



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

**LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES
SUBCONTRATADOS Y SUMINISTRADOS.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO

EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AUTOR: PABLO DELGADO GONZÁLEZ

Profesor Guía: Jorge Drago Morales

Santiago de Chile

Septiembre, 2013

*“Los obreros no se fueron,
se escondieron,
merodean por nuestra ciudad”*

Muevan las industrias, Jorge González

A mi familia

A mis amigos y compañeros

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	9
--------------------------	----------

CAPÍTULO PRIMERO: LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES

I.- El derecho colectivo del trabajo.....	15
---	----

II.- Los derechos colectivos de los trabajadores.....	27
---	----

1.- Sindicalización.....	27
--------------------------	----

2.- Negociación colectiva.....	32
--------------------------------	----

3.- Huelga.....	42
-----------------	----

III.- Conclusiones.....	48
-------------------------	----

CAPÍTULO SEGUNDO: LEY 20.123. SUBCONTRATACIÓN Y SUMINISTRO DE TRABAJADORES

I.- Introducción.....	50
II.- Ley 20.123.....	51
III.- La subcontratación de trabajadores.....	56
1.- Introducción.....	56
2.- Responsabilidad solidaria.....	64
3.- Responsabilidad subsidiaria.....	70
IV.- El suministro de trabajadores.....	72
1.- Introducción.....	72
2.- El suministro de trabajadores.....	75
a.- Los sujetos del contrato de suministro de trabajadores.....	77
b.- El contrato de puesta a disposición y el trabajador transitorio.....	87
c.- El contrato de trabajo de servicios transitorios.	90
III.- Conclusiones.....	92

CAPÍTULO TERCERO: LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES SUBCONTRATADOS Y SUMINISTRADOS.

I.- Situación general.....	93
II.- Los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados....	108
1.- Situación general.....	108
2.- Sindicalización.....	111
3.- Negociación colectiva y huelga.....	114
III.- Los derechos colectivos de los trabajadores suministrados.....	118
1.- Situación general.....	118
2.- Sindicalización.....	123
3.- Negociación colectiva y huelga.....	126

CAPÍTULO CUARTO: PROPUESTAS EN TORNO A LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES SUBCONTRATADOS Y SUMINISTRADOS.

I.- Introducción.....	129
II.- Doctrina nacional.....	131
III.- Documentos.....	139
IV.- Propuestas en el debate legislativo.....	149
V.- Conclusiones.....	172
CONCLUSIONES GENERALES.....	175
BIBLIOGRAFÍA.....	187

RESUMEN

El derecho colectivo del trabajo se cimenta en tres pilares: la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga. Pese a su consagración constitucional y legal, en nuestro país las restricciones al ejercicio de estos derechos son variadas.

Por otro lado, la ley 20.123, publicada en el Diario Oficial el 16 de octubre de 2006, regula en el Código del Trabajo la situación del trabajo en régimen de subcontratación y el suministro de trabajadores. El problema que aborda esta investigación es la situación de los trabajadores subcontratados y suministrados en relación con los derechos colectivos de sindicalización, negociación colectiva y huelga. La ausencia de regulación específica y, por ende, la aplicación de la legislación general, tiene como consecuencia serias dificultades en el efectivo ejercicio de los derechos colectivos de estos trabajadores.

Este trabajo aborda la legislación sobre la materia, las consecuencias para el ejercicio de estos derechos y, por último, recoge algunos de los diagnósticos y propuestas existentes en nuestro país para avanzar en la solución de esta problemática.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata sobre los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados. Más específicamente, sobre cómo se aplican en nuestro país los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga a la situación particular de esta categoría de trabajadores, sin que exista una regulación específica a partir de la ley 20.123 de 16 de octubre de 2006.

Desde nuestra perspectiva, los derechos colectivos de los trabajadores - sindicalización, negociación colectiva y huelga - se encuentran sometidos a múltiples restricciones y muy por debajo de los estándares internacionales, impidiendo que se desarrolle en nuestro país una auténtica libertad sindical, vulnerando, de paso, derechos garantizados por la Constitución Política de la República.

La ley 20.123, que introdujo al Código del Trabajo el Título VII en el Libro I, denominado **“Del régimen de subcontratación y del trabajo en**

empresas de servicios transitorios”, regula la situación de los trabajadores subcontratados y suministrados, perfeccionando la legislación respecto a los primeros y regulando por primera vez el suministro de trabajadores. Pese a los avances que significó la ley en comento, uno de sus aspectos pendientes dice relación con la omisión de regular los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados, quedando estos regidos por el derecho laboral común, lo cual anula en gran medida sus posibilidades de ejercer efectivamente estos derechos de carácter colectivo.

En el caso de los **trabajadores subcontratados**, al no contar con un estatuto especial respecto a sus derechos colectivos, quedan sometidos al derecho laboral común. Esto implica que, pese a su particular situación laboral, son tratados por la legislación como trabajadores de planta, lo cual tiene como consecuencia una considerable merma en la fuerza de sus sindicatos y una considerable restricción de la libertad sindical. Además, al acotar nuestra legislación la negociación colectiva y huelga sólo a nivel de empresa, los trabajadores subcontratados pueden negociar colectivamente sólo con la empresa contratista o subcontratista, y no con la principal, que

son las que generalmente manejan los recursos económicos como para incidir en las condiciones de trabajo de los trabajadores subcontratados.

Por otro lado, la situación de los **trabajadores suministrados** es aún más preocupante. El hecho de realizar sus labores en una empresa o lugar distinto de aquella que los contrata –estos es, en las dependencias de una empresa usuaria- los sitúa en una posición de peculiar vulnerabilidad, pues el empleador – la Empresa de Servicios Transitorios- no incide en las condiciones laborales del trabajador. Respecto del derecho a sindicalización, este se ve obstaculizado, pues distintos trabajadores de una misma empresa suministradora pueden trabajar en distintos lugares. Además, un trabajador suministrado puede perfectamente trabajar en una empresa donde sus trabajadores se encuentren sindicalizados y el suministrado quedar fuera del sindicato y el ejercicio de sus derechos colectivos. Estas mismas dificultades se expresan también en la negociación colectiva, pues como consecuencia de que la negociación está radicada a nivel de empresa, los trabajadores suministrados pueden negociar colectivamente sólo con su empleador, esto es, la empresa suministradora y

no con la empresa en la cual cotidianamente realizan sus labores, perjudicando la posibilidad de negociar con quien efectivamente controla sus condiciones de trabajo y obligado a negociar con empresas que por lo general son fantasmas.

Este estudio pretende abordar sistemáticamente la situación legal antes descrita y hacer una revisión crítica de la misma. A su vez, pretende revisar las distintas vías de solución que se han propuesto en el debate nacional en relación a los derechos colectivos antes mencionados. Para cumplir con estos objetivos esta investigación se ha dividido en cuatro capítulos.

En el primero de ellos se abordan los derechos colectivos de los trabajadores, o dicho de otra forma, los tres pilares de la libertad sindical: sindicalización, negociación colectiva y huelga. Para ello se realizó una revisión y caracterización del Derecho Colectivo del Trabajo y se analizó cada uno de estos tres pilares a la luz del Derecho Internacional, la Constitución Política de la República y el Código del Trabajo.

En el segundo capítulo, se realiza un análisis de la regulación del trabajo en régimen de subcontratación y suministro, que introduce la ley 20.123, en sus principales aspectos.

Hecho lo anterior, esto es, habiéndose estudiado, por un lado, los derechos colectivos de los trabajadores y, por otro, la regulación positiva del trabajo en régimen de subcontratación y suministro, en el tercer capítulo corresponde abordar la regulación de los derechos de sindicalización, huelga y negociación colectiva de los trabajadores subcontratados y suministrados. Aquí se plantea la insuficiencia de la legislación actual para dar cuenta de una adecuada protección en el ejercicio de estos derechos por parte de estos trabajadores, toda vez que ante la ausencia de una regulación específica, deben someterse a la legislación común en la materia, esto es, la legislación sobre derechos colectivos para los trabajadores contratados o de planta.

En el cuarto capítulo se realiza una revisión de propuestas en torno a la regulación de los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados, para lo cual se efectúa una revisión de la doctrina nacional,

algunos documentos continentales de propuestas de reformas laborales de los últimos años y por último, del debate legislativo que dio origen a la ley 20.123

Finalmente, a modo de conclusión, se formulan propuestas de modificación de nuestra legislación respecto al tema en estudio, a base de la investigación realizada.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES.

I.- El derecho colectivo del trabajo

El Derecho del Trabajo, y en especial su rama, el Derecho Colectivo del Trabajo, es una de las disciplinas jurídicas que ven su amanecer con la modernidad y las revoluciones más importantes de los últimos siglos: la revolución francesa y la revolución industrial. Junto al desarrollo de las fuerzas productivas que dieron cuerpo a la industrialización, quienes se veían obligados a vender su fuerza de trabajo para subsistir, fueron siendo cada día más.

Esta nueva realidad fue abriendo nuevas problemáticas, antes inexistentes. Una de ellas, la que nos importa para los efectos del presente trabajo, dice relación con las condiciones laborales de los trabajadores. Este

nuevo escenario permitió que naciera una nueva disciplina del Derecho: el Derecho del Trabajo.

El Derecho del Trabajo, en sus inicios, intentó dar respuesta a la nueva situación de los trabajadores, dado la incapacidad que en ese momento ofrecía el derecho privado - individualista y pensado para situaciones en que los contratantes se encontraban en un pie de igualdad- para responder ante tal escenario. La igualdad jurídica conquistada por la revolución francesa no podía dar cuenta de la creciente desigualdad de hecho entre capitalistas y asalariados, especialmente en cuanto al poder de negociación de cada uno respecto de las condiciones de trabajo. Así, podemos apreciar un tránsito que va desde las teorías individualistas y civilistas que nacen con la revolución francesa hasta la organización de los trabajadores y el nacimiento del Derecho del Trabajo a principios del siglo XX.

Esta nueva área del Derecho se encarga, por un lado, de establecer un catálogo de normas mínimas para la parte más débil de la relación laboral,

esto es, el trabajador y, junto a ello, reconoce, ampara y fomenta a las organizaciones de los trabajadores, esto es, los sindicatos¹.

Uno de los aspectos más interesantes de esta nueva disciplina jurídica consiste en la rápida evolución que las situaciones cubiertas por el Derecho del Trabajo, como la sindicalización y la huelga, experimentaron; desde situaciones de hecho calificadas inicialmente como antijurídicas hasta ser reconocidas por el ordenamiento jurídico a través de la ley, las Constituciones Políticas de los Estados y, posteriormente, por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Esta evolución se explica por los crecientes abusos empresariales hacia los trabajadores y, por otro lado, por el fenómeno de proletarización de la fuerza de trabajo, que por primera vez se veía reunida en masa bajo el techo de una misma fábrica o industria, lo cual permitió la toma de conciencia y acción colectiva por parte de las y los trabajadores. A este respecto, y a propósito del desarrollo del Derecho del Trabajo y la creciente libertad sindical, el jurista uruguayo Helios Sarthou

¹ GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo del Trabajo. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 9

señala: *“La magia de esta libertad (sindical) nació en las entrañas vivas del acontecer social y no del gabinete ascético y formal del jurista”*.²

El Derecho del Trabajo busca la protección del trabajador a través de dos vías: La primera, heterónoma, la realiza el Estado a través de la ley, los tribunales y los órganos fiscalizadores administrativos. La segunda, a través del sindicato, la negociación colectiva y la huelga, pilares de la autotutela colectiva.

Dentro del Derecho del Trabajo podemos encontrar el Derecho Colectivo del Trabajo. Este ha sido definido por el reconocido autor Francisco de Ferrari de la siguiente manera: *“Es el que rige las relaciones colectivas del trabajo que proceden indirectamente del contrato o existen con prescindencia de él, refiriéndose principalmente a la prestación del servicio, a la condición del trabajador y al hecho de formar parte de un sindicato, de un gremio o del personal de una empresa”*.³

² SARTHOU, Helios. Trabajo, Derecho y Sociedad, Tomo I, Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo, 1ª ed. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004. p. 15

³ Citado por HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la seguridad Social, Tomo II, Derecho Colectivo del Trabajo. 17º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 12

Por otra parte, dentro de la doctrina nacional, el profesor Sergio Gamonal lo define como: *“Aquella parte del derecho del trabajo que se ocupa del estudio de los fenómenos colectivos laborales, desde una doble perspectiva: por un lado, la agrupación, organización y regulación de los actores sociales, trabajadores y empleadores, y sus relaciones con el Estado; y, por otro, la normativa generada producto de la autonomía colectiva de dichos actores”*.⁴

En cuanto a las fuentes del Derecho Colectivo del Trabajo, podemos clasificarlas en “materiales”, dentro de las que se incluyen las presiones ejercidas por los trabajadores al Estado; y “formales”, dentro de las cuales podemos encontrar la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales, la ley, la costumbre, la autonomía colectiva y la jurisprudencia.⁵

Por otro lado, dentro de los fundamentos o principios básicos del Derecho Colectivo, la doctrina ha señalado la protección de los

⁴ GAMONAL, Op. Cit. p. 19

⁵ GAMONAL, Ibíd. p. 29

trabajadores, la autonomía colectiva, la defensa de los intereses comunes y la paz laboral.⁶

Como señalábamos anteriormente, el Derecho Colectivo del Trabajo ha ido evolucionando junto a la sociedad, como fruto de la interrelación entre los trabajadores y los empleadores. En ese sentido, y orientado a los resultados de dicha evolución, el profesor Sarthou señala que “*su desenvolvimiento dinámico engendró, para el mundo jurídico, un nuevo sujeto de derecho: el sindicato; una nueva figura del consenso: el convenio colectivo, y un nuevo medio de lucha: la vía de hecho juridizada en el derecho de huelga”⁷. Estas categorías conforman lo que podemos llamar el Derecho Colectivo del Trabajo.*

En ese mismo sentido, la doctrina ha señalado que el Derecho Colectivo del Trabajo, como área del derecho, posee tres pilares: el

⁶ HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la seguridad Social, Tomo II, Derecho Colectivo del Trabajo. 17° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. pp. 12-13

⁷ SARTHOU, Helios. Op. Cit., p. 15

sindicato, la **negociación colectiva** y la **huelga**⁸. Desde otra perspectiva, puede decirse que existen tres nociones esenciales para el Derecho Colectivo del Trabajo: la **organización**, la **autonomía** y la **autotutela**. Estos tres pilares o nociones esenciales, en conjunto dan forma a lo que se ha denominado visión triangular del derecho del trabajo⁹. Todos ellos se encuentran garantizados en el artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República: sindicarse libremente (N°19 inciso primero), a la negociación colectiva (N° 16 inciso quinto) y el derecho a huelga (N° 16 inciso final).

Estos tres pilares pueden enmarcarse dentro de lo que la doctrina ha denominado “**Libertad Sindical**”, constituyéndose como el principio que sustenta y orienta el Derecho Colectivo del Trabajo. Este concepto ha sido definido por el profesor Humeres como *“la facultad que tienen los trabajadores y los empleadores para organizarse en entidades de su libre*

⁸ GAMONAL, Sergio. En defensa del derecho colectivo del trabajo. En su: Trabajo y Derecho. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 95

⁹ GAMONAL, Sergio. Las tensiones del derecho colectivo chileno. En su: Trabajo y Derecho. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 178

determinación (derecho individual), y una vez constituidas éstas, como la facultad que tendrían para darse sus propias normas”¹⁰.

Por otro lado, el profesor Gamonal sostiene que la libertad sindical consiste en un derecho que *“comprende la facultad de construir sindicatos, así como la tutela y promoción de la ‘actividad sindical’, a fin de hacer una efectiva defensa de los intereses representados por la organización”¹¹. O, más resumidamente: “aquel derecho de los trabajadores y sus agrupaciones para organizarse y defender sus intereses comunes”¹².*

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado la libertad sindical de la siguiente manera:

“La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de

¹⁰ HUMERES, Héctor. Op. Cit., p. 32

¹¹ GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo del Trabajo. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 56

¹² GAMONAL, Sergio. Ibíd., p. 59

*las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad”.*¹³

La libertad sindical tiene el mérito de haber sido el primer derecho humano en ser reconocido por un tratado internacional, específicamente en el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado el 9 de julio de 1948 y, además, fue el primer derecho humano en contar con un mecanismo internacional de protección, a saber, el Comité de Libertad Sindical de la OIT¹⁴.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panama, resuelto el 2 de febrero de 2001, párrafo 156. Disponible en <http://www.mire.gob.pa/sites/default/files/documentos/derechos-humanos/Caso-Baena-Ricardo-Fondo-Reparaciones-y-costas-2-de-febrero-de-2001.pdf>

¹⁴ GAMONAL, Sergio. En defensa del derecho colectivo del trabajo. En su: Trabajo y Derecho. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 97

Los dos principales tratados internacionales en esta materia son los convenios N° 87 y N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo. El primero sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, el segundo sobre aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Ambos fueron publicados en el Diario Oficial de Chile con fecha 12 de mayo de 1999, entrando en vigencia el 1° de Febrero de 2000 en nuestro país.

Otros tratados internacionales que consagran la libertad sindical son:

- a) la Declaración Universal de DDHH (1948);
- b) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);
- c) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966);
- y d) la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica (1969).

Como sabemos, los tratados internacionales se encuentran incorporados a nuestro ordenamiento a través del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que señala: *“el ejercicio de la*

soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Como señaláramos anteriormente, en nuestro país, el artículo 19 de la Carta Magna regula en dos de sus numerales aspectos relativos a la libertad sindical, a saber los numerales 16 (negociación colectiva) y 19 (sindicalización). Como veremos más adelante, ambos derechos fundamentales cuentan con múltiples restricciones en nuestro país.

Llama profundamente la atención que nuestra Constitución no incluya expresamente a la huelga como derecho fundamental, dejando como saldo una consagración incompleta de la libertad sindical a escala constitucional. Sin embargo, parte de la doctrina señala que nuestra

legislación recoge con una “amplitud inusual” el principio de libertad sindical¹⁵.

Se han señalado por la doctrina como atributos de la libertad sindical los siguientes: libertad de constitución, libertad de afiliación, libertad sindical negativa, libertad colectiva de reglamentación, libertad colectiva de representación, libertad colectiva de disolución, libertad colectiva de actuación sindical y libertad colectiva de federación GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo del Trabajo. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. pg. 93-101¹⁶. Por su parte, los profesores Thayer y Novoa señalan el siguiente catálogo: Libertad de fundación, afiliación y desafiliación; pluralismo sindical; universalidad; derechos de federación y confederación; derecho a la personalidad jurídica; disolución por decisión judicial; amplia facultad de administración del patrimonio sindical; autonomía y ética sindical¹⁷.

¹⁵ En ese sentido THAYER, William y otro. Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. pg. 13

¹⁶ GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo del Trabajo. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. pg. 93-101

¹⁷ En ese sentido THAYER, William y otro. Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. pgs. 13-15

Podemos decir también que la Libertad Sindical puede analizarse a partir de la *autonomía organizativa*, por un lado, consistente en el derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a sindicatos y el *derecho a la actividad sindical*, por otro, que consiste en la facultad de los sindicatos de realizar acciones en defensa de los intereses de sus asociados donde destacan la autonomía normativa, que se expresa en la negociación colectiva; y la autonomía conflictual, expresada en la huelga.

II.- Los derechos colectivos de los trabajadores

1.- Sindicalización.

La regulación del derecho colectivo a la sindicalización comienza en lo más alto de nuestra legislación positiva, esto es, la Constitución Política de la República. En efecto, en su artículo 19 N° 19, asegura a todas las personas “*el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley*”, agregando que “*la afiliación sindical será siempre voluntaria*”.

Señala, además, que los sindicatos gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

A nivel legal, el derecho de constituir sindicatos sin autorización previa está consagrado por el artículo 212 del Código del Trabajo para los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, estableciendo como única condición el sujetarse a la ley y a los estatutos de la respectiva organización sindical.

