

ESTUDIO

LA MODERNIZACIÓN LABORAL*

Rodrigo Alamos M.**

El siguiente trabajo representa quizá si el primer análisis sistemático y global de las principales reformas introducidas a la legislación laboral por el actual gobierno. Tales reformas tuvieron lugar entre los años 1979 y 1982 y tienen un alcance que desborda ampliamente el ámbito del análisis jurídico-legislativo. El propósito que fundamentalmente las animó fue compatibilizar el funcionamiento del mercado laboral con el esquema de una economía social de mercado y con un modelo libre de desarrollo. Entre otros temas, el trabajo profundiza en la naturaleza de la relación laboral, en las implicaciones que tienen las indemnizaciones por despido, en las características de la organización sindical según la nueva normativa y en las bases que ella establece para la negociación colectiva. Cada uno de estos temas ha sido escenario de controversias, pero está al margen de dudas que la modernización promovida en este plano por el actual régimen ha modificado aspectos sustantivos de la sociedad chilena. Al mismo tiempo, ha incorporado al debate sobre estos temas conceptos, relaciones y valores tradicionalmente excluidos del análisis de la institucionalidad laboral del país.

Capítulo 1

Introducción

El presente trabajo intenta hacer un análisis conceptual de la profunda modernización registrada en la legislación laboral chilena entre los años 1979 y 1982. Destaca en este período la reforma de cuatro cuerpos legales:

- * Este artículo constituye una versión revisada del Documento de Trabajo N° 75 editado por el Centro de Estudios Públicos en diciembre de 1986.
- ** Ingeniero Comercial, Universidad Católica de Chile; M. B. A. Universidad de Chicago; participó en la elaboración del Plan Laboral y las leyes 18.011, 18.018 y 18.032.

- a Las reformas al derecho colectivo del trabajo realizadas con la promulgación del DL 2.756, sobre Organización Sindical, y el DL 2.758, sobre negociación colectiva, ambos de 1979, denominados en su época el "Plan Laboral";¹
- b la ley 18.018, de 1981, que modificó numerosas disposiciones del DL 2.200, de 1978, referido a las relaciones individuales del trabajo;
- c las leyes 18.011 y 18.032, de 1981, que asimilan a los trabajadores embarcados y portuarios a las normas generales del DL 2.200, y
- d las normas sobre derechos laborales que quedaron establecidas en la Constitución de 1980.

Los cuerpos legales mencionados tienen la característica de ser coherentes entre sí y compatibles con un sistema de economía libre, social de mercado.

Las nuevas disposiciones reemplazaron la deficiente legislación laboral anterior, la cual en medida importante contribuyó a la agudización de la crisis de la sociedad chilena que culminó en 1973. La ideologización de la relación laboral, en el contexto de la lucha de clases, característica de esa legislación, desplazó permanentemente a la arena política la negociación y entendimiento entre empleadores y trabajadores. De esa manera, los actores de la relación laboral fueron marginados de sus respectivos papeles por diversos intermediarios politizados y agentes de conflicto. El grado de distorsión alcanzado en este plano a comienzos de la década del setenta, y que se analiza en este documento, ayuda a explicar las drásticas soluciones acogidas por la normativa constitucional de 1980 en lo que concierne al resguardo de la actividad laboral y gremial frente a la actividad política.

Esta modernización se caracteriza principalmente por el establecimiento de una normativa que respeta, en condiciones de equilibrio, los derechos de todas las partes involucradas en la relación laboral. Además de las partes directamente comprometidas por el contrato de trabajo, se reconoce que también hay terceros afectados por dicha relación laboral: los consumidores, los desempleados y los trabajadores no sindicalizados. De ahí, entonces, que tanto los derechos irrenunciables de los trabajadores y los derechos sindicales como los derechos del empleador y las prerrogativas del cuerpo social deban ser reconocidos dentro de ese contexto. De ello se desprende

