primeras propuestas de regulación fue presentada el 14 de marzo de este año (Boletín n° 12475-13), por los diputados (as) Giorgio Jackson Drago y Maite Orsini Pascal del partido político Revolución Democrática, Raúl Soto Mardones de la Democracia Cristiana en ese momento¹ y por la diputada Gael Yeomans Araya del nuevo partido político Convergencia Social.

“Mi jefe es una app”, de esa manera fue promocionada la presentación del proyecto que “regula el contrato de los trabajadores que desarrollan labores en plataformas digitales de servicios”. El proyecto sostiene

1 Actualmente es militante del Partido por la Democracia.

que la normativa actual “no calza con el formato tradicional de nuestro código y por eso necesita una nueva regulación”. Establecida la necesidad, pasa a regular lo que se entendería por plataformas digitales de servicios, entrega un nuevo concepto de trabajador y agrega requisitos para la firma del contrato, en cuanto, obliga a la parte empleadora a enviar una copia de este a la Inspección del Trabajo. Crea una nueva jornada de trabajo denominada “autónoma” y consigna el derecho al pago de la jornada pasiva, es decir, cuando el trabajador esta a disposición del empleador. A su vez, reconoce el derecho de sindicación y la aplicación del procedimiento de tutela laboral para estos trabajadores.

Ahora bien, las pretensiones del proyecto en este caso son de aquellos que llamaremos pro-trabajador, por cuanto, viene a reconocer derechos para estas personas, no obstante, a partir de esas beatas intenciones, el proyecto no se encamina esa dirección, ya qué, ¿es necesario reconocer el derecho de sindicación de los trabajadores en una nueva ley?, si ya la Constitución Política de la República, los Convenios 87 y 98 de la OIT lo estipulan, si el propio Código del Trabajo permite la creación de sindicatos de trabajadores independientes –pescadores, taxistas, etc.,– si finalmente su condición de trabajadores los hace titulares del derecho. Por otra parte, se crea en este proyecto una relación laboral especial, que a mi juicio no tiene asidero, porque la creación de relaciones laborales especiales generalmente es una vía para la precarización del trabajo, debido a que le resta las cualidades de un contrato de trabajo ¡con todos los derechos! ¿Se justifica algo así?

Siguiendo con el análisis de los proyectos, el día 1 de abril de 2019 (Boletín N° 12.497-13) fue presentado por los senadores Francisco Chahuán Chahuán, de Renovación Nacional, Francisco Huenchumilla Jaramillo, de la Democracia Cristiana, Alejandro Guillier Álvarez, independiente, José Miguel Insulza Salinas, del Partido Socialista y la senadora Adriana Muñoz D`Albora, un proyecto de ley “que establece el contrato de los trabajadores repartidores a domicilio”. Parte el proyecto de ley distinguiendo entre plataformas electrónicas de transporte y reparto, sosteniendo que las de reparto “no posee regulación alguna” al contrario de las de transporte donde hay un proyecto de ley presentado.² Asimismo el objetivo del proyecto para sus redactores es “otorgar el carácter de “laboral” a la relación jurídica existente entre los trabajadores repartidores y las plataformas de aplicación”. Sostienen al igual que sus pares de la Cámara de Diputados, que “en tanto, si bien el vínculo de subordinación y dependencia existe, este vínculo se ejerce y manifiesta de maneras que nuestro derecho no ha regulado al día de hoy, dejando en la más absoluta desprotección a dichos trabajadores”.

El proyecto parte creando un nuevo contrato denominado “del Contrato de los trabajadores repartidores”, en el que los repartidores y lo repartido puede ser todo aquello susceptible de llevar en vehículos y los empleadores serían aquellas personas que administran u operen plataformas web o de aplicación

2 Aunque tampoco dicho proyecto de ley se hace cargo de los derechos de los trabajadores que prestan servicio para estas plataformas digitales de transporte.

de celulares para gestionar la entrega, los que se regirían por el Código del Trabajo. Exceptúa a estos trabajadores del cumplimiento de una jornada de trabajo, sin embargo les hace extensible la limitación de trabajo semanal de 45 horas. Autoriza la escrituración del contrato de trabajo por medios electrónicos, constituyendo el deber de envío por la parte empleadora al mail del repartidor y remitirse por la misma vía a la Inspección del Trabajo respectiva.