Sin embargo, el Código del Trabajo, en su artículo 1º, se encarga de excluir del derecho a la sindicalización a los trabajadores que ahí señala: a) Funcionarios de la Administración del Estado, centralizada o descentralizada; b) Funcionarios del Poder Judicial; c) Funcionarios del Congreso Nacional; d) Empleados que trabajan en empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que este tenga aportes, participación o

representación; todo ellos siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.¹⁸

De esta manera, pueden ejercer el derecho a sindicalizarse todos los trabajadores que hayan sido señalados por ley como titulares de dicho derecho. Nuestra legislación se caracteriza por un enfoque individualista del derecho de sindicalización, como señala el artículo 19 N° 19 de la CPR, disposición que se ve reforzada por el artículo 214 del Código del Trabajo que señala que “*la afiliación a un sindicato es voluntaria, personal e indelegable*”. Se ha agregado por la doctrina que la afiliación sindical será también *única*, al señalar el mismo artículo que ningún trabajador podrá pertenecer a más de un sindicato simultáneamente, en función de un mismo empleo.¹⁹

Respecto al nivel en que se desenvuelve el derecho colectivo de sindicalización, cabe señalar que en nuestro país este se desarrolla

¹⁸ THAYER, William y otro. Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008. pgs. 16 y 17

¹⁹ THAYER, William y otro. *Ibíd.* pgs. 16 y 17

fundamentalmente a nivel de empresa. Además de los sindicatos de base, nuestra legislación contempla las federaciones, confederaciones y las centrales sindicales. El artículo 216 de Código del Trabajo contempla las siguientes clases de sindicatos:

1. El sindicato de empresa, que agrupa a trabajadores de una misma empresa.
2. El sindicato interempresa, que agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos.
3. El sindicato de trabajadores independientes, que agrupa a trabajadores que no dependen de ningún empleador
4. El sindicato de trabajadores eventuales o transitorios, que agrupa a trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes.

En cuanto a la conformación de los sindicatos, nuestro país posee un sistema de registro. Como señalamos anteriormente, la Constitución establece que los sindicatos *gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley*, sin requerir –por lo tanto- autorización de la autoridad pública, disposición que se ve reforzada por el precepto legal incluido en el artículo 222 inciso 2º del Código del Trabajo que establece que *“el registro se entenderá practicado y el sindicato adquirirá personalidad jurídica desde el momento del depósito a que se refiere el inciso anterior”*.

A nivel legal, la constitución de sindicatos está absolutamente reglamentada por la ley, dejando poco espacio a la autonomía de los trabajadores a la hora de constituir sus propias organizaciones sindicales.

En cuanto a la cantidad de sindicatos, la doctrina ha distinguido entre regímenes de unidad y paralelismo sindical, presentándose el primero de ellos cuando existen sindicatos únicos por empresa o sector y una situación

de paralelismo cuando existe la posibilidad de construir más de uno. En nuestro país impera un régimen de paralelismo sindical, según se desprende el artículo 212 del Código del Trabajo, que entrega a los trabajadores *“el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones que estimen convenientes”*.

Respecto a sus finalidades, estas se encuentran reguladas y enumeradas detalladamente en el artículo 220 del Código del Trabajo.

2.- Negociación colectiva.

La negociación colectiva es un derecho humano fundamental, uno de los pilares del Derecho Colectivo del Trabajo y fuente del Derecho del Trabajo. Por eso la regulación de la negociación colectiva en el derecho nacional comienza por el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, que en su inciso quinto prescribe: *“La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá*

las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”.

A nivel legal, la negociación colectiva se encuentra regulada en el libro IV del Código del Trabajo, titulado “*De la Negociación Colectiva*”, artículos 303 y siguientes.

El Código del ramo comienza por definir a la negociación colectiva en su artículo 303 como “*el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado*”.

Por su parte –en el ámbito doctrinal- el profesor Humeres define la negociación colectiva como *“un proceso conjunto tendiente a minimizar los conflictos naturales que se dan en toda organización empresarial, entre el empleador y los trabajadores, estableciéndose mediante tal proceso las remuneraciones y las condiciones de trabajo vigentes durante un determinado período, ya sea en una industria o rama de actividad”*.²⁰

El legislador ha establecido las materias que pueden negociarse colectivamente, a través del artículo 306 del Código del Trabajo, donde incluye 1) todas aquellas que se refieran a remuneraciones; 2) otros beneficios en especie o en dinero; y 3) en general a las condiciones comunes de trabajo. Acto seguido, señala los límites de la negociación colectiva, prescribiendo que no serán objeto de la negociación colectiva *“aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma”*.

²⁰ HUMERES, Héctor. Op. Cit., pgs. 168-169

Respecto al ámbito de la negociación colectiva, este se ha clasificado en ámbito subjetivo y ámbito objetivo. En primer lugar, podemos señalar que el **ámbito subjetivo** de la negociación colectiva se refiere a las empresas y trabajadores que pueden negociar colectivamente.

Respecto de las empresas, la norma general está contenida en el artículo 304 inciso primero del Código del Trabajo, señalando que: *“la negociación colectiva podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellos en las que el Estado tenga aportes, participación o representación”*.

Respecto a las empresas del sector privado, la única excepción está contemplada en el artículo 308, que establece que se requerirá el transcurso de a lo menos un año desde el inicio de las actividades de la respectiva empresa para poder negociar colectivamente en la misma. A continuación, el mismo artículo 304 se encarga de establecer las empresas en las cuales no se puede negociar colectivamente, disposición que debido a su extensión se cita textualmente a continuación:

“No existirá negociación colectiva en las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio y en aquellas en que leyes especiales la prohíban.

Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar, sin embargo, respecto de los establecimientos educacionales particulares subvencionados en conformidad al Decreto Ley N° 3.476, de 1980, y sus modificaciones, ni a los establecimientos educacionales técnico-profesional administrados por Corporaciones Privadas conforme al Decreto Ley N° 3.166, de 1980.

El Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción determinará las empresas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritarios en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que dichas unidades tendrán el carácter de empresas para todos los efectos de este Código”.

Por otro lado, respecto de los trabajadores, al igual que con las empresas, la regla general es que todos puedan negociar colectivamente. La primera excepción, de perogrullo, consiste en aquellos trabajadores pertenecientes a empresas en que está prohibido negociar colectivamente y que revisamos anteriormente. El artículo 305 del Código del Trabajo se encarga de enumerar a aquellos trabajadores a quienes les está vedado negociar colectivamente, aunque trabajen en una empresa autorizada por ley para ello. Los trabajadores que no pueden negociar colectivamente son los siguientes:

“Art. 305. No podrán negociar colectivamente:

- 1. los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje y aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una determinada obra o faena transitoria o de temporada;*
- 2. los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración;*
- 3. las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores, y*
- 4. los trabajadores que de acuerdo con la organización interna de la empresa, ejerzan dentro de ella un cargo superior de mando e inspección, siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización”.*

Una vez revisado el ámbito subjetivo de la negociación colectiva pasemos a revisar el **ámbito objetivo** de la misma, denominación con que la doctrina se ha referido a las materias negociables. El ámbito objetivo de la negociación colectiva está contemplado en el artículo 306 del Código del

Trabajo, señalando que las materias negociables consistirán en todas aquellas que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o en dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo. Quedan fuera de la negociación colectiva las materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma.

La doctrina se ha referido a la capital importancia de la negociación colectiva, señalando que soluciona conflictos laborales con mayor eficacia que la ley y la jurisdicción, pues permite aplicar la justicia a cada caso, en función de los intereses de los actores sociales involucrados. En esa dirección se ha establecido que la negociación colectiva tendría una triple función: 1) como medio de solución de conflictos, 2) como fuente de creación de normas laborales y 3) como instrumento de gobierno del sistema de relaciones laborales.²¹

²¹ GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo del Trabajo. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. pg. 213

En cuanto a la clasificación de la negociación colectiva, la doctrina ha señalado que el Código del Trabajo contemplaría los siguientes tipos de negociación colectiva:

En primer lugar, la **negociación forzosa o reglada dentro del ámbito de la empresa**, regulada en los artículos 315 a 333 del Código del Trabajo. En segundo lugar, la **negociación voluntaria y reglada** regulada en los artículos 334 a 343 bis C del Código del Trabajo. Y en tercer lugar, la **negociación directa**, de carácter voluntario, regulada en los artículos 314 a 314 bis C.²²

En otra clasificación, la negociación colectiva puede ser reglada o no reglada, encontrándose ambas contempladas en el Libro IV del Código del Trabajo. La negociación colectiva reglada se caracteriza por que el Código del ramo detalla el procedimiento que deben observar las partes al negociar, incluyendo mecanismos de autotutela como la huelga en el caso de los trabajadores y el cierre patronal en el caso del empleador y, por último, la

²² THAYER, William y otro. Op. Cit., pg. 57

finalización mediante un contrato colectivo. La negociación colectiva no reglada o informal no se encuentra regulada en cuanto a su procedimiento, no permite mecanismos de autotutela y da origen al convenio colectivo.

Parte de la doctrina ha detectado un tercer tipo de acuerdos colectivos, llamados contratos colectivos atípicos, los cuales exceden la regulación del Código del Trabajo y, por lo tanto, se caracterizan por nacer a la luz de negociación de carácter informal o extralegal.²³

Sin duda, la realidad de la negociación colectiva deja mucho que desear en nuestro país. En ese sentido nos quedamos con las palabras del profesor Sergio Gamonal:

“Es en este punto en el cual nuestro sistema de relaciones colectivas tiene mayores debilidades, ya que sólo se reconoce el derecho de negociar colectivamente en las empresas del sector privado y del Estado con algunas excepciones. La negociación colectiva se centra en el ámbito de la empresa

²³ GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo e informalidad: El caso de la contratación atípica. Trabajo y Derecho. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 167

*ó establecimiento, y si bien permite la negociación con más de una empresa, la falta de reconocimiento del derecho de huelga unido a la carencia de la obligación de negociar por parte de los empleadores, convierte en letra muerta la eventual negociación supraempresa”.*²⁴

Así las cosas, una gran cantidad de sindicatos no tiene la posibilidad de negociar colectivamente. Como contrapartida, se han visto obligados a realizar huelgas ilegales y en ocasiones logran acuerdos de carácter atípico con sus empleadores, cuestiones que han ocurrido más por la fuerza de los hechos que por la fuerza de una legislación acorde a la realidad mundial del Derecho Colectivo del Trabajo.

3.- Huelga

El derecho colectivo de huelga está contemplado en la Constitución, en su art. 19 N° 16 inciso final, de la siguiente manera: *“No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades.*

²⁴ GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo del Trabajo. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. pg. 213

Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”

Se ha criticado esta definición porque está señalada a base de la prohibición o restricción del derecho, consagrando tácitamente el derecho a huelga para todos los trabajadores respecto de los cuales no se encuentra prohibido.

A nivel legal, el derecho colectivo de huelga se encuentra reglamentado en el Título VI del libro IV del Código del Trabajo, artículos 369 a 385 del Código del Trabajo.

La huelga no se encuentra definida en nuestra legislación. Sin embargo, podemos encontrar algunas definiciones doctrinales, como la del profesor Humeres: *“Es la suspensión temporal, concertada y colectiva del trabajo, sea por causa económica, de derecho, o simple solidaridad con otros grupos y que persigue obtener logros que satisfagan dichas aspiraciones”*.²⁵

Respecto a la regulación de la huelga, históricamente se ha avanzado desde su prohibición (autores como Carnelutti la consideraban un acto antijurídico) hasta estar permitida, primero desde una concepción privatista y civilista y posteriormente desde su reconocimiento como derecho y como parte del listado de garantías constitucionales en diversos ordenamientos jurídicos.

La doctrina ha señalado que la huelga representa una forma de autotutela consagrada por el derecho. En nuestro país, se encuentra regulada por el Código del Trabajo y, a diferencia de la mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, no se encuentra consagrado

²⁵ HUMERES, Héctor. Op. Cit., p. 265

expresamente como derecho constitucional²⁶. Ante el texto constitucional han surgido tres tesis: la restrictiva, la de consagración implícita y la de consagración expresa.

La tesis restrictiva señala que la Constitución no prohíbe el derecho a huelga pero no lo consagra como derecho fundamental, pasando a tener la huelga jerarquía legal, mas no constitucional.

En el otro extremo, quienes señalan que existe un reconocimiento expreso del derecho a Huelga se basan en el artículo 8° letra d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales publicado en Chile con fecha 27 de mayo de 1989, el cual forma parte de nuestra legislación en la forma que establece el art 5° de la Constitución.

Además del artículo 19 n° 16 de la CPR, citado anteriormente, podemos destacar el 19 n° 19, que en su párrafo tercero consagra explícitamente la autonomía colectiva o sindical: “*La ley contemplará los*

²⁶ GAMONAL, Sergio. En defensa del derecho colectivo del trabajo. En su: Trabajo y Derecho. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 96

mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones”. Si hacemos un análisis más allá de los límites de la interpretación literal, al estar la autonomía colectiva basada en los tres pilares de organización, negociación y huelga, podemos concluir que la Constitución chilena consagra expresamente el derecho a huelga como parte de la autonomía sindical.

Respecto la titularidad del derecho colectivo de Huelga, la regla general en nuestra legislación es que todos los trabajadores son titulares del mismo, salvo aquellos respecto de quienes se encuentra prohibida. Los trabajadores que no pueden declararse en huelga son los siguientes:

a.- Los trabajadores que no pueden negociar colectivamente, como los *funcionarios del Estado y de las municipalidades (Art 19 N° 16)*

b.- Los trabajadores que pueden negociar colectivamente, pero respecto de los cuales la huelga se encuentra prohibida. Estos se encuentran señalados en el artículo 384 del Código del Trabajo: i) Los que trabajen en

corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública y ii) Aquellas cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

Por ello, estos últimos, en caso de no lograr acuerdo directo con su empleador en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio.

Nuestra legislación considera legal sólo un pequeño puñado de huelgas. Estas son aquellas que se dan dentro de un procedimiento reglado de negociación colectiva en el sector privado, no regulándola en el resto de los casos y prohibiéndola expresamente a los trabajadores del Estado y las municipalidades, a través del numeral 16 del artículo 19 de la CPR, llegando incluso a sancionarla penalmente en algunos casos a través de la Ley de Seguridad Interior del Estado. Es por este nivel de restricción que

algunos han sostenido que “*el estatuto de huelga chileno es de los más restrictivos de todo occidente*”.²⁷

Lamentablemente, a nuestro juicio, la legislación nacional regula restrictivamente los derechos colectivos de los trabajadores, tomando la opción por reglamentar detalladamente a los sindicatos y la actividad sindical, dejando como uno de sus aspectos pendientes el escaso margen de autonomía colectiva que hoy día se otorga a los trabajadores, fruto de la excesiva regulación de la actividad sindical.²⁸

III.- Conclusiones

El objetivo de esta memoria es estudiar los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga de los trabajadores subcontratados y suministrados. En el presente capítulo hemos expuesto un panorama general de los derechos de sindicalización, negociación colectiva

²⁷ GAMONAL, Sergio. Las tensiones del derecho colectivo chileno. En su: Trabajo y Derecho. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 185

²⁸ GAMONAL, Sergio. *Ibíd.*, p. 178

y huelga, desde una perspectiva doctrinal, constitucional y legal. Para avanzar en nuestro estudio, nos corresponde entonces, estudiar la situación de los trabajadores subcontratados y suministrados, tarea que abordaremos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

LEY 20.123. SUBCONTRATACIÓN Y SUMINISTRO DE TRABAJADORES

I.- Introducción.

En el capítulo anterior estudiamos los conceptos fundamentales del Derecho Colectivo del Trabajo y sus tres pilares fundamentales: el sindicato, la negociación colectiva y la huelga. Posteriormente, hicimos una revisión de estos tres conceptos o, como los hemos llamado, derechos colectivos de los trabajadores, haciendo mención a sus definiciones doctrinales, consagración constitucional y regulación legal.

En el presente capítulo procederemos a estudiar los aspectos fundamentales de la ley 20.123. Específicamente, revisaremos la regulación que esta ley introdujo al Código del Trabajo respecto de la subcontratación

y el suministro de trabajadores, desarrollando los aspectos más importantes de cada una de ellas.

Nuestro objetivo en este capítulo es introducirnos en los elementos más relevantes de esta ley, para posteriormente abordar el tema central de esta memoria: Los derechos colectivos de sindicalización, negociación colectiva y huelga (estudiados en el capítulo I) de los trabajadores subcontratados y suministrados (cuya regulación estudiaremos en el presente capítulo).

II.- Ley 20.123

Tradicionalmente, el modelo de relaciones laborales ha consistido en un modelo que podríamos denominar **“bilateral”**, donde el contrato de trabajo se celebra entre el empleador, por una parte; y el trabajador, por la otra. Sin embargo, el desarrollo de la economía y fenómenos como la descentralización productiva han dado nacimiento a un nuevo modelo de relaciones laborales, que distingue entre empresa principal y empresa

auxiliar, existiendo diversas manifestaciones de la descentralización productiva. En palabras de Palavecino, las manifestaciones más claras son, en primer lugar la *“contratación y subcontratación de una parte de los actos de producción o de servicios con otra u otras empresas”* y, en segundo lugar, *“el suministro de mano de obra que realizan las empresas de trabajo temporal (E.T.T.) o, como las denomina nuestra legislación, las empresas de servicios transitorios (E.S.T.)”*²⁹. Agrega además, el trabajo a domicilio y el denominado teletrabajo.

A diferencia de las relaciones “bilaterales”, la subcontratación y el suministro de trabajadores pueden denominarse como relaciones de carácter “triangulares”. Según el profesor Ugarte, estas últimas *“se refieren a aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica tres partes: dos empresas que se vinculan para la prestación de servicios comerciales entre ambas, y el trabajador que en la prestación de servicios subordinados queda posicionado entre ambas”*.³⁰

²⁹ PALAVECINO, Claudio Subcontratación, Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. pg 20.

³⁰ UGARTE, José. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007., pg. 93

A juicio de la doctrina, las relaciones triangulares de trabajo son producto de la externalización empresarial. Este fenómeno se produce *“cuando la actividad desplazada hacia afuera de la empresa es asumida por una empresa, en principio distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de esta última, que prestan servicios en los hechos para ambas”*.³¹

Como señalábamos anteriormente, la trilateralidad laboral tiene dos modalidades: la subcontratación laboral y el suministro de trabajadores. La subcontratación tenía una larga data en nuestro Derecho, dado que estaba incluida en los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, derogados por la ley N° 20.123. En cambio, el suministro de trabajadores es más nuevo, habiendo sido incorporado precisamente con la reforma contenida en la ley N° 20.123 de 2006.

³¹ UGARTE, José. *Ibíd.*, pg. 91

La Ley N° 20.123, de 16 de octubre de 2006, introdujo el Título VII al Libro I del Código de Trabajo denominado: ***“Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”***.

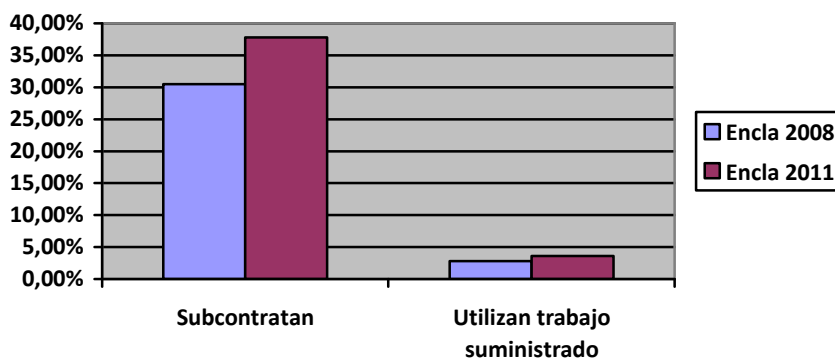
La Encuesta Laboral (ENCLA) correspondiente al año 2011, señala en su Capítulo 3, denominado *“Subcontratación y Suministro de Trabajadores”*, que: *“Pese a que el fenómeno de la subcontratación y el suministro no es reciente como práctica laboral en Chile, no es posible asegurar que hoy sea una forma generalizada de organizar la producción en el país. Por el contrario, los datos señalan que si bien ha crecido en algunos sectores de actividad económica, en otros ha disminuido.”*³²

Dicha encuesta señala que un poco más de un tercio de las empresas declara utilizar la subcontratación, ascendiendo la cifra a un 37,8%, superando a la arrojada por la Encla 2008 (30,5%), concluyendo que *“una primera mirada indica que la subcontratación ha aumentado en términos*

³² ENCLA 2011, pg. 97 [Online]. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-101347_recurso_3.pdf

relativos como forma recurrente de producción y de organización del trabajo.”³³

Respecto al trabajo suministrado, señala que las empresas que declararon utilizar trabajadores suministrados por otras empresas no alcanza al 4%, esto es, 98.855 trabajadores suministrados. Ante esto, concluye que *“Si bien esta proporción es levemente superior a la de 2008 (2,8%), dado que la variación está en el rango del error muestral, es posible afirmar que la utilización de trabajo suministrado ha permanecido en niveles similares a los de aquella medición³⁴”*



³³ *Ibíd.*, pg. 97

³⁴ *Ibíd.*, pg. 97

Volviendo a la legislación positiva, cabe señalar que con la promulgación de la ley referida, la subcontratación quedó regulada en el Párrafo 1° del Título VII del Código del Trabajo, denominado “*Del trabajo en régimen de subcontratación*”, correspondiendo a los artículos 183-A a 183-E. A su vez, el suministro de trabajadores quedó regulado en el Párrafo 2° del Título VII del Código del Trabajo, denominado “*De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios*”, correspondiendo a los artículos 183-F a 183-AB.