1 En esta etapa también se dictó, como cuerpo legal complementario, el DL 2.757 sobre Asociaciones Gremiales, el cual reguló las asociaciones de empleadores, obteniéndose así una simetría normativa entre éstas y las organizaciones de trabajadores.

que el papel del gobierno no es dirimir diferencias entre dichos dirigentes, o avalar sus acuerdos, sino el establecimiento de normativas justas y ecuánimes que rijan sus relaciones y que además protejan los derechos de aquellos sectores que no concurren a la firma de los convenios colectivos. Estos sectores tampoco participan en forma directa en las discusiones sobre el contenido de las leyes laborales y sin embargo a menudo son profundamente afectados por sus disposiciones.

El progreso que alcance el país, y por ende el que logren sus empresas y trabajadores, será entonces el fiel reflejo de la capacidad de aquéllas y éstos para sumar equilibradamente sus esfuerzos. Las prebendas para algunos trabajadores no contribuyen al bien común; son sólo injusticias atentatorias al derecho de terceros y que politizan el proceso y a sus protagonistas gremiales.

Cabe advertir a estas alturas que no resulta coherente con la modernización laboral el DL 1.006 de 1975, denominado Estatuto Social de la Empresa, concebido como complemento a una negociación colectiva por área de actividad, tipo de negociación que es prohibida por la legislación vigente. Dicho estatuto se encuentra aprobado y está establecido que debe regir a partir de la dictación del nuevo Código del Trabajo.

Tampoco resultan coherentes con la modernización laboral las disposiciones vigentes para los trabajadores contratados con anterioridad a la Ley 18.018 de 1981, respecto del término de sus contratos de trabajo, tema que se analiza en el capítulo denominado: "La indemnización por despido, empleo y eficiencia". La mantención de esta incoherencia es grave, pues dificulta indebidamente el funcionamiento de las negociaciones tanto individuales como colectivas, por las razones que en los respectivos capítulos se indican.

Durante el período se promulgaron además varios cuerpos legales complementarios y algunos modificatorios de los mencionados y finalmente otros que incorporaron sólo ajustes técnicos.

También durante estos años ha habido cambios en el área de la judicatura del trabajo. El tema no es analizado, dado que el autor no es especialista en esas materias y por constituir estas normas más bien parte de otro tema, cual es aquel de la pendiente modernización de la justicia chilena.

Capítulo 2

Normas Constitucionales

Las siguientes son las normas principales de rango constitucional contenidas en la Carta Fundamental de 1980 que ahora rigen los aspectos laborales.

"Libertad de Trabajo, de Negociación Colectiva y Sindicación"

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

16.- La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

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.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. 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.

19.- El derecho de sindicarse en los casos y forma 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 y sus dirigentes no podrán intervenir en actividades político-partidistas.

"Infracción a autonomía gremial. Incompatibilidad entre dirigencia gremial y militancia política"

Artículo 23. Los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley. El cargo de dirigente gremial será incompatible con la militancia en un partido político.

La ley establecerá las sanciones que corresponda aplicar a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político partidistas y a los dirigentes de los partidos políticos que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la propia ley señale.

"Inhabilidades parlamentarias e injerencias indebidas de parlamentarios en negociaciones o conflictos laborales"

Artículo 57. Cesará en su cargo el diputado o senador que ejerce cualquier influencia ante las autoridades administrativas o judiciales en favor o representación del empleador o de los trabajadores en negociaciones o conflictos laborales, sean del sector público o privado, o que intervengan en ellos ante cualquiera de las partes.

Capítulo 3

Relación Individual y Protección de los Trabajadores

La legislación individual del trabajo se caracteriza internacionalmente por ser protectora de la parte laboral; su evidente propósito es compensar con la fuerza de la ley la relativa debilidad del trabajador individual en su relación con el empleador.