Un proyecto de ley suscito, no tan pretencioso como el presentado por los diputados, pero que comete el mismo error conceptual, porque crea una relación laboral especial allí donde no la hay, o el trabajo de repartidor ¿es reciente?, en ningún caso, si desde antes de la aparición de estas plataformas digitales, campeaban los motoristas por todas las ciudades repartiendo, pizzas, cartas, etc., y ellos eran y son contratados por sus respectivas empresas sin que antes se hubiese determinado que su prestación de servicios requiriese de una “regulación especial”. Sumado a la tautología de reconocer el carácter “laboral” a trabajadores repartidores, o acaso lo laboral no es lo “referido a las relaciones de trabajo y los derechos y deberes de los trabajadores” según la RAE.

El tercer proyecto de ley fue presentado por parte del Gobierno el día 14 de mayo de 2019, que se tituló “sobre modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión”. Dicho proyecto de ley en una de sus partes viene a “desregular” la prestación de servicios a través de empresas que operan mediante plataformas digitales de intermediación –según lo establece el propio proyecto– por cuanto no constituirían –por regla general– relación laboral. Puesto que existiría “total libertad del prestador de servicios que utiliza la plataforma para determinar la forma, oportunidad y tiempo que destinará a la prestación de tales servicios”. De esa manera, agrega un artículo al Código del Trabajo en el cual se limita a sostener que “de los servicios prestados a través de empresas que operan mediante plataformas digitales de intermediación. No dan origen al contrato de trabajo”, en la medida, que “no concurran los requisitos establecidos en el artículo 7 de este Código”, es decir, los elementos propios de una relación laboral, el vínculo de subordinación o dependencia, la prestación de servicios y la remuneración correspondiente.

Regula también aspectos tributarios en la ley laboral, correspondientes con la obligación de la persona natural a emitir una boleta de honorarios y a la plataforma digital a retener el impuesto. Luego define ciertas condiciones para prestar el servicio, afirmando que “dichas condiciones” “no constituirán por sí solas presunción de dependencia y subordinación”. Una condición que no implicaría subordinación serían directrices estrictamente necesarias –siendo directriz, sinónimo de dirección, instrucción, norma, etc., según la RAE– para la ejecución del servicio. Otra condición que no implicaría subordinación sería aquella que “defina los términos y condiciones que determinen el precio e incentivos de la prestación de servicios”. Para finalizar otra condición que no implicaría subordinación sería “la calidad del servicio esperada y las circunstancias que puedan producir el término de la relación comercial entre la empresa que opera mediante la plataforma digital y las personas naturales que prestan servicios”, asumiendo ahora que estaríamos en presencia de una relación comercial.

En resumen, dos proyectos de ley que pretenden que se reconozca como laboral y otra que niega la laboralidad y mas bien la lleva a la regulación comercial del trabajo para estas plataformas, aunque ninguno de los proyectos de ley analizados pueda entregar la protección a los trabajadores de estas plataformas que de alguna manera vociferan, ya qué, ¿es necesaria una nueva regulación del trabajo para estas plataformas?, ¿no hay suficiente legislación en este y otros casos para dar protección y tutela inmediata para este trabajo?, ¿acaso la Dirección del Trabajo no puede actuar de oficio?

A estas alturas es impresentable que aquellos que por ley tienen la obligación de proteger el trabajo de los demás no lo hagan, que las autoridades –incluidos los congresistas– se limiten a señalar que “no hay regulación”, cuando, tenemos la presunción de laboralidad establecida en el Código del Trabajo desde tiempos pretéritos. ¿Qué pasa con los tribunales de justicia?, algo podrán decir al respecto o no.