III.- La subcontratación de trabajadores

1.- Introducción

El subcontrato es una figura jurídica que ha sido estudiada por el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo. En sede civil, López Santa María señala que: “*el subcontrato es un nuevo contrato derivado y dependiente de*

otro contrato previo de la misma naturaleza”³⁵. Este se da en el supuesto en que una persona elija como manera indirecta para cumplir con la obligación que emana de un contrato, celebrar otro con un tercero, de iguales características, para que lo cumpla.

Dentro de la doctrina laboralista, el profesor Ugarte lo define como la: *“situación en que una empresa, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno contratar a otra empresa denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido”*.³⁶

En nuestra legislación, la subcontratación está regulada en el Título VII del Libro I del Código del Trabajo, que lleva por título “Del trabajo en

³⁵ Citado por PALAVECINO, Claudio Subcontratación, Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. pg 29

³⁶ UGARTE, José. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007. Pg. 94

régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”, artículo 183-A y siguientes.

En efecto, el artículo 183-A, al abrir el mencionado título, señala:

“Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la

obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478.”

Por su parte, a base del artículo transcrito, la doctrina ha definido a la subcontratación como: *“El hecho que una empresa dueña de una obra o faena, contrate a otra empresa denominada contratista, mediante la celebración de una convención civil o comercial, para que se ejecute a su cuenta y riesgo con trabajadores bajo su dependencia, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última, a su vez, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo todo o parte del trabajo o servicio requerido”*³⁷

Por otro lado, la Dirección del Trabajo definió el trabajo en régimen de subcontratación a través de su Dictamen N° 141/5 de 10 de enero de 2007, de la siguiente manera:

³⁷ ALBORNOZ, Marcelo y otros. Subcontratación laboral y servicios transitorios. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, 2007. pgs. 31 y 32.

“Estaremos en presencia de trabajo en régimen de subcontratación cuando las obras o los servicios que deban ejecutar y/o prestar los respectivos trabajadores sean realizadas en forma permanente o habitual para la empresa principal, entendiéndose que revisten tales características aquellas cuyo desarrollo implica permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, esto es, que no se realicen o respondan a necesidades específicas, extraordinarias u ocasionales. Así, a vía de ejemplo, quedarían regidos por las normas que regulan el trabajo en régimen de subcontratación, los trabajadores de una empresa de aseo o seguridad que, en forma diaria o regular, realizan labores o servicios del rubro para la empresa principal, se cumplan los demás requisitos que al efecto exige la ley. Por el contrario, quedarían excluidas de la aplicación de la señalada normativa las actividades de reparación de maquinaria, soporte técnico, aseo industrial u otras que se realizan en forma ocasional y extraordinaria cuya duración queda determinada por la prestación del servicio específico contratado”.

Basándonos en Albornoz y otros, podemos distinguir como elementos del trabajo en régimen de subcontratación los siguientes:

a.- Sujetos de la relación: Podemos distinguir a la empresa principal, la empresa contratista y el trabajador, configurándose, por lo tanto, una relación laboral triangular.

b.- Acuerdo contractual: La ley señala explícitamente que estamos frente a un acuerdo contractual entre la empresa principal y la empresa contratista, el cual puede ser de naturaleza civil o comercial y cuya escrituración no es exigida por ley.

c.- Objeto del contrato: Consiste en la ejecución de una obra o la prestación de un servicio por parte del contratista. Como el legislador optó por no especificar de qué tipo de obras ni de qué tipo de servicios se trata, dicha especificación ha quedado al arbitrio de los contratantes.

d.- Cuenta y riesgo del contratista: Este elemento está explícitamente señalado en la definición contenida en el artículo 183-A. Esto se traduce en que es el contratista quien debe asumir el riesgo, esto es, estar dispuesto a beneficiarse por las ganancias y, en su caso, a soportar las pérdidas.

e.- Propiedad de la empresa, obra o faena: Por mandato legal la empresa principal debe ser la dueña de la obra, empresa o faena.

f.- Subordinación o dependencia: Está en manos del contratista respecto de sus trabajadores, pues pese a que el trabajador desarrolla sus funciones, normalmente en las dependencias de la empresa principal, se encuentra bajo subordinación y dependencia del contratista, no correspondiendo a la empresa principal intervenir este vínculo.

g.- Continuidad y habitualidad de la subcontratación: Este elemento fue agregado mediante veto presidencial, excluyendo del trabajo en régimen de subcontratación las obras o servicios que se ejecutan o

prestan de manera discontinua o esporádica, tal como señala el artículo 183-A, inciso 1º, última parte.

Según dispone el inciso segundo del citado artículo 183-A, en caso de que no se cumplan los requisitos señalados por la ley para considerar una relación laboral como una relación laboral de trabajo en régimen de subcontratación, la ley atribuye la calidad de empleador de los trabajadores al dueño de la obra, empresa o faena. Esta misma consecuencia se hará efectiva en caso de intermediación de trabajadores en una faena, entendiéndose que caerá dentro de esta infracción *“aquel que aun en cumplimiento aparentemente con los requisitos legales, disfrace una relación laboral directa con sus trabajadores mediante la interposición de un falso contratista o subcontratista”*.³⁸

Los efectos que conlleva caer en cualquiera de estas dos hipótesis son los siguientes:

³⁸ ALBORNOZ, Marcelo y otros. *Ibíd.*, pgs. 31 y 32.

a.- La empresa principal se tendrá como empleadora para todos los efectos legales, lo que tiene como consecuencia el que ésta quede sujeta a todas las obligaciones laborales y previsionales.

b.- Se aplica la sanción establecida en el artículo 507 del Código del Trabajo, esto es, por simulación o subterfugio.

Para hacerse efectivo, los supuestos deben ser acreditados por la Dirección del Trabajo o un Tribunal de la República.

2.- Responsabilidad solidaria

La principal innovación de la Ley N° 20.123 fue convertir en solidaria la responsabilidad del empresario principal, como a su vez la responsabilidad solidaria del contratista respecto del subcontratista, tal como consagra el artículo 183-B de CT.

El artículo 183-B en sus incisos primero y segundo señala lo siguiente: *“La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.*

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.”

Desde una perspectiva Civil estamos frente a un caso de solidaridad pasiva legal, donde el acreedor, en este caso el trabajador, puede elegir a cualquiera de los codeudores solidarios para exigir el pago de la totalidad de la obligación. Desde el Derecho del Trabajo, el profesor Palavecino lo resume de la siguiente manera: *“El trabajador del contratista podrá, por*

*tanto, dirigirse para cobrar sus créditos insolutos contra su empleador y contra el empresario principal, conjuntamente o, si lo prefiere, solamente contra el empresario principal, saltándose al contratista-empleador. Asimismo, los trabajadores del subcontratista podrán dirigirse contra éste y contra el contratista conjuntamente o solo contra el contratista, si así lo prefieren”.*³⁹

El aporte de la reforma es proteger al trabajador en régimen de subcontratación, en primer lugar, a través de la *responsabilidad directa* del contratista que hace las veces de empleador y, en segundo lugar, la *responsabilidad subsidiaria* de la empresa principal y, en caso de no ejercer los derechos de control que la ley otorga, *responsabilidad solidaria*.

Estos derechos de control de la empresa principal son los siguientes:

a) **derecho de información** contenido en el art. 183-C del CT; b) **derecho de retención** a favor de la empresa principal o contratista y la obligación de pagar con esos dineros lo adeudado al trabajador o la institución previsional

³⁹ PALAVECINO, Claudio Subcontratación, Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. pg. 55

contemplado en el art. 183-C inciso tercero; c) **derecho de pago por subrogación**, que le permite pagar con su patrimonio las obligaciones de cargo del contratista o subcontratista.

Este avance respecto de los derechos de los trabajadores implica la constitución de un sistema en el cual la empresa principal o contratista, en su caso, puede controlar y fiscalizar el estado de cumplimiento por parte de la empresa contratista o subcontratista, en su caso, respecto de sus obligaciones laborales y previsionales para con los trabajadores. Sin embargo, existen voces críticas de esta nueva regulación. En ese sentido, Palavecino, quien señala que esto atentaría contra el artículo 19 N° 16 inciso 2 de la CPR, al imponérsele un trabajador ajeno a un empleador, alterando de paso el efecto relativo del contrato de trabajo.⁴⁰

Los objetivos de la responsabilidad solidaria para el trabajo en régimen de subcontratación pueden resumirse en, por un lado, prevenir insolvencia de los contratistas y, por otro, tutelar los derechos de los

⁴⁰ PALAVECINO, Claudio. *Ibíd.*, pg. 57

trabajadores. Así lo ha fallado la Excelentísima Corte Suprema al establecer que *“la responsabilidad legal indirecta que afecta al dueño de la obra o faena tiene su fundamento, por una parte en el provecho que reporta el trabajo prestado en su interés por los dependientes del contratista y, por la otra, en el imperativo de cautelar el debido cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que benefician a esos trabajadores...”*⁴¹

En una interpretación distinta, el profesor Ugarte señala que se trata de *“un eventual agravamiento de la responsabilidad del mandante, pero no por un hecho del contratista (como sería, por ejemplo, en el no pago de las obligaciones laborales), sino por un hecho suyo: debe responder solidariamente por no haber ejercido los derechos de control que la ley le otorga”*⁴². Hay responsabilidad solidaria, entonces, en caso de no ejercer los derechos de control que establece la ley. Según Ugarte el régimen general en materia de responsabilidad sigue siendo la responsabilidad

⁴¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, mayo 2002, tomo XCVIII, sección 3ª, pp. 173 y 223.

⁴² UGARTE, José. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007. Pg. 102

subsidiaria, convirtiéndose en solidaria solo en caso de no ejercer los derechos de control (información y retención), lo que constituiría una sanción del legislador.

Más allá de las distintas interpretaciones, podemos decir que la empresa principal se encontrará obligada en los mismos términos que el empleador directo del trabajador, en este caso la empresa contratista, al pago de las obligaciones laborales y previsionales como remuneraciones, indemnizaciones legales y cotizaciones previsionales⁴³. Como señala el art. 183-B en su inciso cuarto: *“El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este párrafo”*

En ese sentido, Thayer y Novoa recalcan que *“compete al dueño de la obra o al contratista, según el caso adoptar los necesarios resguardos previos a fin de informarse bien sobre la calidad de la persona con quien*

⁴³ ALBORNOZ, Marcelo y otros. Op. Cit., pg. 42

*contrata, su forma de cumplir las obligaciones, y además puede convenir la adopción de medidas de fiscalización y control sobre la forma como el contratista o subcontratista esté dando cumplimiento a sus obligaciones laborales y previsionales”.*⁴⁴

3.- Responsabilidad subsidiaria.

Según revisamos anteriormente, la postura de la doctrina mayoritaria es que la regla general es la responsabilidad solidaria de la empresa contratista respecto a las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores en régimen de subcontratación. Y, en consecuencia, la excepción estaría configurada por la responsabilidad subsidiaria del empleador (empresa principal, contratista o subcontratista).

Así lo señala el artículo 183-D inciso primero, primera parte: *“Si la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo*

⁴⁴ THAYER, W. y NOVOA, P., Op. Cit., p. 372.

anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral”

En consecuencia, la empresa no se exime de responsabilidad legal, pero cambia de solidaria a subsidiaria, constituyendo –a juicio de la doctrina- un retorno a los derogados artículos 64 y 64 bis del CT. El requisito para bajar el estándar de responsabilidad de solidaria a subsidiaria es que la empresa principal haga efectivo el derecho de información y retención que la ley le otorga. Por lo tanto, podemos decir que es un incentivo a la diligencia de la empresa principal en la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de la empresa contratista o subcontratista, en su caso.

Según estatuye el artículo 183-D en su inciso segundo, la misma responsabilidad tendrá la empresa principal y contratista que hubiere practicado retención a sus contratistas o subcontratistas en virtud de la

notificación hecha por la Dirección del Trabajo de infracciones a la legislación y previsional en el marco de una fiscalización.

IV.- El suministro de trabajadores

1.- Introducción

La ley 20.123 introdujo al Título VII del Código del Trabajo el párrafo 2º, denominado “*De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios*”, artículos 183-F y siguientes.

Esta reforma introduce por primera vez en la legislación laboral el concepto de suministro de trabajadores, pese a que era una figura que aparecía por fuera de la ley de manera cada vez más frecuente. Por esta razón, con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, la tarea de distinguir entre las figuras de subcontratación y suministro de trabajadores recaía en la jurisprudencia administrativa y la doctrina. En ese sentido, la

Dirección del Trabajo señaló en el dictamen N° 5.487/59, de 22 de septiembre de 1992, que: *“El eventual contrato de provisión de personal entre empleador efectivo y la empresa colocadora, no transforma a esta última en contratista en los términos del artículo 64 del Código del Trabajo, ya que no realiza con el personal colocado, y bajo su responsabilidad laboral y técnica, obra o trabajo alguno que sea aporte específico y distinto a las tareas o actividades contratados”*.

Esta indefinición legal y el vacío normativo que existía respecto a esta categoría de trabajadores, tenía como consecuencia la latente y muchas veces concretada posibilidad de abusos y excesos por parte del empleador. En opinión de Ugarte los principales problemas consistían en que *“No podía determinarse quién es el empleador para efectos legales laborales, y la empresa usuaria no se hace responsable ni directamente (...), ni indirectamente como responsables solidarios o subsidiarios”*⁴⁵. A esto debemos agregar la situación de incertidumbre en que quedaban los

⁴⁵ UGARTE, José. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007. Pg. 104

derechos constitucionales y laborales de esta categoría de trabajadores, como los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga.

Todo esto se explica porque con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, los trabajadores suministrados cumplían sus funciones en dependencias de la empresa usuaria, sin tener relación alguna con su empleador, desentendiéndose este último en los hechos de las obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores que le corresponden en su calidad de empleador. Esta compleja situación se reguló por primera vez en nuestro país recién en el año 2006. En otros países, si bien con anterioridad estuvo prohibida, los cambios en el mundo del trabajo, particularmente la creciente externalización de los servicios, llevó a que se permitiera nuevamente, por ejemplo en España en 1994, Italia en 1997 y Colombia 1990.⁴⁶

⁴⁶ UGARTE, José. *Ibíd.*, pg. 106

2.- El suministro de Trabajadores

El suministro de trabajadores ha sido definido por la doctrina de distintas maneras. Una de ellas, de Marcelo Albornoz y otros es la que la define como: *“Aquella figura que consiste en que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores (empresa de servicios transitorios) y debidamente habilitada para el ejercicio del mismo, pone a disposición de otra empresa (usuaria), mediante un contrato solemne y a cambio del pago de un precio determinado, los servicios laborales de sus empleados, pero reteniendo para sí la calidad de empleador respecto de aquéllos”*.⁴⁷

Por su parte, el profesor Ugarte la define como aquella situación jurídica que: *“Consiste en que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores (empresa suministradora o de trabajo temporal), pone a disposición de otra empresa (denominada usuaria), por*

⁴⁷ ALBORNOZ, Marcelo y otros. Op. Cit., pg. 101

*el pago de un precio determinado, los servicios laborales de sus empleados, reteniendo para sí la calidad formal de empleador”.*⁴⁸

Tal como lo expresa Magdalena Echeverría, el suministro de trabajadores tiene la particularidad de que *“el objeto no es un producto, sino trabajo. Es decir, cuando una empresa contrata con otra no la compra de determinados bienes o servicios, sino la provisión de trabajo, específicamente, de trabajadores”.*⁴⁹

En resumen, el suministro de trabajadores funciona de la siguiente manera: *“la empresa suministradora contrata, por tiempo indefinido o por tiempo determinado, a un trabajador que acepta ser puesto temporalmente a disposición de una empresa usuaria o cliente, delegando la empresa de suministro toda o parte de su autoridad en la empresa usuaria, a través de un contrato de puesta a disposición celebrado entre ambas. La empresa de suministro no es, pues, una empresa de servicios que actúe como*

⁴⁸ UGARTE, José. Op. Cit., pg. 94

⁴⁹ ECHEVERRÍA, Magdalena. El otro trabajo. En: DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Cuaderno de Investigación N° 7. Santiago, 2001. pág. 40.

*contratista respecto de la usuaria, ya que en tal caso no habría puesta del trabajador a disposición de la empresa cliente, sino que la empresa de suministro contratista conservaría su autoridad sobre el mismo”.*⁵⁰

Si bien el Código del Trabajo no define directamente el suministro de trabajadores, se encarga de definir a sus sujetos intervinientes en su artículo 183-F.

a.- Los sujetos del contrato de suministro de trabajadores.

i) La empresa de servicios transitorios.

El artículo 183-F define en su letra a) a la **Empresa de Servicios Transitorios** como *“toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional,*

⁵⁰ PALAVECINO, Claudio Subcontratación, Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. pg. 82

como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”

En el ámbito de la doctrina, podemos encontrar la definición del profesor Palavecino, quien la define como: *“aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados respecto de los cuales ostenta la condición de empleador, a través de un contrato civil o mercantil de puesta a disposición por un tiempo determinado y por un precio”*⁵¹. Por su parte, Ermida y Castello la definen como *“aquella empresa que se dedica a colocar trabajadores en otra (denominada ‘usuaria’ o ‘receptora’), para atender necesidades temporales de ésta y asumiendo el pago de los créditos que se generen”*.⁵²

A estas empresas la ley reconoce la calidad de empleador con respecto a los trabajadores suministrados, haciéndose responsable de las

⁵¹ PALAVECINO, Claudio. *Ibíd.*, pgs. 82-83

⁵² ERMIDA, O. y CASTELLO, A., “Las empresas de trabajo temporal”, en varios autores, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Ed. FCU, Montevideo, 2000, pg. 414

obligaciones laborales y previsionales, lo cual constituye una modificación de las reglas generales, en las que el empleador es quien ejerce mando y subordinación. Esta modificación está orientada hacia la protección de los derechos de los trabajadores.

Además de definir a las Empresas de Servicios Transitorios, la ley se encarga de establecer los requisitos que estas deben observar. Estos son los siguientes:

En primer lugar, según señala el artículo 183-F del CT, deben tener un **objeto social único** y tienen la **prohibición de ser filiales o estar coligadas a la empresa usuaria**, como señala el artículo 183-I del CT. En segundo lugar, deben **constituir una Boleta de Garantía** a nombre de la Dirección del Trabajo, por un monto determinado. En tercer lugar, deben **registrarse** ante la Dirección del Trabajo.

Estos requisitos legales para que una empresa de servicios transitorios pueda funcionar y encuadrarse en esa figura, pueden ordenarse de la siguiente manera:

a.- Prohibición legal de vínculo social entre empresas de servicios transitorios y la usuaria. Según establece el artículo 183-I del CT en su inciso primero: *“Las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios”*. En caso de incumplir con esta normativa se establece como sanción la cancelación en el registro de empresas de servicios transitorios y una multa de 10 UTM a la usuaria.

b.- Garantía de la empresa de servicios transitorios, por una suma determinada. Según establece el artículo 183-J, inciso 1° y 2°: *“Toda empresa de servicios transitorios deberá constituir una garantía permanente a nombre de la Dirección del Trabajo, cuyo monto será de 250 unidades de fomento, aumentada en una unidad de fomento por cada*

trabajador transitorio adicional contratado por sobre los 200 trabajadores; 0,7 unidades de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 150 trabajadores y 0,3 unidades de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 200.