Con semejanzas a lo que ocurre en el derecho de menores, de la mujer o de la seguridad social entre otras especialidades, es práctica habitual en este derecho especial el establecimiento de algunas restricciones, de carácter protector, a la libertad de la voluntad. En el caso de la legislación laboral, tal práctica se refleja en el establecimiento de beneficios irrenunciables para el trabajador en materias como horario máximo, descanso semanal, pago de horas extraordinarias, derecho a vacaciones, protección de las remuneraciones y fueros sindicales y maternos. Las disposiciones vigentes al respecto en la legislación chilena son ya de larga data e incluyen además resguardos a la salud y seguridad del trabajador.

Las leyes laborales chilenas se fueron desnaturalizando en el transcurso de los años perdiendo el espíritu de razonable protección hasta llegar a convertirse en un mecanismo para otorgar beneficios a trabajadores con poder de presión, en abierto perjuicio de los demás. Tal es el caso de la creación de monopolios laborales en

favor de algunos trabajadores, con abiertos perjuicios para la libertad de trabajo y contratación de otros, los cuales funcionaron sobre la base de carnés profesionales o matrículas para poder ejercer ciertos oficios. Estas licencias, restringidas en su otorgamiento por la acción de las directivas sindicales del respectivo gremio, constituían una barrera arbitraria destinada a alzar artificialmente las remuneraciones de los beneficiados, en detrimento del derecho de los desempleados a encontrar trabajo y el de aquellos en otras ocupaciones que desearan mejorar su situación optando a estos cargos. Limitaban a su vez el normal desarrollo del respectivo sector económico, limitando la competitividad de las empresas, y presionando por una artificial mecanización, en abierto perjuicio para el empleo.

La lista de carnés derogados por el DL 2.950 se detalla en el Cuadro N° 1.

Esa legislación desbordó también el establecimiento de derechos irrenunciables mínimos y comunes para todos los trabajadores y se transformó en un mecanismo para mejorar niveles de remuneración y otorgar beneficios a ciertos grupos en pago de apoyos políticos, sacando la negociación económica del ámbito de las partes y trasladándola a la arena política. La sucesiva entrega de privilegios injustificados incentivó el acelerado incremento de las peticiones, con la consiguiente politización de los dirigentes de los distintos grupos de presión que intervenían en estas materias. La lista de los privilegios injustificados derogados en sucesivas leyes se detalla en el Cuadro N° 2.

Los regímenes especiales se expandieron también al área previsional, siendo más de sesenta los distintos sistemas vigentes a la fecha de promulgación de la respectiva reforma, consagrada en el DL 3.500 de 1980.

Los trabajadores que perdieron sus privilegios pasaron a regirse por la ley común, sin perjuicio de reconocerles todos los emolumentos que a la fecha estuvieren percibiendo.

Objeto también de derogación fue una norma que restringía indebidamente los cambios de giro, de tecnologías y eventualmente el cierre de centros de trabajo antieconómicos, norma que exigía la existencia previa de un permiso biministerial al empleador para despedir más de diez trabajadores en un mes calendario. La norma, negativa en sus efectos económicos y sobre el empleo, involucraba además políticamente al gobierno, responsabilizándolo en la autorización de los despidos. Se restituyó en defensa del derecho de propiedad la facultad del empresario de salirse de cualquier giro, la cual, sumada a la libertad de ingreso, es básica en un sistema de economía social de mercado.

Se restituyó el libre desahucio del empleador, previa indemnización al trabajador cuando es decidido por causales no atribuibles a él. La modalidad reemplazó el engorroso e inoperante intento de "control del despido injustificado", doctrina instaurada por la confusa y gravosa Ley 16.455, de 1966, que se analiza en forma sepa-

rada. (Ver Anexos N^{os} 1 y 2.) Sin embargo, la indemnización al despido que diseñó la Ley 18.018 resultó imperfecta: además de discriminar entre chilenos, es una trampa de daño progresivo para la relación laboral. La falta de una adecuada concepción de la indemnización al despido constituye la parte inconclusa de la modernización laboral y es materia del siguiente capítulo.