La negación conceptual de su calidad de trabajadores es la representación máxima de la precarización del trabajo y la sumisión total de las personas al sistema productivo, tal cual como en los albores del capitalismo, les niega sus derechos individuales y colectivos, les quita parte de su ciudadanía y sobre todo su dignidad. Mientras las autoridades sigan en el campo semántico, muchas personas arriesgan sus vidas en las calles, sin protección alguna como verdaderos esclavos del siglo XXI con sus cajas en las espaldas, y entretanto, los congresistas y el Gobierno, piden comida a domicilio.

El contenido del Proyecto del Gobierno sobre jornada laboral: medidas de desregulación de las jornadas y descansos laborales y supresión de otros derechos del trabajo¹

Irene Rojas-Miño

Investigadora del CENTRASS - Universidad de Talca

Sin duda que llama la atención la denominación del Gobierno al Proyecto de Ley que presentó el pasado mes de mayo de 2019, el que está referido a la “modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión” y que en los últimos días lo identifica como de “flexibilidad de la jornada de trabajo”, dado que tanto su título, su fundamentación como su última nominación son diferentes a la regulación que se propone.

En efecto, las modificaciones normativas apuntan a objetivos que son diversos e, inclusive, contrarios a los declarados. Así, originalmente se planteó y argumentó que la normativa propuesta era para lograr la conciliación de familia y trabajo; y posibilitar la inclusión de colectivos de trabajadores. Sin embargo, las normas no dicen relación con dicho fin, toda vez que lo que se presenta es la desregulación legal de las normas mínimas sobre jornadas y descansos, además de suprimir otros derechos laborales específicos.

Ahora se reconoce que es para modificar el sistema de jornadas de trabajo y descansos, pero la nueva normativa se la califica como propuesta de “flexibilidad laboral”, desconociendo de esta manera que en el ámbito de las relaciones laborales la flexibilidad es la adaptación consensuada de la regulación laboral.

Analicemos las tres perspectivas del citado Proyecto de Ley: desregulación, supresión de derechos y flexibilización.

DESREGULACIÓN

Respecto de la desregulación de los tiempos de jornadas y descansos, el proyecto propone liberalizar los límites de jornadas a través de cuatro instrumentos:

(1) Por la disminución de derechos mínimos sobre la extensión de los tiempos de trabajo, tal como se plantea con el aumento de la jornada diaria (de 10 a 12 horas) y la procedencia sin causa de las horas extraordinarias, además de la supresión de la extensión máxima diaria de estas últimas (que hasta ahora es de dos horas).

(2) A través del desconocimiento de derechos hasta ahora reconocidos, tal como sucede con el de la imputabilidad a la jornada de las actividades preparatorias del trabajo, en cuanto son parte de la “jornada pasiva”, y que con la reforma propuesta estas actividades estarían fuera de la jornada.

(3) Por medio de supuestos acuerdos individuales se busca fijar jornadas que dispongan de los derechos mínimos que vayan quedando, como es la jornada máxima semanal –hoy en discusión SI ESTÁ EN DISCUSIÓN SU DISMINUCIÓN, NO SE ESTARÍA VULNERANDO– y el descanso semanal y dominical. Entre estos posibles “acuerdos individuales” está el de definir una jornada de trabajo en cómputo mensual (la que plantea un máximo de 180 horas) y el de establecer sistemas excepcionales de jornadas y descansos; es decir, de ciclos de trabajo que desconocen descansos básicos como es el semanal.

De esta manera, el Proyecto desconoce que el acuerdo individual –entre empleador y el trabajador– mayoritariamente constituye una imposición de la empresa, medida que se agrava con la procedencia, por esta vía, del sistema excepcional de jornadas y descansos.