El monto de la garantía se ajustará cada doce meses, considerando el número de trabajadores transitorios que se encuentren contratados en ese momento”

El objetivo de esta garantía es que la Empresa de Servicios Transitorios pueda responder por las obligaciones legales y contractuales en beneficio de sus trabajadores, mejorando la situación anterior a la dictación de la ley 20.123. Esto se materializa a través de una boleta de garantía u otro instrumento de similar liquidez, a nombre de la Dirección del Trabajo (art. 183-J, inciso 4°)

c.- Registro Especial: Inscripción en un registro especial y público, a cuyo cargo está la Dirección del Trabajo. Para esto la Empresa

de Servicios Transitorios debe solicitarlo a la Dirección del Trabajo, acreditando la personería jurídica, nombre, objeto social e individualizar a los representantes legales. Además, el nombre o razón social debe incluir la expresión “Empresa de Servicios Transitorios” o la sigla “EST”. Esto lo regula el artículo 183-K del CT.

Por su parte, la sanción a la infracción del requisito mencionado está contemplado en el artículo 183-L del CT: *“Toda persona natural o jurídica que actúe como empresa de servicios transitorios sin ajustar su constitución y funcionamiento a las exigencias establecidas en este Código, será sancionada con una multa a beneficio fiscal de ochenta a quinientas unidades tributarias mensuales, aplicada mediante resolución fundada del Director del Trabajo, la que será reclamable ante el Juzgado del Trabajo competente, dentro de quinto día de notificada ”*

A su vez, la legislación laboral contempla la facultad del Director del Trabajo de cancelar la inscripción de la E.S.T. El artículo 183-M del CT establece que dicha cancelación debe ser mediante resolución fundada y

tiene como causales: a) incumplimientos reiterados y graves a la legislación laboral o previsional y b) por quiebra de la E.S.T., salvo que se decrete la continuidad de su giro.

ii) La empresa usuaria

El artículo 183-F define en su letra b) a la **Empresa Usuaria** como:
“toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código”

La empresa usuaria no es el empleador del trabajador, pues esa calidad legal queda radicada en la Empresa de Servicios Transitorios. Si bien no tiene la calidad de empleador, si está facultada para organizar y dirigir el trabajo, tal como lo establece el artículo 183-X del CT, *“La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del*

ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios.”

A su vez, la ley le entrega una serie de responsabilidades a la empresa usuaria, dentro de las cuales podemos encontrar las siguientes:

a.- Responsabilidad subsidiaria: En primer lugar, existe una responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto a las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores suministrados, tal como dispone el artículo 183-AB del Código del Trabajo. Así, se equipara en esta materia a los trabajadores suministrados y subcontratados.

b.- Responsabilidad directa: En segundo lugar, se establece la responsabilidad directa de la empresa usuaria en materia de higiene y seguridad, tal como señala el inciso segundo del artículo 183-AB del CT: *“...será de responsabilidad directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley*

Nº 16.744, especialmente las medidas de prevención de riesgos que deba adoptar respecto de sus trabajadores permanentes. Asimismo, deberá observar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 66 bis de la ley Nº 16.744”

c.- Sanciones: En tercer lugar, podemos encontrar determinadas sanciones contra la empresa usuaria en casos de infracción y fraude a la ley. Así, en caso de infracción a la ley laboral, al contratar con una empresa de suministro no registrada en la Dirección del Trabajo, el Código del Trabajo establece una multa en dinero y además el trabajador se considerará dependiente de la usuaria, rigiéndose por la legislación laboral común, según establece el artículo 183-AA del Código del Trabajo. Asimismo, en caso de fraude a la ley laboral, por simulación o supuestos distintos a los que permiten la contratación de servicios transitorios, el trabajador se considerará dependiente de la usuaria, rigiéndose por la legislación laboral común, según establece el artículo 183-U del Código del Trabajo.

A esto hay que agregar que la empresa usuaria deberá dar cumplimiento a las condiciones de trabajo convenidas entre el trabajador suministrado y la Empresa de Servicios Transitorios, incluyendo disposiciones como duración de la jornada de trabajo, lugar del mismo, descansos y otros.

iii) El trabajador de servicios transitorios.

El artículo 183-F define en su letra c) al **Trabajador de Servicios Transitorios** como: *“todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2º”*

Como señalamos anteriormente, el trabajador se encuentra vinculado con la Empresa de Servicios Transitorios a través del Contrato de Trabajo, siendo esta última su empleador. Sin embargo, el Trabajador de Servicios Transitorios queda bajo la dirección de la empresa usuaria, para quien

presta sus servicios. Queda además sujeto al Reglamento de Seguridad e Higiene de la usuaria.

b.- El contrato de puesta a disposición y el trabajador transitorio

El contrato de puesta a disposición de trabajadores se encuentra regulado en el artículo 183- N y siguientes del Código del Trabajo. La doctrina lo ha definido de la siguiente manera: *“Figura jurídica civil o mercantil celebrada entre la empresa usuaria y la empresa de servicios transitorios, que opera como sustento legal a la cesión legal de trabajadores, y respecto del cual operan dos mecanismos clave de la nueva regulación: la causalidad del suministro (el contrato debe justificarse en una causa legal), y la transitoriedad del mismo (la ley lo somete a un plazo máximo)”*.⁵³

La legislación se encarga de establecer los requisitos que debe cumplir el contrato de puesta a disposición de trabajadores:

⁵³ UGARTE, José. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007. Pg. 109

a.- Debe constar por escrito.

b.- Debe indicar la causal invocada para la contratación de servicios transitorios, puestos de trabajo, duración y precio convenido. Además debe señalar si los trabajadores puestos a disposición tendrán derecho a la utilización de transporte e instalaciones colectivas en la empresa usuaria.

c.- Debe individuarse a las partes.

d.- El plazo para su escrituración es de 5 días siguientes a la incorporación del trabajador, salvo cuando su duración sea inferior a 5 días, caso en el cual debe realizarse dentro de dos días de incorporado el trabajador.

Una de las características más importantes del trabajo en régimen de suministro es que el suministro debe ser transitorio, y basado en requerimientos excepcionales de una empresa usuaria. Esta norma se repite en el derecho comparado, por ejemplo “*en Bélgica el contrato solo puede*

*tener una duración máxima de tres a seis meses, en Dinamarca no puede exceder de tres meses y no es renovable, en Alemania el plazo máximo es entre nueve meses y un año, y en el resto de los casos, como en Francia, si bien no se fija tiempo máximo, se le liga a que la tarea o función a desempeñar sea transitorio”.*⁵⁴

Según lo que hemos revisado, el suministro de trabajadores es legal cuando es realizado por Empresas de Servicios Transitorios autorizadas y registradas, según las hipótesis legales contempladas en la ley. Por el contrario, constituirá suministro ilegal de trabajadores la hipótesis en que los servicios de trabajadores sean obtenidos por una empresa mediante la contratación con terceros que no puedan encuadrarse en la figura de suministro legal de trabajadores o que no tengan su causa en contratos de obras o servicios legalmente excluidos.⁵⁵

Todas estas normas están orientadas a la protección del trabajador y a evitar abusos que se producían con cada vez más frecuencia con

⁵⁴ UGARTE, José. *Ibíd.*, pg. 110

⁵⁵ UGARTE, José. *Ibíd.*, pg. 110

anterioridad a la dictación de la ley 20.123. Así lo señalan Figueroa y otros, destacando que lo que se busca: *“es evitar que el suministro de trabajadores sea un mero encubrimiento del verdadero empleador. El empleador, por diferentes motivos, como por ejemplo excluir a ciertos trabajadores de los beneficios de un contrato colectivo, o pagarles remuneraciones menores, puede verse inducido a crear una empresa de suministro de trabajadores que le proporcione parte de la mano de obra que necesita. En efecto, mediante la autocontratación con una empresa de servicios transitorios, con la cual se encuentre ligada o sencillamente es una prolongación simulada de la misma, se limitan o vulneran derechos como el de sindicación o negociación colectiva”*.⁵⁶

c.- El contrato de trabajo de servicios transitorios

El Contrato de Servicios Transitorios se encuentra definido en el artículo 183-R del Código del Trabajo de la siguiente manera: *“una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios*

⁵⁶ FIGUEROA, C. y SCHWENKE, E. “El suministro de trabajadores y las empresas de servicios temporarios”, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 2002, p. 216

transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido” (art. 183-R CT). Cabe señalar que nos encontramos frente a un contrato de trabajo distinto al del artículo 7° del CT, pues el empleador no utiliza los servicios del trabajador, sino que los pone a disposición de la empresa usuaria.

La relación entre el trabajador y la empresa usuaria podemos describirla de la siguiente manera: *“En términos reales habrá un trabajador sometido a dos empleadores, repartiéndose entre ellos el complejo haz de derechos y obligaciones que emanan de ambas relaciones de trabajo. Y es que, pese a que formalmente la legislación considera como único empleador a la EST, materialmente y paralela al contrato de trabajo de servicios transitorios, se genera una relación de trabajo real y directa entre el trabajador y la empresa usuaria, con obligaciones y derechos recíprocos”.*⁵⁷

⁵⁷ PALAVECINO, Claudio Subcontratación, Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. pg. 91

III.- Conclusiones

Hemos revisado los aspectos fundamentales de la regulación que el Código del Trabajo hace respecto del trabajo en régimen de subcontratación y del suministro de trabajadores. Como veremos más adelante, existe consenso en que la ley 20.123 implicó un avance respecto de la precaria y desregulada situación anterior. Sin embargo, existe consenso en que quedaron una serie de aspectos pendientes de ser regulados y resueltos por la mencionada ley, dentro de ellos el tema objeto de estudio del presente trabajo: los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados.

Vistos ya los aspectos fundamentales de los derechos colectivos de los trabajadores (Capítulo I) y los elementos más relevantes de la ley 20.123 (Capítulo II) podemos pasar a revisar el tema que une ambas materias: Los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados (Capítulo III).

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES SUBCONTRATADOS Y SUMINISTRADOS.

I.- SITUACIÓN GENERAL

Existe consenso en la doctrina nacional en relación a que la ley 20.123 constituye un avance en lo que respecta al resguardo de los derechos laborales y previsionales de los trabajadores, al proteger el cobro de las prestaciones adeudadas a ellos, ya sea a través de mecanismos de responsabilidad solidaria o subsidiaria, según corresponda.

En esa dirección, el profesor Caamaño señala que la dictación de esta ley: *“vino a remediar en parte importante la precariedad que afectaba a los trabajadores subcontractados y contribuirá, idealmente, a identificar en forma clara a las empresas que subcontratan, deslindando sus*

responsabilidades y posibilidades de actuación en armonía con el debido respeto de los derechos de los trabajadores.”⁵⁸

Sin embargo, también existe consenso en que la mencionada ley deja muchos aspectos pendientes de regular para la adecuada protección de los trabajadores en régimen de subcontratación y de suministro. A juicio de la doctrina, el grueso de estos problemas tienen como origen la desigualdad entre los trabajadores de planta y los externos, ya sea a través de la subcontratación o del suministro.

Una de las manifestaciones de esta desigualdad radica en que nuestra legislación no prohíbe que los trabajadores subcontratados o suministrados reciban una remuneración inferior a la que reciben los trabajadores directamente contratados por la empresa principal o usuaria, según corresponda, a diferencia de lo que se ha legislado en el derecho

⁵⁸ CAAMAÑO, Eduardo. La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios. Ius et Praxis [Online]. 2007, vol. 13, n° 2, p. 157-194. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200008&script=sci_arttext

comparado⁵⁹. Así lo ha manifestado la autora Magdalena Echeverría, quien ha sostenido que *“uno de los aspectos pendientes de la ley 20.123 radica en que los trabajadores externos en general (subcontratados o que prestan servicios transitorios) perciben remuneraciones menores y quedan al margen de múltiples beneficios que reciben los trabajadores contratados directamente por una empresa principal”*.⁶⁰

Otras manifestaciones de este fenómeno consisten en la posibilidad del empleador de externalizar actividades del giro principal de la empresa y en las falencias de la definición legal del concepto de empresa en nuestra legislación, la cual podemos encontrar en artículo 3° del Código del Trabajo: *“Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de*

⁵⁹ Esto se diferencia de países donde se ha llegado a la solución de “a igual trabajo, igual remuneración”, existiendo en el derecho comparado normas que lo consagran, por ejemplo en España (ley 29/1999 de 16 de julio de 1999) y Colombia (artículo 79 de la ley N° 50 de Colombia). También en Bélgica, Francia, Portugal, Italia.

⁶⁰ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la Subcontratación, y el relato de los trabajadores. Dirección del Trabajo. 2007. p. 133

finés económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”

Por último, podemos señalar la ausencia de regulación de los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados, todo lo cual crea las diferencias anotadas. Así lo plantea el abogado de la Dirección del Trabajo, Rafael Pereira quien, ha señalado que en la ley 20.123 *“no se reguló el sistema de derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados. Por lo tanto, se entiende que se aplica el Derecho Común, el de los trabajadores contratados, el que no tiene ningún efecto práctico para los trabajadores subcontratados y suministrados”*.⁶¹

El diagnóstico en relación a esto último no estuvo ausente de la discusión parlamentaria sobre el proyecto que dio origen a la ley 20.123. En efecto, estuvo presente como uno de los temas a resolver a partir de dicho proyecto, pero sin embargo, no se avanzó en la materia. Este diagnóstico

⁶¹ Entrevista en AYLWIN, Luis y otros. La subcontratación y el suministro de personal: repercusiones sobre el derecho colectivo del trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010. página 329

podemos desprenderlo de las declaraciones del entonces Ministro del Trabajo, don Osvaldo Andrade:

*“No es en absoluto moderno recurrir a resquicios o vacíos legales para vulnerar derechos laborales individuales o colectivos. El actual marco jurídico, tanto por la escasa regulación del subcontrato como por la inexistencia de normativa sobre el suministro, permite la proliferación de “empresas de papel” creadas con el propósito de eludir las responsabilidades laborales de las empresas mandantes e **imposibilitar el ejercicio de los derechos colectivos. Así se fragmentan y atomizan las organizaciones de trabajadores y se niega el derecho a negociar colectivamente. No es razonable tolerar esto.**”⁶²*

Como señaláramos anteriormente, los derechos colectivos de los trabajadores consisten en los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga, los tres pilares de la libertad sindical. La situación de los trabajadores subcontratados y suministrados respecto del ejercicio de estos

⁶² BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley N°20.123. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. pg. 564

derechos es particularmente compleja, pues pese a las particularidades observables entre un trabajador subcontratado o suministrado con un trabajador de planta, no han sido regulados estos derechos en la especie, aplicándose en consecuencia las reglas generales sobre sindicalización, negociación colectiva y huelga.

Las características del trabajo subcontratado, ya sea en cuanto a subcontratación de obras y servicios (subcontratación, según la denominación del Código del Trabajo) como a la subcontratación de servicios (suministro de trabajadores, según la denominación del Código del Trabajo), dificultan enormemente las posibilidades de organización de esta categoría de trabajadores. La autora Magdalena Echeverría lo resume de la siguiente manera: *“El trabajador subcontratado pertenece por definición a otra empresa, es un externo. Por lo tanto queda marginado de la posibilidad de generar una vida asociativa con otros compañeros de trabajo, con quienes realiza actividades en conjunto, a veces diariamente, por el hecho de formar jurídicamente parte de otra entidad jurídica.”*⁶³

⁶³ ECHEVERRÍA, Magdalena. Op. Cit., p. 99

Así, en un contexto de descentralización productiva, las condiciones para que los trabajadores se asocien y organicen se vuelven cuesta arriba.

La no regulación de los derechos colectivos en la ley 20.123 implica, en los hechos, desconocer la particular situación del trabajo subcontratado y suministrado. Así, los derechos colectivos de los trabajadores quedan a la deriva, debiendo regirse por una legislación ideada para los trabajadores de planta o de la empresa principal.

Desde otro enfoque, es posible sostener que la situación más arriba descrita implica una vulneración o, al menos, un debilitamiento de los Derechos Fundamentales de los trabajadores en régimen de subcontratación o suministro.

En los últimos años, la doctrina ha introducido a las relaciones laborales el concepto de ciudadanía en la empresa. Una completa definición de este concepto podemos encontrarlo en la obra del profesor Caamaño, que por su extensión reproducimos íntegramente a continuación:

*“En resumen, la noción de ciudadanía en la empresa surge a partir del reconocimiento jurisprudencial, doctrinal y legal de que la empresa no es un espacio entregado única y soberanamente al ejercicio de los poderes empresariales, sino que es un ámbito en el que también tiene cabida y pleno reconocimiento la ciudadanía de los trabajadores, esto es, la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales emanados de su condición de persona, particularmente, derechos civiles y políticos que en cierta forma quedaban amagados en la relación laboral, ya sea por la necesidad de una mejora urgente de las condiciones económicas y de trabajo o por efecto de la exacerbación de la potestad de mando del empleador”.*⁶⁴

Así las cosas, se entiende que los Derechos Fundamentales no solo tienen una eficacia vertical (del Estado hacia los ciudadanos), sino también horizontal (entre los ciudadanos). Por lo tanto, podemos señalar que la empresa y las relaciones de trabajo a que dan origen, no puede ser un sitio aislado del respeto a los Derechos Fundamentales consagrados por la Constitución, pese a constituir relaciones entre particulares.

⁶⁴ CAAMAÑO, Eduardo. La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios. Ius et Praxis [Online]. 2007, vol. 13, n° 2, p. 157-194. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122007000200008&script=sci_arttext

Dentro del concepto de ciudadanía en la empresa podemos distinguir dos aspectos: Las libertades individuales y las libertades públicas. En el primero de ellos podemos encontrar derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y síquica, derecho a la honra, entre otros. Y en el segundo, podemos encontrar derechos de **sindicalización** (consagrado en el artículo 19 N° 19 de la CPR), **negociación colectiva** (consagrado en el artículo 19 N° 16, inciso quinto, de la CPR) y **huelga** (consagrado en el artículo 19 N° 16 inciso final de la CPR).

Así las cosas, podemos asegurar que los derechos fundamentales se proyectan durante todo el *iter contractual* y que, por tanto, deben ser asegurados no sólo por la legislación, sino también por el empleador.

Actualmente, podemos sostener que los derechos de los trabajadores tienen una doble protección. En primer lugar, a nivel individual, otorgando la ley al trabajador un conjunto de derechos mínimos e irrenunciables, como por ejemplo remuneración mínima, jornada de trabajo, indemnizaciones legales, etcétera. Pero por otro lado, tenemos el reconocimiento de

determinados derechos fundamentales laborales a su favor, “*en el ámbito de las relaciones colectivas, mediante el reconocimiento de la autotutela colectiva expresada en el ejercicio de la libertad sindical.*”⁶⁵

Por otra parte, los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados pueden analizarse desde la perspectiva del Derecho Internacional. En esa mirada, cabe estudiar los convenios 87 y 98 de la OIT, ambos ratificados por Chile; y el convenio 181, que no ha sido ratificado por Chile hasta la fecha.

En primer lugar, el Convenio 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, establece en su artículo 2º, que los trabajadores “*tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas*”. Si bien nuestra legislación permite libremente la constitución de sindicatos para todos los trabajadores, en el caso de los trabajadores

⁶⁵ CAAMAÑO, Eduardo. *Ibíd.*

subcontratados y suministrados su posibilidad está en entredicho al no tener un régimen especial, considerando las diferencias que existen entre el trabajo de planta y el trabajo tercerizado.

A su vez, el artículo 11 del convenio señala que: *“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”*. A nuestro juicio, nuestro país estaría incumpliendo esta disposición, pues al no haber regulado la ley 20.123 el derecho de sindicalización, se omitió adoptar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de este derecho.