Cuadro N° 1 Carnés Profesionales

Derogaciones de principales normas que establecían uso obligatorio de carné profesional para el desempeño de una determinada actividad*	Gremios
Ley N° 9.613 y Decreto N° 3335 de 1967	: Peluqueros.
Ley N° 14.890**	: Hoteleros, matarifes y cortadores de carne.
Decreto N° 613, de 1963	: Músicos de orquesta.
Decreto N° 843, de 1966	: Actores y artistas.
Decreto N° 597, de 1967	: Colocadores y pulidores de parquets.
Decreto N° 1.005, de 1967	: Locutores.
Decreto N° 797, de 1967	: Choferes locomoción colectiva de pasajeros.
Decreto N° 8, de 1969	: Gráficos.
Decreto N° 197, de 1970	: Electricistas.

* Los decretos mencionados corresponden al Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

** Este cuerpo legal estableció, además, la facultad del Presidente de la República para implantar el uso obligatorio de carné profesional respecto de determinados gremios u oficios, en las condiciones que establezca el reglamento.

- Decreto N° 278, de 1970 : Trabajadores fiambrerías y rotiserías.
- Decreto N° 383, de 1970 : Cargadores y descargadores de camiones.
- Decreto N° 448, de 1970 : Controladores de cine y espectáculos públicos.
- Decreto N° 332, de 1971 : Panificadores.
- Decreto N° 288, de 1971 : Vendedores de vino y ramos similares.
- Decreto N° 1416, de 1972 : Técnicos cinematográficos.
- Ley N° 17.772 (Art. 2°) : Operadores cinematográficos.
- Decreto N° 888, de 1975 : Montadores de ascensores.
- Artículos 23 y 24
Ley N° 16.724 : Matrícula trabajadores marítimos y portuarios.
- Artículo 2 Ley N° 17.260 : Empleados auxiliares y apoderados de Agentes Generales y Especiales de Aduanas.
- Artículo 5 Ley N° 17.408 : Facultad a la Dirección del Trabajo para otorgar carné profesional a empleados de oficinas navieras.
- Ley N° 16.757 : Prohibía que los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria fueren efectuados por contratistas o concesionarios.

Capítulo 4

La Indemnización por Despido

El derecho del empleador al libre despido es concordante e indispensable en un esquema de economía social de mercado. La competitividad entre productores de bienes y servicios, y sus respectivas posibilidades de desarrollo y supervivencia, supone un mercado laboral flexible.

Cuadro N° 2

Derogaciones de las normas legales que afectaban remuneraciones y condiciones de trabajo de grupos de trabajadores

Gremios

- Ley N° 6.242 : Ley de choferes casa particular.
- Ley N° 7.388 : Ley remuneración adicional de garzones y camareros (propina legal).
- Ley N° 9.588 : Ley Registro Nacional de Viajantes, régimen de remuneraciones y comisiones.
- Ley N° 9.613 : Ley peluqueros.
- Art. 2 Ley N° 14.837
Art. 4 Ley N° 15.141
y DFL N° 1.971 : Disposiciones sobre remuneraciones a periodistas.
- Ley N° 17.515 : Sueldos mínimos empleados de farmacias.
- Art. 5 Ley N° 17.570 : Fuero especial a empleados de Notarías, conservadores y archiveros.
- DL 552 de 1974 : Remuneraciones y condiciones de trabajo en Locomoción Colectiva Particular.
- Ley N° 5.181 : Indemnizaciones trabajadores petroleros.
- Ley N° 6.192 : Indemnización especial para periodistas.
- Ley N° 6.686 : Indemnización obreros de Ferrocarriles.
- Art. 189 Ley N° 16.617 : Indemnización trabajadores Gran Minería del Cobre, remunerados en moneda extranjera.