Cabe recordar que estos sistemas excepcionales –también denominados ciclos de trabajo– sólo proceden en casos particularísimos, en los que no es posible aplicar el descanso semanal y deben tener además una previa autorización de la Dirección del Trabajo, la que verifica las concurrencias de las exigencias. Asimismo, debe recordarse que la reforma laboral del anterior gobierno propuso esta materia como objeto de un “pacto de adaptabilidad”, siempre que fuera negociado por un sindicato; y que después de un fallo del Tribunal Constitucional dicho pacto fue eliminado a través de un veto por la Presidenta Bachelet, dada la posibilidad de que fuera acordado por un grupo negociador.

Pues bien, el proyecto de ley del actual gobierno propone la procedencia amplia de estos sistemas excepcionales a través de imposiciones empresariales.

(4) A través de acuerdos colectivos sobre distribución de la jornada en cómputo semestral y anual. Si bien este pacto debe ser celebrado por un sindicato por la parte laboral, se debe observar que no se plantean exigencias a la representatividad del sindicato, por lo que procede reiterar las mismas observaciones que se efectuaron al proyecto del anterior gobierno.

SUPRESIÓN DE DERECHOS

Respecto de la supresión de otros derechos laborales, la fundamentación del proyecto es marginal y en algunos casos es inexistente. Pero lo cierto es que respecto de diversas materias se suprimen diversos derechos que hasta ahora han sido reconocidos.

Entre estos derechos ya reconocidos está el de la remuneración de la “semana corrida”; es decir, que se remuneren los días de descanso, en cuanto que respecto de los trabajadores con remuneraciones

mixtas el proyecto limita tal derecho a los supuestos en que la parte variable se devengue diariamente; contradiciendo con esta restricción la doctrina sostenida por los tribunales de justicia.

Asimismo, se lesiona el fuero laboral a través del otorgamiento de facultades especiales al empleador en contra de dirigentes sindicales a propósito de la investigación interna de la empresa en caso de la ocurrencia de acusaciones de acoso laboral y sexual. Esto es, se lesiona ese fuero en cuanto se autoriza a la empresa para modificar la jornada laboral de tales trabajadores. Cabe destacar que esta medida se agrava con la propuesta que hace el Proyecto de Ley, en cuanto plantea someter los casos de acoso laboral a investigaciones de la empresa, además de externalizar a entidades privadas dichas investigaciones. ¿DE QUÉ MANERA SE AGRAVA?

Por lo demás, el Proyecto de Ley se refiere a otras materias y en algunos casos de manera bastante extensa, tal como sucede con el trabajo de los menores, pero en esta última no incorpora ninguna modificación, sino que reitera la regulación ya existente, incorporando al texto legal algunas normas reglamentarias o modificando marginalmente el monto de las sanciones por infracciones en tales materias.

FLEXIBILIZACIÓN

En las últimas semanas el Gobierno ha otorgado al citado Proyecto de Ley el nombre de “flexibilidad de la jornada de trabajo”, seguramente con el objetivo de contraponerlo al de “las 40 horas semanales”.

Pero es claro que este Proyecto no es de “flexibilidad laboral”, en cuanto ella requiere una regulación consensuada para adaptarse a las nuevas situaciones de las relaciones laborales. Si con “flexibilidad” se refiere a los supuestos pactos entre empleador y trabajador, debe recordarse que estos no son tales pues no son producto de una negociación, la que es casi inexistente entre sujetos con diametrales posiciones de poder, como es lo que acontece en la relación individual de trabajo. ESTO SE HA DICHO HASTA AQUÍ ¿DE QUÉ MANERA SERÍA UNA “FLEXIBILIDAD POSITIVA”?

Ciertamente que las diversas medidas indicadas llevan a replantear los verdaderos propósitos que plantea el citado Proyecto de Ley. En todo caso, en atención al contenido de la regulación propuesta y siendo rigurosos con el uso del lenguaje, en vez de “modernización laboral para la conciliación, familia e inclusión” o “flexibilidad laboral”, el Proyecto de Ley presentado por el actual gobierno debería denominarse: “Las medidas de desregulación de las jornadas y descansos laborales, y supresión de otros derechos del trabajo”.