Por otro lado, el Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, establece normas que actualmente se incumplen en Chile en la materia. El artículo 4° obliga a los Estados a adoptar medidas para estimular y fomentar *“el pleno desarrollo y uso de*

procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”

Podemos agregar que, pese a no haber sido ratificado por Chile, el Convenio 181 de la OIT tiene la peculiaridad de regular específicamente el caso del trabajo suministrado. En su artículo 4° señala que: *"Se adoptarán medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas que prestan los servicios a los que se hace referencia en el artículo 1 no se vean privados del derecho de libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva."*

A su vez, el artículo 11 del convenio señala que todo miembro adoptará *“medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de: a) libertad sindical; b) negociación colectiva...”*

En la misma dirección, el artículo 12 del convenio señala que todo miembro deberá determinar y atribuir *“las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas que prestan los servicios que se mencionan en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, y de las empresas usuarias, en relación con: a) la negociación colectiva...”*

Si bien este último convenio no ha sido ratificado por Chile, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT señala en su punto 2 que: *“...todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva...”*. Así las cosas, podemos decir que nuestro país está por debajo del estándar internacional en lo que a sindicalización, negociación colectiva y huelga de los trabajadores subcontratados y suministrados respecta.

Por otro lado, desde un enfoque económico, podemos sostener que una de las dificultades a la hora de hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores en régimen de subcontratación y suministro es la dificultad de calcular el aporte a la producción que ellos realizan, debido a su situación de transitoriedad. Así lo explican Jorge Salinero y otros: *“En el caso de quienes negocian, sin duda que parte de la productividad debe ser captada, entre otros, por el personal estable de las empresas, aspecto que se apreciará cuando se observen los resultados de las negociaciones, pero resulta más difícil o casi imposible que se perciba por trabajadores transitorios, de contratistas, de subcontratistas o suministrados, con períodos variables en los cuales, muchas veces por su duración y alternalidad, no se está en condiciones de reconocer aumentos de productividad.”*⁶⁶

La transitoriedad del trabajo es un fuerte desincentivo a la sindicalización, negociación colectiva y huelga. Así lo sostiene Diego López: *“Si el acceso efectivo a beneficios colectivos dependerá de*

⁶⁶ SALINERO, Jorge y otros. Veinte años de afiliación sindical y negociación colectiva en Chile: Problemas y desafíos. Cuaderno de Investigación N° 29. Departamento de Investigación, Dirección del Trabajo. Santiago, 2006. p. 91

mantener vigente el empleo con el empleador que los negoció, en realidad la negociación colectiva no tendrá un impacto significativo sobre una gran proporción de trabajadores”⁶⁷. En efecto, para muchos trabajadores subcontratados y suministrados no tiene sentido sindicalizarse ni negociar colectivamente pues ven improbable beneficiarse de los logros alcanzados, pues generalmente no tienen perspectiva de permanecer de manera estable en su lugar de trabajo.

La situación descrita puede resumirse en la siguiente cita de la autora Magdalena Echeverría:

“La fragmentación productiva por necesidades de la producción, es decir, por la búsqueda de especialización y otros motivos económicos, y la fragmentación espúrea, es decir, la división artificial de las empresas en múltiples razones sociales o ruts más el amarre del sindicato a la “empresa” así concebida, dividen y limitan las posibilidades de constitución de organizaciones. Y, lo más importante, hace perder el interés

⁶⁷ LÓPEZ, Diego. La ineficacia del derecho a negociar colectivamente en Chile. En: Negociación colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible. Dirección del Trabajo, división de estudios, 2009. p. 49

*de un sindicato de poder interlocutar y negociar con una empresa de verdad. La relación se produce entre una organización sindical débil y una “entidad jurídica determinada”, pero que no corresponde la mayor parte de las veces con el verdadero empresario, sino con una simple entidad empleadora, que puede ser más formal que real”.*⁶⁸

II.- LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES SUBCONTRATADOS

1.- Situación general

Ya hemos revisado algunos de los inconvenientes que se presentan a la hora de ejercer los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga comunes a los trabajadores subcontratados y suministrados. Pasemos a ver ahora algunos de los problemas que se presentan para los trabajadores en régimen de subcontratación a la hora de ejercer estos derechos. El profesor Ugarte ha señalado que en la subcontratación *“la identidad del*

⁶⁸ ECHEVERRÍA, Magdalena. Op. Cit., p. 99

*empleador es indiscutible y los problemas pasan por el cumplimiento efectivo de la legislación existente, especialmente de la responsabilidad subsidiaria de la mandante o empresa principal, y la equiparación de las condiciones salariales entre estos trabajadores y los que están directamente contratados por la empresa dueña de la obra”.*⁶⁹

Si bien lo señalado hace referencia a los problemas que enfrentan los trabajadores subcontratados en el plano individual, los derechos colectivos enfrentan problemas originados en la misma situación de hecho: la desigualdad entre trabajadores contratados por la empresa principal y los contratados por la contratista o subcontratista que, finalmente termina por debilitar la libertad sindical de los trabajadores externos.

Esta desigualdad fue denunciada por el senador Ruiz de Giorgio durante la discusión del proyecto que dio origen a la ley 20.123, quien señaló que uno de los objetivos de la subcontratación es la disminución de costos para la empresa, pues muchas labores, si se realizaran

⁶⁹ UGARTE, José. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007. pg. 95

exclusivamente con trabajadores de planta, quienes pueden acceder a beneficios obtenidos a través de la negociación colectiva, resultarían *“mucho más oneroso que realizarlas a través de trabajadores puestos a disposición por contratistas; trabajadores, estos últimos, que no siempre tienen acceso a beneficios superiores a los mínimos que establece la ley”*.⁷⁰

Según la doctrina, respecto a los derechos colectivos de esta categoría de trabajadores, el hecho de que existan trabajadores internos y externos trae como consecuencia *“disminuir el número potencial de trabajadores afiliados, induce a la dispersión de los trabajadores”* junto con que *“fragmenta la negociación colectiva y disminuye su cobertura”*.⁷¹

Así, existe consenso en la doctrina en que la subcontratación laboral no solo ha sido utilizada para reducir costos laborales, sino que ha producido como efecto desigualdad entre las condiciones de los contratados y subcontratados y, además, ha afectado *“los derechos sindicales*

⁷⁰ BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley N°20.123. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. pg. 57

⁷¹ ECHEVERRÍA, Magdalena. Op. Cit., p. 52

*fundamentales como el de sindicalización, negociación colectiva y ejercicio de la huelga”.*⁷²

En definitiva, según la legislación chilena, los trabajadores de una empresa contratista o subcontratista *“a lo sumo pueden sindicalizarse y negociar colectivamente con su empresa, pero sólo en la medida en que lo permita la temporalidad de la relación que se ha establecido entre la empresa subcontratista y la principal”.*⁷³

2.- Sindicalización

Al no existir una regulación específica del derecho de sindicalización para los trabajadores subcontratados, se aplica la ley general. Esto, como hemos argumentado anteriormente, implica que –debido a las características particulares del trabajo en régimen de subcontratación- se dificulte enormemente la sindicalización para estos trabajadores.

⁷² Henríquez, Elia y otros. Lejos del trabajo decente: El trabajo desprotegido en Chile. Cuaderno de Investigación N° 30. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Santiago, 2006. p. 61, 62

⁷³ ECHEVERRÍA, Magdalena. Op. Cit. p. 53

Si aplicamos la legislación general, podemos concluir que los trabajadores subcontratados podrán sindicalizarse al interior de la empresa contratista o subcontratista, según sea el caso.

Sin embargo, no podrán sindicalizarse en conjunto con los trabajadores de la empresa principal, por tener empleadores distintos, ni tampoco podrán afiliarse a un sindicato ya constituido en la empresa principal. No obstante, la legislación no impide que los trabajadores subcontratados constituyan un **sindicato interempresa** que puede incluir a los trabajadores de distintas empresas contratistas o subcontratistas o bien puede incluir a trabajadores de dichas empresas en conjunto con la empresa principal. Sin embargo, dichos sindicatos carecerán de fuerza efectiva, a causa de la regulación de la negociación colectiva, como veremos más adelante.

La situación que se da en la subcontratación se da también en caso de que una empresa ocupe más de un RUT para organizar su fuerza de trabajo, por lo cual en ambos casos se merma la fuerza de las organizaciones

sindicales y se ponen escollos al ejercicio de la negociación colectiva: *“en tanto el sindicato preferencial es el sindicato de empresa y el único que puede negociar directamente, si una empresa tiene múltiples razones sociales, estas son para efecto legales empresas distintas, que atomizan las unidades y posibilidades de constituir sindicatos y de negociar colectivamente con un mismo y verdadero empleador.”*⁷⁴

Esto se ve agravado, como dijimos anteriormente, por la poca estabilidad del trabajo y la transitoriedad del mismo. Así lo ha señalado la autora Magdalena Echeverría:

“La precarización de las condiciones laborales incluye la imposibilidad práctica o legal de ejercer los derechos de sindicalización y negociación consignados en la misma ley laboral. En efecto la legislación vigente, como se analizó, consigna cuatro tipos de sindicatos -de empresa, interempresa, de trabajadores transitorios y de trabajadores independientes- de los cuales sólo el primero está plenamente facultado

⁷⁴ ECHEVERRÍA, Magdalena. *Ibíd.* p. 135

para negociar colectivamente. Los sindicatos interempresa requieren del acuerdo previo de los diferentes empleadores, de manera que las empresas pueden negarse a negociar con trabajadores de organizaciones sindicales que no pertenezcan a la propia empresa. Y los de trabajadores transitorios, por la naturaleza de la actividad o de la relación, enfrentan serias dificultades para gestar organizaciones y procesos de negociación perdurables.”⁷⁵

3.- Negociación colectiva y Huelga

Al igual que el derecho de sindicalización, el derecho a la negociación colectiva tampoco encuentra una regulación especial para los trabajadores subcontratados. Por eso, aplicando las reglas generales, los subcontratados pueden negociar colectivamente al interior de la empresa contratista o subcontratista, según el caso.

⁷⁵ ECHEVERRÍA, Magdalena. *Ibíd.* p. 150

Sin embargo, no podrán negociar colectivamente en conjunto con los trabajadores de la empresa principal ni interlocutar con la misma, pese a que es la empresa que maneja los recursos de los cuales proviene su salario y la que muchas veces, en los hechos, determina sus condiciones laborales. Esto se explica porque en nuestra legislación el empleador del trabajador subcontratado es la empresa contratista y no la empresa principal.

Así las cosas, los trabajadores dependientes de un contratista podrían llegar a participar de un proceso de negociación con la empresa principal bajo dos hipótesis: En primer lugar, a través de un sindicato interempresa y, en segundo lugar, como sindicato de empresa del contratista que se une con el sindicato de la empresa principal para negociar en forma conjunta con él.

Sin embargo esta posibilidad no pasa de ser una posibilidad meramente formal pues, según señala nuestra legislación, para el empleador es voluntario o facultativo negociar cuando existe un sindicato interempresa, según establece el Código del Trabajo.

Según lo anterior, la piedra de tope para que los trabajadores subcontratados puedan ejercer efectivamente su derecho a negociar colectivamente sería ampliar este derecho para sacarlo de los estrechos márgenes en que se encuentra al estar restringido al ámbito de la empresa, tal como consagrara José Piñera a través del Plan Laboral de 1979. En ese sentido, según Magdalena Echeverría, cuando se combina la subcontratación con la negociación colectiva restringida al ámbito de la empresa “*no sólo queda limitada la posibilidad de negociación por rama, sino también la negociación con la verdadera empresa*”.⁷⁶

En la discusión legislativa de la ley 20.123 el Senador Ruiz de Giorgio (DC) hizo presente esta circunstancia, señalando que: “*nuestra legislación no hace obligatoria la negociación por sindicatos interempresas, lo que significa que muchas veces, en un área de trabajo, cohabiten varias empresas contratistas junto con una empresa matriz, y los*

⁷⁶ ECHEVERRÍA, Magdalena. *Ibíd.* p. 62

trabajadores en cuestión no pueden forzar a que opere una negociación como la aludida para velar por sus derechos.”⁷⁷

Según Diego López, el hecho de que los trabajadores se vean obligados a negociar colectivamente con la empresa contratista y no con la principal, implica que estos deben negociar con una empresa que en último término no maneja los recursos de los cuales provienen las remuneraciones de los trabajadores, con escasa solvencia. De esta forma, se “*priva a la negociación colectiva de cualquier posibilidad real de incidir en cómo los salarios traspasan parte de los resultados del negocio a los trabajadores subcontractados.*”⁷⁸

⁷⁷ BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley N°20.123. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. pg. 67

⁷⁸ LÓPEZ, Diego. La ineficacia del derecho a negociar colectivamente en Chile. En: Negociación colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible. Dirección del Trabajo, división de estudios, 2009. p. 47

III.- LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES SUMINISTRADOS

1.- Situación general

Ya hemos revisado en qué consiste el suministro de trabajadores y el avance que significó regular la situación de esta categoría de trabajadores a partir de la ley 20.123, al regular el suministro en el Código del Trabajo, y sacar a estos trabajadores del manto de ilegalidad en el que estaban sumidos y, por ende, a los abusos a los que estaban expuestos.

Sin embargo, pese a los avances legislativos, aún existe una serie de cuestiones pendientes para estos trabajadores. El principal de ellos, del que derivan el grueso de los demás, es que los trabajadores suministrados tienen, por un lado, un empleador legal (Empresa de Servicios Transitorios) y, por otro, una empresa (Usuaria) donde prestan sus servicios, teniendo esta última, y no la Empresa de Servicios Transitorios, el control sobre las

condiciones laborales del trabajador. De esta manera, concordamos con el profesor Ugarte en lo siguiente:

*“No se tiene certeza respecto de quien debe entenderse como el empleador y, en consecuencia, respecto de quién se ejercen los derechos de los trabajadores suministrados”.*⁷⁹

Así las cosas, han quedado pendientes la igualdad de trato entre el trabajador suministrado y el trabajador permanente, como también la libertad sindical materializada en la falta de regulación de los derechos colectivos de sindicalización, negociación colectiva y huelga.

Dentro de un grupo de trabajadores suministrados con un empleador común, una determinada Empresa de Servicios Transitorios, varios de ellos pueden prestar sus servicios para distintas empresas usuarias y, por lo tanto, sus condiciones de trabajo estarán determinadas por la usuaria y no por su empleador.

⁷⁹ UGARTE, José. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007. Pg. 95

De esta manera, pese a tener un mismo empleador, tendrán condiciones laborales tan distintas como empresas usuarias requieran de sus servicios. El profesor Ugarte lo resume de la siguiente manera: *“Los trabajadores suministrados prestan servicios en diversas empresas usuarias, sin conexión entre ellas, y las condiciones de trabajo no están determinadas por su empleador común (la empresa suministradora), sino por las empresas usuarias donde prestan servicios, las que tienen sus propios sindicatos y regulaciones colectivas”*.⁸⁰

La imposibilidad de ejercer sus derechos colectivos en su lugar de trabajo deriva de que, según la ley, el empleador es la EST y no la usuaria, quedando, por tanto estos derechos colectivos a la deriva. Según Magdalena Echeverría el problema consiste en que el trabajador está frente a un empleador real y otro formal: *“En esta modalidad, el trabajador está frente a un doble empleador. Uno, al que presta realmente sus servicios y que lo dirige y ordena y otro, que lo recluta, contrata y formaliza (cuando es*

⁸⁰ UGARTE, José. *Ibíd.* pg. 114

formal) la relación laboral, pero que no está presente en el proceso laboral.”⁸¹

Esta situación, además de ser inconsistente respecto a la propia Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales, es inconsistente con la regulación del Código del Trabajo, que en su artículo 183-Y señala que *“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores”*. Si bien a continuación señala que esto debe hacerse *“en especial”* respecto de derechos como la intimidad, la vida privada o la honra de los trabajadores, no puede desconocerse que la sindicalización, negociación colectiva y huelga tienen la jerarquía de derechos fundamentales garantizados por la constitución.

En el marco de la discusión legislativa, el Senador Ruiz de Giorgio realizó una exposición que nos parece digna de transcribir íntegramente, pese a su extensión:

⁸¹ ECHEVERRÍA, Magdalena. Op. Cit., p. 62

“Entonces, ¿qué significa proporcionar a las empresas trabajadores sin posibilidades de organizarse sindicalmente ni de negociar en forma colectiva?”

Por eso, al discutir la materia debe tenerse presente que se trata de trabajadores manipulados por un traficante que los contrata y los provee a distintos empleadores. ¿Qué es eso?

¿Por qué hoy día los empresarios no usan los mecanismos que les permite la ley? En la actualidad, si uno de ellos necesita realizar una labor ocasional, puede perfectamente contratar un trabajador a plazo fijo o por obra. La normativa les permite hacerlo. Sin embargo, ¿qué desean? Contar con una persona con la cual no haya relación; es decir, que contrate un tercero. De esta forma, deberá litigarse ante los tribunales.

No sé quién podrá proveer a los trabajadores de un abogado. Me gustaría saberlo.

Aquí se dijo “por qué no van a los tribunales”. Lo escuché de algunas voces subterráneas que salieron a la superficie. ¡Claro!

Puede acudir a ellos un empresario que cuente con un equipo de abogados. ¿Pero qué hace un trabajador que labora en una empresa contratista, gana un salario mínimo y no le pagan su sueldo? Ése es el problema: hoy día no tiene protección. Y ahora lo estamos desprotegiendo aún más.

Por tal razón, a lo menos, es conveniente aprobar las normas de la iniciativa en debate, porque hace la situación menos dañina para los trabajadores”.⁸²

2.- Sindicalización

Como hemos argumentado, los trabajadores suministrados ven restringidos sus derechos colectivos no por la vía de la prohibición, sino por

⁸² BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley N°20.123. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. pg. 346

la subsunción de una situación particular a la legislación general en materia de libertad sindical. El problema para ejercer el derecho de sindicalización es que los trabajadores suministrados no se pueden sindicalizar ni negociar colectivamente con la empresa usuaria donde trabajan, pues ella no es su empleador, recayendo esta calidad legal en la Empresa de Servicios Transitorios. A esto hay que sumar elementos como el predominio de los contratos a plazo fijo, la poca estabilidad en los puestos de trabajo, entre otros.

Por otro lado, las posibilidades reales de constituir un sindicato en la Empresa de Servicios Transitorio se verán dificultadas por la inestabilidad de los vínculos laborales de los trabajadores con ellas, dependiendo este de los requerimientos de las empresas usuarias. Así las cosas, se dificulta en exceso la posibilidad de construir sindicatos de trabajadores suministrados, tal como señala Caamaño: *dificultades obvias que presenta la real alternativa de constituir un sindicato, pensando, por ejemplo, que los trabajadores transitorios no tendrán la calidad de trabajadores permanentes de la EST, sino que serán contratados en función de un*

*determinado contrato de puesta a disposición de trabajadores y que, una vez cesado éste, terminarán sus contratos de trabajo.”*⁸³

Además de la dificultad de constituir sindicatos entre trabajadores contratados por la misma Empresa de Servicios Transitorios, existe la imposibilidad legal de constituir sindicatos directamente con la empresa usuaria por parte de los trabajadores suministrados que prestan servicios dentro de sus dependencias pues, como argumentamos anteriormente, el empleador del trabajador es la Empresa de Servicios Transitorios y no la empresa usuaria.

Por otro lado, tampoco existe la posibilidad de constituir sindicatos en conjunto entre los trabajadores de planta de una empresa y quienes llegan en calidad de suministrados a cumplir funciones en determinada empresa. Así lo señala Salinero y otros de la siguiente manera: *“el conjunto de trabajadores que se desempeña en la empresa, personal externo y plantilla de personal, están impedidos legalmente de constituir*

⁸³ CAAMAÑO, Eduardo. La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios. Ius et Praxis [Online]. 2007, vol. 13, n° 2, p. 157-194. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122007000200008&script=sci_arttext

conjuntamente un sindicato de empresa”⁸⁴, pues dentro de una misma unidad productiva se desenvuelven laboralmente trabajadores que dependen de diversos empleadores.

3.- Negociación colectiva y Huelga

El derecho a la negociación colectiva tampoco encuentra una regulación especial para los trabajadores suministrados. Por eso, aplicando las reglas generales, los trabajadores suministrados podrían negociar colectivamente con la Empresa de Servicios Transitorios, según la regulación del Código del Trabajo y que hemos revisado con anterioridad.

Sin embargo, no podrán negociar colectivamente con la empresa usuaria, al no ser esta última su empleador, ni tampoco podrán negociar colectivamente en conjunto con trabajadores de planta de la empresa usuaria, por el mismo motivo.

⁸⁴ SALINERO, Jorge y otros. Veinte años de afiliación sindical y negociación colectiva en Chile: Problemas y desafíos. Cuaderno de Investigación N° 29. Departamento de Investigación, Dirección del Trabajo. Santiago, 2006. p. 28

El problema es que quien controla las condiciones laborales del trabajador suministrado es la Empresa Usuaria y no la Empresa de Servicios Transitorios. Como señala el profesor Caamaño: *“las posibilidades de una negociación colectiva de los trabajadores transitorios con su empleadora son meramente nominales, sobre todo, si se tiene en cuenta que sus condiciones de trabajo no están determinadas directamente por su empleador, sino que por las EU donde prestan servicios, las que tienen sus propios sindicatos y regulaciones colectivas, de los que quedarán marginados los trabajadores cedidos por la EST”*.⁸⁵

Todo esto llevó al senador Ruiz de Giorgio, durante la discusión que dio origen a la ley 20.123 a decir que *“No podemos elaborar una ley que fácilmente pueda ser mal utilizada, permitiendo sustituir trabajadores regidos por relaciones laborales normales, contratados en forma directa y permanente por su empleador, por otros proporcionados por intermediarios que los utilizan en condiciones más desventajosas, **con escasas posibilidades de defenderse ante el incumplimiento de sus***

⁸⁵ CAAMAÑO, Eduardo. La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios. Ius et Praxis [Online]. 2007, vol. 13, n° 2, p. 157-194. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718001220070002000008&script=sci_arttext

derechos, sin siquiera tener la posibilidad real de organizarse sindicalmente ni de negociar en forma colectiva. En este ámbito, el proyecto no da cuenta adecuadamente del contenido del Convenio N° 181 de la OIT, de 1997”.⁸⁶

⁸⁶ BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley N°20.123. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. pgs. 212 y 213

CAPÍTULO IV

PROPUESTAS EN TORNO A LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES SUBCONTRATADOS Y SUMINISTRADOS

I.- INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo hacer una revisión de algunas de las propuestas que desde la doctrina y distintos actores sociales y políticos se han hecho respecto de los derechos colectivos de los trabajadores subcontractados y suministrados.

Como señaláramos en los capítulos anteriores, la ausencia de regulación especial en torno a la sindicalización, negociación colectiva y huelga para los trabajadores subcontractados y suministrados, ha dejado a esta categoría de trabajadores sometidos a la legislación común en lo que a derechos colectivos se refiere, lo cual -a nuestro juicio- no hace sino privar del efectivo ejercicio de esos derechos a este grupo de trabajadores. Luego

de revisar la literatura, podemos decir que si bien parte de la doctrina ha señalado la ausencia de regulación de los derechos colectivos como un aspecto pendiente de la ley 20.123, pocos han avanzado en la dirección de proponer vías de solución para estos vacíos en la regulación de la subcontratación y suministro de trabajadores.

Para dar forma a este capítulo, se revisaron algunos autores de la doctrina nacional y además se ha realizado una revisión de los siguientes documentos continentales de propuestas generales sobre la institucionalidad laboral:

- Informe final. Hacia un Chile más justo: Trabajo, salario, competitividad y equidad social. Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad, Mayo de 2008.

- Manifiesto Laboral. Por un nuevo modelo de Relaciones Laborales. Fundación Sol, Abril de 2013.

- “Hacia una nueva institucionalidad laboral”, Universidad Adolfo Ibáñez, Agosto de 2011.

II.- DOCTRINA NACIONAL

A partir de la revisión de la literatura nacional, podemos concluir que las principales propuestas de la doctrina nacional en relación a la regulación de los derechos colectivos de los trabajadores subcontractados y suministrados nacen como respuesta a dos situaciones: En primer lugar, a la restricción de la negociación colectiva al ámbito de la empresa y, en segundo lugar, a la insuficiente definición legal del concepto de empresa incluida en el artículo 3° del Código del Trabajo.

Alcance de la negociación colectiva

Con respecto al alcance de la negociación colectiva, parte de la doctrina sostiene que, debido a que ésta se encuentra restringida al ámbito de la empresa, los trabajadores subcontractados y suministrados se ven

excluidos del efectivo ejercicio de este derecho. Como revisamos en el Capítulo I, nuestra legislación permite la posibilidad de negociar colectivamente más allá de los límites de la empresa, pero dejando fuera la obligatoriedad de negociar para el empleador y privando a los trabajadores de su principal mecanismo de presión para dichos efectos: la huelga. En ese sentido, el autor Sergio Gamonal ha señalado que *“la no obligatoriedad de negociar unido a la carencia del derecho de huelga a fin de presionar a los empleadores para negociar, implican que no es posible utilizar este mecanismo negociador”*⁸⁷. Esto significa que, si bien los trabajadores subcontratados y suministrados tienen la posibilidad de negociar más allá de los límites de la empresa, esto es, más allá de su empresa contratista o de servicios transitorios, es muy difícil que dicho derecho se haga efectivo y, por lo tanto, probablemente terminarán negociando colectivamente con su empleador, esto es, con la empresa contratista o de servicios transitorios que, como hemos señalado anteriormente, muchas veces carecen de los medios y recursos para tomar las decisiones que influyen en las condiciones de trabajo de sus empleados.

⁸⁷ GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 260

Para el abogado Rafael Pereira, el problema radica en que para los trabajadores subcontratados y suministrados rige la ley común en materia de negociación colectiva y, en consecuencia, señala la necesidad de interpretar la legislación nacional a la luz de los convenios internacionales. En ese sentido, señala que la negociación colectiva en el caso de los trabajadores subcontratados y suministrados: *“si bien el sistema de negociación por empresa que establece la ley debiera ser el que se aplique a estos trabajadores, y por ende deberían negociar con el respectivo contratista o empresa de servicios transitorios, no nos podemos olvidar que cabe también una interpretación inclusiva de los tratados internacionales, sobre todo los convenios de la OIT, ratificados por Chile. En base a ello, es perfectamente posible entender que, por ejemplo y tal como sucedió en CODELCO, estos trabajadores puedan negociar ciertas condiciones en conjunto con los trabajadores de planta”*⁸⁸. Según esta propuesta, entonces, se hace necesario actualizar nuestra legislación laboral para ser coherente con el Convenio 181, específicamente sus artículos 4° y 11 -pese a que no ha sido ratificado por Chile- lo que se traduce en tomar las medidas

⁸⁸ Entrevista en AYLWIN, Luis y otros. La subcontratación y el suministro de personal: repercusiones sobre el derecho colectivo del trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010. página 329-330

necesarias para asegurar que los trabajadores en régimen de suministro no se vean privados de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. En el ejemplo del autor, de avanzar en esa dirección los trabajadores subcontratados y/o suministrados podrían negociar colectivamente con la empresa principal (o usuaria, en su caso) en conjunto con los trabajadores denominados de planta, en vez de restringirse al ámbito de la empresa, lo cual actualmente se traduce en que sólo pueden negociar colectivamente con la empresa contratista o de servicios transitorios, según corresponda.

Por otra parte, el especialista propone ir más allá del ámbito de la empresa a la hora de negociar colectivamente, señalando que: *“Hay sistemas de negociación colectiva, que sería beneficioso poder implementar, pero que superan el marco regulatorio que establece la Ley de Subcontratación⁸⁹. Me refiero a sistemas de negociación que trasciendan de la empresa a la que efectivamente pertenezcan los trabajadores, como ocurrió en el caso que mencionábamos anteriormente,*

⁸⁹ Referencia a la ley 20.123

*el caso de los subcontratistas de CODELCO, en que fue posible una negociación supraempresa”.*⁹⁰

Por su parte, el profesor José Luis Ugarte ha señalado que para avanzar en la regulación de los derechos colectivos de esta categoría de trabajadores sería necesario ir más allá y realizar una modificación más amplia al Plan Laboral, lo cual incluiría, a su juicio, *“la posibilidad de que la negociación obligatoria sea fuera del marco de la empresa y permitiendo la negociación, abiertamente entre los trabajadores contratistas y la empresa principal”.*⁹¹

Para el profesor Sergio Gamonal, la solución consiste en dar más libertad a los actores para determinar el nivel o ámbito de la negociación colectiva y, por consiguiente, del derecho a huelga. En ese sentido, el autor ha señalado que: *“la liberalización del derecho de huelga y que, en este contexto “ambas partes” decidan el nivel de negociación. Debemos recordar que esta liberalización no producirá un caos o huelga*

⁹⁰ Entrevista en AYLWIN, Luis y otros. *Ibíd.*, pgs. 333-334

⁹¹ Entrevista en AYLWIN, Luis y otros. *Ibíd.*, pg. 342

generalizada, ya que la conflictividad en nuestro país es baja y los trabajadores al recurrir a la huelga asumen un alto costo que impide que las huelgas sean una práctica recurrente. Además, este esquema ha demostrado su eficacia en muchos países, de hecho, en los más prósperos del planeta, algunos de los cuales han desarrollado la negociación por área y otros por empresa. En todo caso, el nivel negociador ha sido decidido libremente por los actores sociales, a veces inducido por la ley, pero nunca determinado directamente por la misma como en nuestro sistema.”⁹²

Por último, desde una óptica ligada al derecho internacional, el profesor Eduardo Caamaño propone que tanto los derechos de sindicalización como negociación colectiva incluyan a las formas atípicas de empleo, donde sitúa a los trabajadores subcontratados y suministrados. En ese sentido, señala que: *“urge determinar nuevas formas de asociatividad sindical en el ámbito interempresa y de negociación que incluyan también a los trabajadores que comienzan a ser marginados de la*

⁹² GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo del Trabajo. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011. p. 261

*tutela específica del Derecho Colectivo del Trabajo por causa del crecimiento explosivo de formas atípicas de empleo. Así lo reconoce expresamente el Convenio N° 181 de la OIT, aún no ratificado por Chile, sobre las agencias de empleo privadas al disponer en su artículo 4 que: "Se adoptarán medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas que prestan los servicios a los que se hace referencia en el artículo 1 no se vean privados del derecho de libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva."*⁹³

Concepto legal de Empresa

El artículo 3° del Código del Trabajo define el concepto legal de empresa, según el cual se entiende por empresa: *“toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”*.

⁹³ CAAMAÑO, Eduardo. La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios. Ius et Praxis [Online]. 2007, vol. 13, n° 2, p. 157-194. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200008&script=sci_arttext

En relación al objeto de estudio de este trabajo, Pereira propone avanzar “*en la modificación del concepto de empresa, por la importancia que tiene precisamente para efectos de negociación colectiva, ya que permitiría negociar conjuntamente no sólo a los trabajadores subcontratados y suministrados con los de planta, sino también a todos los trabajadores pertenecientes a un mismo holding*”.⁹⁴

Propuestas específicas trabajadores suministrados.

En relación a la sindicalización de los trabajadores suministrados, el profesor José Luis Ugarte propone lo siguiente: “*una fórmula interesante a explorar sería atribuir al sindicato de la empresa usuaria cuando exista la representación sindical de estos trabajadores, si ellos se lo solicitan, y en todas aquellas materias referidas a condiciones comunes de trabajo que afecten a este tipo de trabajadores, aunque sin incluir la negociación colectiva con la usuaria, ya que en el esquema legal vigente, dicho derecho siempre debería ejercerse ante el empleador, esto es, ante la empresa de*

⁹⁴ Entrevista en: AYLWIN, Luis y otros. Op. Cit., pgs. 332-333

servicios transitorios”⁹⁵. Según esta propuesta, el trabajador podría ser representado por el sindicato de la empresa usuaria, pero estaría imposibilitado de negociar colectivamente con la misma, pues nuestra legislación sólo permite negociar colectivamente con el empleador, en este caso la Empresa de Servicios Transitorios.

III.- DOCUMENTOS

- Informe final. Hacia un Chile más justo: Trabajo, salario, competitividad y equidad social. Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad.

El informe del Consejo Asesor Presidencial “Trabajo y Equidad” convocado bajo el gobierno de Michelle Bachelet durante agosto del año 2007, señaló como uno de sus cuatro objetivos concordados por sus

⁹⁵ UGARTE, José. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007. Pg. 114

consejeros el “*promover la negociación colectiva y los derechos de los trabajadores*”.⁹⁶

Durante la discusión no hubo consenso respecto de los diagnósticos y propuestas en relación a la negociación colectiva, tal como se señala en el informe: “*Los consejeros no llegaron a acuerdo en temas muy relevantes relacionados con la titularidad sindical en la negociación colectiva, el reemplazo de trabajadores en huelga, los niveles en los que se debe dar la negociación colectiva y en la inclusión obligatoria en la negociación colectiva de materias que superen el ámbito de la empresa y que sobrepasen la facultad del empleador de organizar y administrar la empresa*”.⁹⁷

No obstante lo anterior, el informe final del Consejo Asesor consigna los debates y distintas posturas respecto de los diferentes temas. Así, respecto de la negociación colectiva, específicamente frente a las

⁹⁶ Informe final. Hacia un Chile más justo: Trabajo, salario, competitividad y equidad social. Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad. Pg. 116. [en línea] <disponible en http://www.oei.es/pdfs/ETP_Informe_Final_chile.pdf> [consulta: 8 de agosto de 2013]

⁹⁷ *Ibíd.*, pg. 132.

dificultades que representa la definición legal del concepto de empresa y otros mecanismos orientados a dividir las empresas, existieron dos posturas: *“Un grupo de consejeros concuerda en que es necesario implementar otros mecanismos para evitar el fraude de la división artificial de empresas con el fin de impedir la negociación colectiva. Pero otro grupo de consejeros estima que la legislación actual dispone de los mecanismos adecuados para enfrentar este problema”*.⁹⁸

Además de lo anterior, otro de los temas discutidos al interior del Consejo Asesor fueron los niveles de la negociación colectiva.⁹⁹ Durante las sesiones del Consejo Asesor, un grupo de consejeros señaló que la negociación debe mantenerse tal y como está regulada en la actualidad, esto es, en el ámbito de la empresa, pero permitiéndose un nivel más amplio sólo en caso de acuerdo voluntario entre las partes¹⁰⁰. Un segundo grupo de consejeros propuso ampliar los niveles de negociación colectiva sin que necesariamente desaparezcan los niveles que actualmente existen,

⁹⁸ *Ibíd.*, pg. 133.

⁹⁹ *Ibíd.*, pg. 144

¹⁰⁰ *Ibíd.*, pg. 144.

consagrando un régimen donde coexistan varios niveles de la negociación colectiva¹⁰¹. Este segundo grupo de consejeros realizó la siguiente propuesta: *“Frente a esta dificultad, esencialmente derivada de las particularidades de la organización productiva, y en ciertos casos agravada por la falta de una cultura de tolerancia y valoración del factor sindical, consideran conveniente ampliar y profundizar la capacidad y funciones de los sindicatos interempresas. Esta alternativa contribuiría a desdramatizar aquellas situaciones en las que la fragmentación empresarial impide o limita las posibilidades de negociación tradicional, así como aquellas en que la coexistencia física y el ejercicio de funciones análogas de trabajadores de pequeñas empresas efectivamente diversas hace recomendable su representación por esta clase de organizaciones sindicales”*.¹⁰²

Esta última propuesta, si bien no habla explícitamente de la negociación colectiva en el caso de los trabajadores subcontratados ni suministrados, a nuestro juicio constituiría un avance al otorgarle a esta

¹⁰¹ *Ibíd.*, pg. 145.

¹⁰² *Ibíd.*, pg. 147.

categoría de trabajadores negociar colectivamente con la empresa principal, en el caso de los subcontratados y con la empresa usuaria, en el caso de los suministrados pues, como hemos señalado, son ellas las que generalmente tienen los recursos económicos y materiales para decidir sobre las condiciones laborales de esta categoría de trabajadores.

Un grupo de consejeros propuso reformar el Código del Trabajo: *“estableciendo un sistema de negociación colectiva que opere tanto en niveles centralizados como descentralizados, con las correspondientes medidas de articulación coordinadora. Con la reforma, además, se deberá asegurar que todos los trabajadores tengan acceso a la negociación colectiva”*¹⁰³. Además propusieron *“establecer un sistema de negociación colectiva interempresa, con carácter obligatorio, el que permita fijar las condiciones generales de trabajo y remuneraciones, a través de convenios o contratos colectivos que podrán suscribir un sindicato interempresa y un empleador o grupo de empleadores. Para que la obligación de negociar colectivamente sea exigible, se requiere que la empresa tenga más de un*

¹⁰³ *Ibíd.*, pg. 148.

año de funcionamiento, con excepción de aquellas que sean continuadoras de una unidad productiva anterior.”¹⁰⁴

Por último, un grupo de consejeros propuso: *“reformar el Código del Trabajo estableciendo la titularidad de la representación de los trabajadores que así lo deseen al correspondiente sindicato interempresas, el que llevará a cabo los procesos de negociación en el marco de la respectiva empresa, sin sujeción, como hasta ahora, a la voluntad del empleador, es decir, que una vez presentado el proyecto por el sindicato interempresa, el empleador deberá responderlo y negociar colectivamente”*.¹⁰⁵

- “Hacia una nueva institucionalidad laboral”, Universidad Adolfo Ibáñez.

El documento de la Universidad Adolfo Ibáñez denominado *“Hacia una nueva institucionalidad laboral”*, realizado por los académicos

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pg. 148.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pg. 148.

Marcelo Alborno, Francisco del Río, Andrea Repetto y Ricardo Solari, comparte uno de los diagnósticos esbozados hasta ahora: el problema que enfrentan los trabajadores a la hora de negociar colectivamente debido a la definición legal del concepto de empresa contenido en el artículo 3° del Código del Trabajo. En este documento se señala que hay que reformar la institucionalidad que define la empresa, pues hay trabajadores que debido a dicha definición se ven excluidos de negociar colectivamente.

Por otra parte, respecto del alcance de la negociación colectiva, el documento se propone ampliar la cobertura de la negociación colectiva más allá de los límites de los trabajadores a contrato indefinido, pero no se hace cargo de los subcontratados ni los suministrados. La propuesta dice así: *“De acuerdo a la ley, hoy sólo pueden negociar los trabajadores con contratos indefinidos, excluyendo de este grupo a quienes ejerzan cargos superiores de mando e inspección. Esta normativa limita la cobertura potencial de la negociación colectiva al no considerar a trabajadores que en los hechos mantienen relaciones laborales por periodos relativamente largos con el mismo empleador, pero que por la naturaleza de sus contratos quedan*

*excluidos. Por ello, proponemos permitir que trabajadores con contratos temporales (plazo fijo o por obra, faena o servicio determinado) de duración superior a seis meses también puedan participar de los procesos de negociación colectiva. Si el contrato de trabajo vence durante el proceso de negociación, el trabajador pierde el fuero”.*¹⁰⁶

**- Manifiesto Laboral. Por un nuevo modelo de Relaciones Laborales.
Fundación Sol.**

Otro de los documentos estudiados fue el “*Manifiesto Laboral. Por un nuevo modelo de Relaciones Laborales*” elaborado por la Fundación Sol. En él se señala una de las razones por las cuales el sindicalismo estaría tan disminuido en nuestro país, asegurando que esto se debe a que nuestra legislación laboral “*circunscribe su ámbito de acción principalmente a la empresa. Si bien la ley no prohíbe la negociación interempresas, ésta sólo se puede llevar a cabo si hay venia del empleador, con lo que se discrimina*

¹⁰⁶ ALBORNOZ, Marcelo et al. Hacia una nueva institucionalidad laboral, Universidad Adolfo Ibáñez. Agosto 2011. pg 26

*a los otros tipos de sindicato (interempresa y de trabajadores temporales) que deben esperar la voluntad del empleador para negociar”.*¹⁰⁷

Este diagnóstico se complementa de la siguiente manera: *“La escasa cobertura se vincula con un esquema de negociación colectiva cuyo nivel radica exclusivamente en la empresa. En un contexto donde predominan las empresas de menor tamaño, termina ocurriendo que una gran cantidad de trabajadores y trabajadoras vean dificultada su posibilidad de negociar colectivamente. Asimismo, según estudios comparados sobre los impactos económicos de la estructura de la negociación colectiva, se ha llegado a concluir que el esquema chileno es el que menores posibilidades tiene para mejorar la desigualdad en la distribución de los ingresos”.*¹⁰⁸

Fruto de ese diagnóstico, la Fundación Sol propone que *“Debe reconocerse a todos los trabajadores el derecho a negociar colectivamente, sin que sea un motivo de exclusión el sector en el que labore (público o*

¹⁰⁷ Manifiesto Laboral. Por un nuevo modelo de Relaciones Laborales. Fundación Sol, Abril 2013. pg. 3 [en línea] <disponible en <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2013/05/Manifiesto-por-un-Nuevo-Modelo-de-Relaciones-Laborales.pdf>> [consulta: 10 de agosto de 2013]

¹⁰⁸ *Ibíd.*, pg. 3

*privado), la antigüedad del trabajador en la empresa, el tipo de contrato, o el nivel de su organización (rama, multigremial, etc.). Se plantea además, la necesidad de un marco de procedimiento para el sector público, al verse involucrado el presupuesto de la Nación, y también para los servicios esenciales”.*¹⁰⁹

Por último en cuanto al nivel en que debe operar la negociación colectiva, la Fundación Sol señala que: *“Los actores laborales son libres para decidir el nivel en que van a llevar a cabo la negociación. De todas formas, el modelo general de negociación colectiva debería apuntar a que los diversos niveles se articulen. De esta manera, en los niveles inferiores de negociación (empresa) se tomará como base los acuerdos alcanzados en los niveles superiores”.*¹¹⁰

¹⁰⁹ *Ibíd.*, pg. 7

¹¹⁰ *Ibíd.*, pgs. 7 y 8

IV.- PROPUESTAS EN EL DEBATE LEGISLATIVO

Durante el debate legislativo de la ley 20.123 surgieron algunas propuestas encaminadas a regular los derecho colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados. A continuación se transcriben los artículos propuestos y las principales discusiones que originaron a partir de los mismos.

SINDICALIZACION

En relación a la sindicalización, los senadores Ruiz de Giorgio y Parra propusieron el siguiente artículo, durante la primera discusión en la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado: *"Artículo 152 AC.- Los trabajadores de servicios temporarios podrán requerir a las organizaciones sindicales que existan en la usuaria en la cual presten sus servicios la presentación de reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral. Dichas organizaciones podrán*

*realizar reclamaciones en favor de los trabajadores transitorios ante la usuaria”.*¹¹¹

La norma propuesta pretendía hacerse cargo de la situación laboral de estos trabajadores al relacionarse con la empresa usuaria, la cual no reviste la calidad de empleador, calidad que queda radicada en la Empresa de Servicios Transitorios¹¹². Además, debemos recordar que en nuestro país el derecho de sindicalización se desarrolla centralmente a nivel de empresa¹¹³. Esta norma se funda en la advertencia de que en el eventual caso de que el trabajador suministrado se encuentre sindicalizado al nivel del empresa, este sindicato estará formado por trabajadores de la Empresa de Servicios Transitorios, motivo por el cual difícilmente el sindicato al cual pertenezca podrá representar los intereses del trabajador ante la Empresa Usuaria, lugar donde ejerce sus labores.

¹¹¹ BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley N°20.123. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. pg. 170

¹¹² Ver Capítulo II.

¹¹³ Ver Capítulo I

Si bien esta norma está por debajo de estándares internacionales, fue rechazada inmediatamente.

El senador Sergio Fernández votó en contra del artículo propuesto argumentando que: *“las organizaciones sindicales del caso representan a trabajadores de la usuaria y tienen funciones bien definidas”*¹¹⁴. En sentido contrario argumentó el Senador Parra, defendiendo la norma porque en su opinión *“persigue mejorar la protección del trabajador de servicios temporarios frente a quien verdaderamente utiliza sus servicios, que es la usuaria”*.¹¹⁵

En dicho debate el Ejecutivo mantuvo una tibia posición, limitándose el Ministro del Trabajo y Previsión Social, don Ricardo Solari, a señalar que la norma sería bastante polémica dependiendo de la interpretación que se haga de ella.¹¹⁶

¹¹⁴ BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley N°20.123. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. pg. 170

¹¹⁵ *Ibíd.*, pg. 170

¹¹⁶ *Ibíd.*, pg. 170

Debido a la ausencia del senador Jorge Lavandero, la votación terminó en empate. Votaron en contra de ella los senadores Canessa y Fernández y a favor los senadores Ruiz de Giorgio y Parra. Debido al empate se repitió la votación y, al mantenerse el empate, su definición quedó para la siguiente sesión. En dicha sesión se sumó a los votos a favor el senador Lavandero, con lo cual se aprobó la indicación.

Posteriormente, los senadores Parra y Ruiz de Giorgio presentaron una nueva indicación para incorporar al proyecto el siguiente artículo:

"Artículo 4º.- Agrégase al artículo 214 del Código del Trabajo, el siguiente inciso final, nuevo:

El trabajador de servicios temporarios podrá afiliarse, durante sus servicios en una empresa usuaria, a una organización sindical existente en la misma, en la forma y las condiciones que los estatutos sindicales determinen. En el evento que el trabajador estuviere afiliado a otra organización sindical en razón de su empleo en una empresa de servicios

temporarios, su afiliación al sindicato de la empresa usuaria no acarreará la desafiliación de aquélla. El fuero que eventualmente lo amparare por su participación en la organización sindical, se limitará a la vigencia del respectivo contrato de puesta a disposición, sin que se requiera solicitar su desafuero al término del mismo”.

En resumen, la norma propuesta permitía al trabajador suministrado:

- 1) Afiliarse al sindicato existente en la Empresa Usuaria;
- 2) Mantener su afiliación al sindicato de la empresa de Servicios Transitorios pese a afiliarse al sindicato de la Empresa Usuaria; y
- 3) Mantener el fuero sindical durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.

El senador Fernández se opuso categóricamente a la indicación, pues a su juicio esta se basaba en la confusión de la calidad de empleador, reafirmando en su argumento que la calidad de empleador corresponde siempre a la Empresa de Servicios Transitorios y no a la Empresa Usuaria. En ese sentido, el senador argumentó que: *“No debiera proceder la afiliación de un trabajador de servicios temporarios a una organización*

sindical existente en la usuaria, ya que ésta no es su empleador, razón por la cual la indicación es inconveniente”¹¹⁷. Dicho argumento fue respaldado por el senador Canessa.

Como respuesta a dicho argumento, el senador Ruiz de Giorgio explicó que el problema radica en que Chile no cuenta con una adecuada regulación de la negociación colectiva interempresas y, en consecuencia *“existirán muchos trabajadores que no podrán organizarse y, menos, negociar colectivamente*”¹¹⁸, señalando, por último, que la indicación propuesta por él, junto al senador Parra, buscaba solucionar esta situación.

En representación del Ejecutivo, el Subsecretario del Trabajo, respaldó el argumento de los senadores Fernández y Parra al hacer presente que el gobierno, en materia de sindicalización *“está por la aplicación de las*

¹¹⁷ *Ibíd.*, pg. 183

¹¹⁸ *Ibíd.*, pg. 183

leyes generales”¹¹⁹, señalando además que “*la indicación no va en la línea seguida por nuestra legislación*”.¹²⁰

Por su parte, para argumentar en contra de la norma propuesta, el senador Parra¹²¹ sacó a colación el artículo 19 N° 19 de la CPR¹²². Según la argumentación del senador, este precepto contempla como garantía constitucional el derecho a la sindicación y consagra la autonomía sindical. En base a ello señaló que “*no podría forzarse a un sindicato que exista en la usuaria a aceptar la afiliación de los trabajadores de una empresa de servicios temporarios*”¹²³. En conclusión, según su argumento, una norma como la propuesta atentaría contra la autonomía sindical y, por ende, para

¹¹⁹ *Ibíd.*, pg. 183

¹²⁰ *Ibíd.*, pg. 183

¹²¹ Nota del autor: Al parecer existe un error de transcripción en la historia de la ley, pues el senador Parra fue uno de los que propuso la indicación que aquí se critica. Sin embargo, se decidió señalar el apellido que aparece en dicha cita, acompañando la prevención en esta nota al pie de página.

¹²² El artículo consagra “*El derecho a sindicarse en los casos y formas que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.*”

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas”

¹²³ *Ibíd.*, pg. 183

ser aprobada, debería referirse al derecho del trabajador para solicitar la afiliación al sindicato existente en la empresa usuaria y a la facultad de éste último para aceptarla o rechazarla.¹²⁴

Producto de este debate, los senadores autores de la indicación procedieron a retirarla, con el propósito de reformularla más adelante.

Posteriormente, la Comisión de Trabajo y Previsión Social aprobó el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, con algunas modificaciones. En lo que respecta al presente estudio, se aprobó el siguiente artículo:

“Artículo 152-AA.- Los trabajadores de servicios temporarios podrán requerir a las organizaciones sindicales, que existan en la usuaria en la cual presten sus servicios, la presentación de reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral. Dichas

¹²⁴ *Ibíd.*, pg. 183

*organizaciones podrán realizar reclamaciones en favor de los trabajadores temporarios ante la usuaria”.*¹²⁵

Este artículo es idéntico al mencionado más arriba, 152 AC.

Posteriormente, en el Senado, se discutieron las indicaciones hechas al proyecto durante la discusión general del proyecto de ley. El 03 de noviembre de 2003 el senador Ruiz de Giorgio propuso agregar al artículo 214 del Código del Trabajo el siguiente inciso final, nuevo: *“El trabajador de servicios temporarios podrá afiliarse, durante sus servicios en una empresa usuaria, a una organización sindical existente en la misma, en la forma y las condiciones que los estatutos sindicales determinen. En el evento que el trabajador estuviere afiliado a otra organización sindical en razón de su empleo en una empresa de servicios temporarios, su afiliación al sindicato de la empresa usuaria no acarreará la desafiliación de aquélla. El fuero que eventualmente lo amparare por su participación en la organización sindical, se limitará a la vigencia del respectivo contrato de*

¹²⁵ *Ibíd.*, pg. 197

puesta a disposición, sin que se requiera solicitar su desafuero al término del mismo”.

Esta indicación es exactamente la misma que la propuesta anteriormente por el mismo senador, la cual fue retirada luego del debate que recayó en torno a ella.

Segundo Informe de la Comisión de Trabajo

El 29 de enero de 2004 se entregó el segundo informe de la Comisión del Trabajo y Seguridad Social.

Durante la discusión de la comisión, los senadores Boeninger, Canessa, Fernández y Romero presentaron indicaciones (120, 121, 122 y 123) con el objetivo de suprimir el artículo 152 AA del proyecto de ley, que preceptuaba lo que se señala a continuación:

“Artículo 152 AA: Preceptúa que los trabajadores de servicios temporarios podrán requerir a las organizaciones sindicales, que existan en la usuaria en la cual presten sus servicios, la presentación de reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral. Dichas organizaciones podrán realizar reclamaciones en favor de los trabajadores temporarios ante la usuaria”

Dichas indicaciones se rechazaron por tres votos en contra y dos a favor. Votaron por desecharlas los Honorables Senadores señores Lavandero, Parra y Ruiz De Giorgio, y por aprobarlas, los senadores Canessa y Fernández.¹²⁶

Posteriormente, se abrió el debate en relación a la indicación número 130, presentada por el Senador Ruiz de Giorgio para agregar al proyecto un ARTÍCULO 3º, nuevo, del siguiente tenor:

¹²⁶ BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley N°20.123. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. pg. 285

“ARTÍCULO 3°.- Agrégase al artículo 214 del Código del Trabajo el siguiente inciso final:

“El trabajador de servicios temporarios podrá afiliarse, durante sus servicios en una empresa usuaria, a una organización sindical existente en la misma, en la forma y las condiciones que los estatutos sindicales determinen. En el evento que el trabajador estuviere afiliado a otra organización sindical en razón de su empleo en una empresa de servicios temporarios, su afiliación al sindicato de la empresa usuaria no acarreará la desafiliación de aquélla. El fuero que eventualmente lo amparare por su participación en la organización sindical, se limitará a la vigencia del respectivo contrato de puesta a disposición, sin que se requiera solicitar su desafuero al término del mismo.”.

Al momento de discutir la indicación, el asesor del Ministro del Trabajo y Previsión Social defendió la idea de no regular en específico los derechos de sindicalización de los trabajadores suministrados, señalando lo siguiente: *“la idea del Ejecutivo es que los trabajadores de servicios*

temporarios estén sujetos, sin discriminación alguna, a todas las normas generales que rigen la organización sindical y, si bien en esta nueva figura contractual se dan diversas particularidades, no se advierten motivos suficientes para establecer un quiebre fundamental en la estructura sindicato-empresa como el que se propone en esta indicación.”¹²⁷ A continuación señaló que, a juicio del ejecutivo el mecanismo más expedito para la organización de los trabajadores de servicios temporarios es que se organicen sindicalmente a través de las normas que establece el Código del Trabajo.¹²⁸

Ante dicho argumento, el senador Ruiz de Giorgio respondió que, a decir verdad, es el proyecto de ley (y no la indicación propuesta por el) el que rompe con el ordenamiento del Código del Trabajo, pues el trabajador “*realmente prestará sus servicios a un tercero y no a su empleador, por eso es razonable que se le dé alguna expectativa de organización*”. Según el argumento del senador, estos trabajadores “*tendrán muy pocas posibilidades de organizarse y, evidentemente, no podrán negociar*

¹²⁷ *Ibíd.*, pg. 290

¹²⁸ *Ibíd.*, pg. 290

*colectivamente. Por ello, la fórmula para defender sus derechos sólo se dará a través de la afiliación a algún sindicato de la usuaria, siempre que este último lo permita en sus estatutos*¹²⁹. A continuación, señaló que, de aprobarse tal indicación y, en consecuencia, si se les otorgara a los trabajadores suministrados la posibilidad de organizarse sindicalmente y negociar colectivamente, se equipararía la situación de los trabajadores suministrados a la de los trabajadores a plazo fijo, pues estos últimos sí pueden afiliarse al sindicato de la empresa que lo contrata y negociar colectivamente con el empleador, pese a que la extensión de su vínculo laboral con el empleador es de carácter “temporal”.

A continuación, el Ministro del Trabajo y Previsión Social se opuso a la indicación argumentando que esta implicaría una serie de objeciones y dificultades, aduciendo que los intereses de los trabajadores suministrados no siempre serán incompatibles con los intereses de los trabajadores permanentes de la empresa usuaria¹³⁰. Además, señaló que la idea del gobierno era que los trabajadores suministrados negocien colectivamente

¹²⁹ *Ibíd.*, pgs. 290-291

¹³⁰ *Ibíd.*, pg. 291

con su empleador, reafirmando su decisión de aplicar las reglas generales a los derechos de sindicación de los trabajadores suministrados. El Ministro señaló a continuación que la idea del Ejecutivo es *“que los trabajadores de servicios temporarios tengan capacidad de negociación con su empleador, esto es, con la empresa de servicios temporarios, y la indicación no contribuye a ese fin, e incluso, puede debilitarlo”*¹³¹.

Finalmente, la indicación 130 fue aprobada con los votos a favor de los senadores Lavandero, Parra y Ruiz De Giorgio; y los votos en contra de los senadores Canessa y Fernández. Llama la atención que el voto en negativo del senador Fernández se basó en los mismos argumentos dados por el ejecutivo.

Por su parte, el argumento para votar a favor por parte del senador Lavandero consistió en que no es posible que los trabajadores temporarios no puedan opinar respecto a las condiciones laborales de la empresa usuaria, que es el lugar donde prestan sus servicios- considerando que la

¹³¹ *Ibíd.*, pg. 291

indicación *"es necesaria para facilitar la organización de los trabajadores"*¹³².

Por otra parte, respecto al artículo que regulaba la sindicalización para estos trabajadores, la norma quedó de la siguiente manera: *"Artículo 152-AA.- Los trabajadores de servicios temporarios podrán requerir a las organizaciones sindicales, que existan en la usuaria en la cual presten sus servicios, la presentación de reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral. Dichas organizaciones podrán realizar reclamaciones en favor de los trabajadores temporarios ante la usuaria"*

El proyecto de ley fue aprobado en general el 7 de octubre de 2003, retomándose la discusión en sala el 03 de marzo de 2004.

¹³² *Ibíd.*, pg. 291

Más adelante, los senadores Fernández, Canessa, Arancibia, Cariola, Coloma, Chadwick, Stange, Romero, Novoa y Larraín renovaron las indicaciones N°s. 121, 122 y 123, tendientes a suprimir el artículo 152 AA.

Una vez abierto este debate, el senador Boeninger señaló estar en desacuerdo con el artículo 152 AA, pues al permitir la posibilidad de que un trabajador pertenezca a un sindicato de una empresa de servicios transitorios y, simultáneamente, a un sindicato de la empresa usuaria generaría *“una situación bastante caótica en el manejo del Código Laboral”*¹³³.

A contrapelo, el senador Ruiz de Giorgio tomó la palabra para defender el artículo 152 AA. Para ello comenzó aclarando que el referido artículo dispone que *“los trabajadores de servicios temporarios podrán requerir a las organizaciones sindicales que existan en la usuaria donde prestan sus servicios la presentación de reclamaciones en relación con las*

¹³³ *Ibíd.*, pg. 413

condiciones de ejecución de su actividad laboral”¹³⁴, a lo que se suma la posibilidad de que los sindicatos hagan reclamaciones a favor de los trabajadores temporarios ante la usuaria.

El senador justificó el artículo en debate pues, sin él –a su juicio- las posibilidades de que los trabajadores de servicios temporarios se organicen sindicalmente son prácticamente nulas, pues se hace en extremo difícil la conformación de sindicatos por contratos de tan breve lapso de tiempo.¹³⁵

Para el senador Ruiz de Giorgio, la norma propuesta constituía un mínimo aceptable en un modelo “*en que no habrá organización sindical, donde no existirá posibilidad alguna de negociar colectivamente*”¹³⁶, razón por la cual –sostuvo el senador- se pide a través de la indicación que los trabajadores suministrados puedan acceder al sindicato establecido en la

¹³⁴ *Ibíd.*, pg. 414

¹³⁵ *Ibíd.*, pg. 414

¹³⁶ *Ibíd.*, pg. 414

empresa usuaria, para que los represente y defienda ante la empresa usuaria.¹³⁷

Ante dicha exposición, la respuesta del senador Fernández consistió en reforzar la idea de que los trabajadores suministrados están regidos por las reglas generales del Código del Trabajo y, por lo tanto: “*los trabajadores de servicios temporarios **pueden constituir sindicatos, y también, negociar colectivamente.** No está prohibido; es una posibilidad, y mientras más grandes sean las empresas, mayores posibilidades habrá para formar una organización de tal índole*”.¹³⁸

Según la argumentación del senador Fernández, los trabajadores suministrados cuentan con la posibilidad de constituir sindicatos en la empresa de servicios transitorios y negociar colectivamente con ella, en aplicación de las reglas generales de nuestra legislación laboral. Así, una vez finalizadas sus labores en la empresa usuaria –en palabras del senador Fernández- al volver a la empresa de servicios transitorios “*son*

¹³⁷ *Ibíd.*, pg. 414

¹³⁸ *Ibíd.*, pgs. 414-415

*perfectamente posibles la formación de sindicatos y la negociación colectiva”.*¹³⁹

En definitiva, según el senador Fernández la norma en debate debía ser eliminada, pues no resultaría precedente que los trabajadores suministrados “*sean representados por sindicatos de otra empresa y a los cuales no pertenecen. Si así no fuera, estaríamos dando a un sindicato facultades completamente distintas de las normales de esas organizaciones laborales*”¹⁴⁰, a lo cual agregó que estos dirigentes sindicales no habían sido elegidos por el trabajador suministrado.

Finalmente, luego de concluido el debate, en votación a mano alzada se aprobaron las indicaciones renovadas N°s. 117, 118 y 119, y, por tanto, quedó suprimido el artículo 152-AA, con 22 votos a favor y 9 en contra.¹⁴¹

NEGOCIACIÓN COLECTIVA

¹³⁹ *Ibíd.*, pgs. 414-415

¹⁴⁰ *Ibíd.*, pgs. 414-415

¹⁴¹ *Ibíd.*, pg. 415

Respecto a la negociación colectiva, podemos señalar la indicación 131, presentada por el senador Ruiz de Giorgio y que proponía regular la negociación colectiva para los trabajadores suministrados de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 4º.- Agréganse a continuación del artículo 343 del Código del Trabajo, los siguientes artículos 343 A y 343 B, nuevos...”

*Artículo 343 A.- El sindicato que agrupe a trabajadores de servicios temporarios de distintas empresas o que no se encuentren prestando servicios tendrá la facultad de proponer a empresas de servicios temporarios **negociar colectivamente** en conjunto con otros empleadores.*

*Las empresas de servicios temporarios a las cuales les haya sido propuesta una negociación colectiva conjunta con otros **empleadores** tendrán la facultad de optar si negocian de ese modo o lo hacen **individualmente** sólo por su empresa.*

Dicha opción deberán comunicarla al sindicato dentro del plazo de 15 días desde la recepción de la respectiva propuesta.

En el caso de que la empresa comunique su opción de no negociar conjuntamente o que haya vencido el plazo señalado en el inciso precedente sin que haya realizado dicha comunicación, los trabajadores de la empresa afiliados al sindicato interempresa podrán presentar proyectos de contrato colectivo, conforme a las reglas generales del Libro IV. En este caso, los trabajadores serán representados por el sindicato interempresa.

Si el empleador opta por negociar conjuntamente con otras empresas, la presentación y tramitación del proyecto de convenio colectivo se ajustará a lo preceptuado en los artículos 335 a 343. Sin embargo, el proyecto de contrato colectivo deberá ser presentado dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo señalado en el inciso segundo”

“Artículo 343 B.- Se podrán convenir en la negociación a que se refiere el artículo anterior, normas comunes de trabajo y remuneraciones incluyéndose especialmente entre aquéllas, las relativas a remuneraciones mínimas que regirán para los trabajadores afiliados al sindicato, a prevención de riesgos, higiene y seguridad; distribución de la jornada de trabajo; normas sobre alimentación, traslado, habitación y salas cunas.

Podrá también, si lo acordaren las partes, pactarse la contratación futura de un número o porcentaje de los trabajadores involucrados en la negociación.”¹⁴²

La indicación fue declarada inadmisibile por el Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, senador Parra, fundamentando su decisión en lo dispuesto en el artículo 62, inciso cuarto, N° 5°, de la Constitución Política.¹⁴³

¹⁴² *Ibíd.*, pgs. 247 y 248.

¹⁴³ *Ibíd.*, pgs. 293

V.- CONCLUSIONES

Al revisar la literatura nacional disponible podemos llegar a dos conclusiones: En primer lugar, la mayoría de quienes abordan el problema de los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados se limitan a señalar dicha problemática como punto pendiente de la ley 20.123, sin avanzar en la elaboración de propuestas para arribar a la solución de dicho aspecto pendiente. Podemos señalar, entonces, que si bien existe consenso sobre la necesidad de avanzar en la materia, son pocas las propuestas y soluciones que existen sobre la mesa, tanto a nivel doctrinario como político. Sin embargo, puede apreciarse una discusión más general sobre la sindicalización, negociación colectiva y huelga, desde donde pueden recogerse propuestas y soluciones aplicables a la situación de la categoría de trabajadores objeto de estudio en el presente trabajo.

En segundo lugar, podemos señalar que los principales aspectos a resolver según la literatura revisada son, por una parte, los obstáculos que se presentan a los trabajadores subcontratados y suministrados a la hora ejercer

sus derechos de sindicalización, huelga y negociación colectiva producto de la definición legal del concepto de empresa incluido en el artículo 3° del Código del Trabajo. Por otra parte, existe consenso en que otro elemento que dificulta el ejercicio de la negociación colectiva y la huelga para los trabajadores subcontratados y suministrados dice relación con la restricción de la negociación colectiva al ámbito de la empresa, lo que en los hechos impide una efectiva negociación colectiva para esta categoría de trabajadores.

Dentro de las principales propuestas podemos destacar las siguientes:

- Modificar la legislación para hacerla coherente con el Convenio 181 de la OIT, a pesar de no haber sido ratificado por Chile hasta la fecha.

- Fomentar la negociación colectiva interempresa: Sobre las vías para concertarla no hay consenso. Sin embargo, a juicio de las fuentes revisadas, esto derivaría en que los trabajadores subcontratados y suministrados podrían aumentar su peso relativo a la hora de negociar colectivamente.

- En relación a la sindicalización en el caso de los trabajadores subcontratados, se propone que estos puedan solicitar al sindicato existente en la empresa usuaria que represente sus intereses ante el empleador del lugar en que prestan los servicios.

- Respecto a la negociación colectiva para los trabajadores suministrados, se debate si deben ser incluidos en la negociación colectiva con la empresa usuaria o si al ampliar los límites de la negociación colectiva más allá de la empresa, se les dará la posibilidad de negociar con varias empresas de servicios transitorios.

CONCLUSIONES GENERALES

A través del presente estudio se buscó hacer un análisis de la situación de los trabajadores subcontractados y suministrados en relación a la regulación legal y al ejercicio de sus derechos colectivos de sindicalización, negociación colectiva y huelga.

A lo largo de la investigación hemos corroborado nuestra hipótesis de trabajo, esto es, que la ausencia de una regulación específica de los derechos colectivos de los trabajadores subcontractados y suministrados deriva en la imposibilidad de que puedan ejercer efectivamente dichos derechos. Esto se traduce, a nuestro juicio, en una escasa libertad sindical.

Durante el desarrollo de la investigación pudimos observar el avance que significó la ley 20.123, en relación a la protección de los derechos individuales de los trabajadores subcontractados y suministrados pero, a su vez, su insuficiencia en relación a la regulación y protección en el ejercicio de los derechos colectivos de esta categoría de trabajadores. Como pudimos

observar, las relaciones triangulares de trabajo, expresadas en la subcontratación y el suministro de trabajadores, se caracterizan por la desigualdad de hecho existente entre los trabajadores subcontratados o suministrados respecto de los trabajadores de planta; o de la empresa principal o usuaria, según sea el caso.

A partir de dicha desigualdad se derivan distintos problemas no resueltos hasta la fecha por nuestra legislación, uno de los cuales es la ausencia de regulación de los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados, que podemos sistematizar de la siguiente manera:

a.- Respecto de los trabajadores subcontratados:

En materia de sindicalización, sólo pueden constituirlos al interior de la empresa contratista o subcontratista, pero no en la principal, por no ser esta última su empleador. Además, pueden formar sindicatos interempresas, pero sin negociación colectiva obligatoria ni derecho a huelga.

En materia de negociación colectiva, sólo pueden realizarla con la empresa contratista o subcontratista, no con la principal, que son quienes generalmente manejan las condiciones laborales y recursos económicos. Sin embargo, con la empresa principal podría negociarse a través de un sindicato interempresa o a partir de sindicatos que se unan para negociar colectivamente. Sin embargo, estas posibilidades solo son formales, pues no hay negociación colectiva obligatoria ni posibilidad de huelga.

b.- Respecto de los trabajadores suministrados:

El principal problema deriva del hecho de que no pueden ejercer sus derechos colectivos en su lugar de trabajo, esto es, en la empresa usuaria, sino sólo respecto de su empleador, es decir, la Empresa de Servicios Transitorios.

Respecto a la sindicalización, pueden hacerlo en la Empresa de Servicios Transitorios, pero no en la empresa usuaria, al no ser esta última

el empleador del trabajador. Además, tampoco pueden constituir sindicatos en conjunto con los trabajadores de la empresa usuaria.

En cuanto a la negociación colectiva y huelga, puede realizarse sólo con las Empresas de Servicios Transitorios, más no con la empresa usuaria, que es quien controla las condiciones cotidianas de trabajo del operario.

Todo lo anterior implica que la institucionalidad actual en la materia está muy por debajo de un estándar mínimo que asegure un efectivo ejercicio de estos derechos por esta categoría de trabajadores. Así las cosas, durante los últimos años ha podido observarse una creciente pugna de algunos grupos de trabajadores por acceder al ejercicio de estos derechos, a contrapelo de la legislación actual y de la voluntad de sus empleadores. Es el caso de las negociaciones colectivas de los subcontratistas de CODELCO y de Celulosa Arauco, ambas del año 2007. En ambos casos, los sindicatos de los trabajadores subcontratistas lograron negociar colectivamente con la empresa principal, no sin mediar un enorme costo para ambas partes de la negociación y cuotas de violencia inusitadas. Estas formas de negociación

atípica solo se explican por la ausencia de regulación de los derechos colectivos de trabajadores subcontratados y suministrados.

En cuanto a las propuestas sobre la materia, de la revisión de la literatura nacional podemos concluir que no existe mucha elaboración programática al respecto, aunque existe la constatación del problema y amplios consensos respecto de la insuficiencia de la legislación actual en relación a los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados y suministrados.

A partir de las propuestas recogidas en el capítulo IV de este trabajo, nos parece central que se legisle en nuestro país regulando específicamente los derechos de sindicalización, huelga y negociación colectiva de los trabajadores subcontratados y suministrados. En nuestra opinión, esto debería traducirse en las siguientes medidas concretas:

1.- Ratificación por Chile del Convenio 181 de la OIT.

Este Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, denominado “*Sobre las agencias de empleo privadas*” regula específicamente el trabajo en régimen de suministro, estableciendo en sus artículos 4° y 11° la obligatoriedad de los Estados que lo suscriben, en el sentido de asegurar para estos trabajadores la libertad sindical y los derechos de sindicalización y negociación colectiva.

En nuestra opinión, la ratificación de este convenio por parte de nuestro país sería un avance en la dirección de consagrar el derecho de los trabajadores suministrados a sindicalizarse y negociar colectivamente.

2.- Actualizar la legislación nacional para hacerla coherente con los Convenios 87 y 98 de la OIT, ya ratificados por Chile.

Ambos convenios, denominados “*Sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*” (Convenio 87) y “*Sobre el derecho*

de sindicación y negociación colectiva” (Convenio 98) se encuentran ratificados por Chile. Sin embargo, en nuestra opinión, la legislación no está al nivel de los estándares que esos convenios exigen, en relación con la libertad sindical, sindicalización, negociación colectiva y huelga.

De actualizarse nuestra legislación para hacerla coherente con dichos convenios, se verificarían más y mejores derechos para los trabajadores suministrados y subcontratados, además del resto de los trabajadores.

3.- Reformas a la Constitución en relación a los derechos fundamentales.

Nuestra Constitución no incluye explícitamente el derecho de huelga para los trabajadores, limitándose a señalar quienes “*no podrán declararse en huelga*” (art. 19 N°16 inciso final). Ante esto, proponemos que se modifique la redacción para establecer claramente que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a huelga.

4.- Reformas al Código del Trabajo

Por su parte, el Código del ramo debería modificarse de la siguiente manera, avanzando en la regulación específica de los derechos colectivos de esta categoría de trabajadores:

a.- En primer lugar, debe avanzarse hacia la **igualdad salarial entre trabajadores con las mismas funciones**, independiente de la categoría jurídica dentro de la cual pueda subsumirse su contrato de trabajo. Así las cosas, el trabajador subcontratado que cumpla las mismas labores que uno contratado por la empresa principal, debería recibir el mismo salario. De la misma manera, el trabajador suministrado debería recibir la misma remuneración que el trabajador contratado directamente por la empresa usuaria.

Esta medida permitiría desincentivar el mal uso de la subcontratación y el suministro de trabajadores como un elemento orientado a la

disminución de costos dentro de la empresa, y lo acotaría únicamente a las materias de verdadera necesidad.

b.- En segundo lugar, **debe permitirse a los trabajadores subcontratados negociar colectivamente en conjunto con los trabajadores de la empresa principal**, respecto de –al menos- ciertas condiciones mínimas de trabajo, para negociar con la empresa contratista los detalles y condiciones específicas de trabajo.

Esto permitiría acabar con la desigualdad de hecho existente entre las condiciones de trabajo de ambos tipos de trabajadores, estableciéndose condiciones mínimas para ambos grupos. Y, al mismo tiempo, permitiría a los trabajadores negociar con quien maneja los recursos económicos con que se paga su salario.

c.- A su vez, en nuestra opinión debe legislarse para **permitir a los trabajadores suministrados formar parte de los sindicatos constituidos por los trabajadores de la empresa usuaria.**

Esto quiere decir que los trabajadores suministrados pueden ingresar al sindicato con plenos derechos, esto es, con los mismos derechos que poseen los trabajadores contratados por la empresa usuaria.

5.- Otras reformas

Pese a las reformas propuestas recién señaladas, creemos que para resolver definitivamente el problema que plantea esta investigación, es importante avanzar más allá de medidas específicas en dirección a una nueva orientación del Derecho Colectivo del Trabajo en nuestro país. Estas medidas son las que a continuación se señalan:

a.- Avanzar hacia **una negociación colectiva que supere los límites de la empresa** como campo de acción, permitiendo la **obligatoriedad de negociar a nivel supraempresa**. Esta modificación legal implicaría, en primer término, pasar de entender la negociación colectiva como un problema entre cada empleador con sus trabajadores hacia una manera de redistribuir los recursos de la sociedad.

b.- Esta medida debe ir acompañada de la **consagración del derecho a huelga en el marco de la negociación colectiva**, a diferencia de lo que hoy ocurre con la negociación colectiva supraempresa.

c.- Además, debe legislarse para el **fortalecimiento de la autonomía sindical a través de mayor libertad para los actores involucrados** y no a través de una excesiva regulación que atrape a los actores en el cumplimiento de abundantes requisitos de forma, durante una negociación colectiva. Así, mayor libertad debería significar para los actores, esto es, trabajadores y empleadores, la capacidad para decidir respecto de las formalidades, contenido y nivel de cobertura de la negociación colectiva.

Por último, para concluir esta investigación, podemos señalar que uno de los desafíos que enfrenta nuestra institucionalidad laboral es el fortalecimiento de los derechos colectivos de los trabajadores para avanzar en más y mayor libertad sindical. En ese camino, la inclusión de los trabajadores subcontractados y suministrados –categorías de trabajadores cada vez más comunes en nuestro país- a la hora de legislar, será

fundamental para impedir que sus derechos, pese a estar consagrados a nivel constitucional, no puedan ser ejercidos efectivamente por las particularidades de su condición.

Por último, es deseable, a nuestro juicio, una mayor atención por parte de la doctrina, parlamentarios y actores involucrados, respecto de esta problemática. Sólo así podrá avanzarse en una solución apropiada para estos trabajadores y la posibilidad de hacer valer sus derechos colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones según autor:

ALBORNOZ, Marcelo y otros. Subcontratación laboral y servicios transitorios. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis, 2007.

AYLWIN, Luis y otros. La subcontratación y el suministro de personal: repercusiones sobre el derecho colectivo del trabajo. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010.

ECHEVERRÍA, Magdalena. Condiciones de trabajo en sistema de subcontratación. Oficina Internacional de Trabajo, 1998.

ECHEVERRÍA, Magdalena. El otro trabajo: Suministro de personas. En: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Cuaderno de Investigación N° 7. Santiago, 2001.

ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. División de Estudios, Dirección del Trabajo, 2010.

ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la Subcontratación, y el relato de los trabajadores. Dirección del Trabajo. 2007.

ERMIDA, O. y CASTELLO, A., “Las empresas de trabajo temporal”, en varios autores, Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Ed. FCU, Montevideo, 2000

FIGUEROA, C. y SCHWENKE, E. “El suministro de trabajadores y las empresas de servicios temporarios”, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 2002, p. 216

GAMONAL, Sergio. En defensa del derecho colectivo del trabajo. En su: Trabajo y Derecho. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011.

GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo del Trabajo. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011.

GAMONAL, Sergio. Derecho colectivo e informalidad: El caso de la contratación atípica. En su: Trabajo y Derecho. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing, 2011.

HENRÍQUEZ, Elia y otros. Lejos del trabajo decente: El trabajo desprotegido en Chile. Cuaderno de Investigación N° 30. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Santiago, 2006.

HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la seguridad Social, Tomo II, Derecho Colectivo del Trabajo. 17° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007

LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2003.

LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007.

LÓPEZ, Diego. La ineficacia del derecho a negociar colectivamente en Chile. En: Negociación colectiva en Chile. La debilidad de un derecho imprescindible. Dirección del Trabajo, división de estudios, 2009.

MANCILLA, Pablo. La subcontratación en Chile, la externalización, outsourcing y trabajos transitorios: análisis legal y jurisprudencial. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2008.

PALAVECINO, Claudio. Subcontratación. Régimen Jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006.

SALINERO, Jorge y otros. Veinte años de afiliación sindical y negociación colectiva en Chile: Problemas y desafíos. Cuaderno de Investigación N° 29. Departamento de Investigación, Dirección del Trabajo. Santiago, 2006.

SARTHOU, Helios. Trabajo, Derecho y Sociedad, Tomo I, Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo, 1ª ed. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

SOTO, Alejandro. El Trabajo prestado en Régimen de Subcontratación y en Empresas de Servicios Transitorios a la luz de la Nueva Legislación Nacional. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006.

THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo, tomo II, Derecho individual del Trabajo, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 372.

THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo, Tomo II. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008

UGARTE, José Luis. Suministro de trabajadores y trabajo temporal ¿Empresas sin trabajadores?. Revista Laboral Chilena. Santiago, 1998.

UGARTE, José Luis. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007.

Publicaciones de internet:

ALBORNOZ, Marcelo et al. Hacia una nueva institucionalidad laboral, Universidad Adolfo Ibáñez. Agosto 2011. Disponible en:
http://www.uai.cl/images/sitio/facultades_carreras/esc_gobierno/documentos_de_trabajo/Propuestas_Laborales_UAI_Agosto_2011.pdf

BCN. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la ley N°20.123. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. Disponible en: www.bcn.cl

CAAMAÑO, Eduardo. La ley de subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios. Ius et Praxis [Online]. 2007, vol. 13, n° 2, p. 157-194. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200008&script=sci_arttext

CORPORACIÓN TIEMPO 2000. Subcontratación y Derechos Laborales: Aclaraciones Conceptuales a la Hora de Legislar. Informe 518. Disponible en: www.asuntospublicos.cl.

ECHEVERRÍA, Magdalena. Subcontratación de la producción y subcontratación del trabajo. Temas laborales n° 7 [Online]. Disponible en: http://www.dt.gob.cl/1601/articles-60338_Tema_Laboral_Subcontratac_de_la_producc_y_subcontratac_del_trabajo.pdf

GOMEZ, Karla. Subcontratación y Empresas de Servicios Transitorios. Disponible en: <http://www.trabajoyequidad.cl/documentos/temp/Subcontratacionlegal.pdf>.

CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL TRABAJO Y EQUIDAD. Informe final. Hacia un Chile más justo: Trabajo, salario, competitividad y equidad social. Disponible en: http://www.oei.es/pdfs/ETP_Informe_Final_chile.pdf>

FUNDACIÓN SOL. Manifiesto Laboral. Por un nuevo modelo de Relaciones Laborales. Abril 2013. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2013/05/Manifiesto-por-un-Nuevo-Modelo-de-Relaciones-Laborales.pdf>

SILVA, Consuelo. La subcontratación en Chile: Aproximación sectorial. Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad, 2007. Disponible en: <http://www.estudiosdeltrabajo.cl/wp-content/uploads/2008/11/la-subcontratacion-en-chile-cl-silva.pdf>

UGARTE, José Luis. Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. *Ius et Praxis*. [Online]. 2006, vol.12, no.1

Disponible en:

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100002&lng=es&nrm=iso>

VALENZUELA, Rodrigo. Regulación de la subcontratación y el suministro de trabajadores en Chile. Alcances y perspectivas para la construcción de las relaciones laborales. *Veredas*, revista de pensamiento sociológico [Online]. 2008, vol. 16, p. 129-152. Disponible en: http://148.206.107.15/biblioteca_digital/articulos/12-318-4967akf.pdf

Jurisprudencia:

Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, mayo 2002, tomo XCVIII, sección 3^a.