- Ley N° 17.400 : Indemnización trabajadores Minería del Hierro.
- N° 23 Art. 159 DFL N° 4 de 1959 del Ministerio del Interior : Faculta a la Dirección de Servicios Eléctricos para cooperar en la solución de los conflictos entre empresas de servicio público y sus trabajadores.
- Art. 2 Ley N° 16.634 : Inamovilidad para trabajadores mientras durare proceso de calificación de ambiente como tóxico.
- Art. 2 Ley N° 7.173 : Facultad del Presidente de la República para implantar y reglamentar la jornada única de trabajo.
- Arts. 9 y 10 Ley N° 17.323: Derechos, garantías y privilegios en favor trabajadores de Chilectra para el caso de ser adquirida esta empresa por la Corfo.
- Arts. 10, 31 y 33 Ley N° 17.695 : Fueros, permisos pagados, excepción de calificaciones, imposibilidad de traslado o cambio de función a los que fueren elegidos consejeros del Colegio de Asistentes Sociales. Monopolio en favor de asistentes sociales para desempeñar cargos de jefatura de Departamentos y Servicios de Bienestar Social en el Sector Estatal y jornada no superior a 33 horas para estos profesionales.
- Art. 14 Ley N° 17.077 : Obligación de toda estación radio-difusora de mantener servicios informativos atendidos por departamento propio de periodistas contratados por la empresa.
- Leyes N°s. 16.344 y 17.221: Horas de atención al público de las Farmacias.
- Ley N° 17.255 : Legislación especial controladores de cine (comisiones tripartitas, remuneraciones, tarifado, indemnizaciones, etc.).

- Ley N° 11.999 : Cierres establecimientos de abarrotes a las 12.30 del día domingo.
- Ley N° 17.256 : Derechos y garantías de los trabajadores de las Empresas de Telecomunicaciones en caso de nacionalización, adquisición o asociación de empresas.
- Ley N° 7.295 : Comisiones Mixtas de sueldos, incrementos automáticos de remuneraciones por antigüedad y otros referentes a empleados particulares.
- Inciso primero Art. 54
Ley N° 16.250 : Facultad Presidente de la República para fijar porcentaje de aranceles a distribuir entre empleados de Notarías, Conservadores de Bienes Raíces y Archivo Judicial.
- Art. 69 Ley N° 16.624 : Obligaba a los contratistas de la Gran Minería del Cobre a cancelar iguales remuneraciones de trabajo y beneficios que Codelco, de declarar esta entidad que las labores realizadas constituían actividad normal en una empresa de la Gran Minería del Cobre.
- Decreto Supremo
N° 307 de 1970 : Estatuto de los Trabajadores del Cobre; régimen especial, de rango constitucional, que regulaba la organización sindical y negociación colectiva de los trabajadores del Sector.
- DL 2.200 normas recogidas
de disposiciones anteriores
Art. 35 : Duración máxima ordinaria de trabajo de 42 horas semanales de radiooperadores; operadores y probadores telefónicos.
Duración máxima de 33 horas para operadores, perforadores y supervisores de sistemas mecanizados de contabilidad o estadística.

- Art. 72 : Feriado anual especial de veinticinco días hábiles para trabajadores que residan en las regiones I, II, III, XI, XII o en la provincia de Chiloé y para los que se desempeñen en yacimientos mineros o plantas de beneficio.
- Arts. 145 al 149 : Normas especiales para el contrato de artistas.

Comisiones Tripartitas
Descontinuadas

Constitución	Actividad
Decreto N° 983 de 1974	: Construcción.
Decreto N° 895 de 1974	: Fideera.
Decreto N° 889 de 1974	: Gráfica.
Decreto N° 34 de 1977	: Lavanderías.
Decreto N° 136 de 1976	: Molinera.
Decreto N° 212 de 1975	: Montaje Industrial.
Decreto N° 890 de 1974	: Papel (exceptuadas Cía. Manufacturera Papeles y Cartones, Industrias Forestales y Celulosa Arauco S. A.)
Decreto N° 892 de 1974	: Textil.
Decreto N° 99 de 1978	: Pesquera.
Decreto N° 115 de 1975	: Bancada.
Decreto N° 28 de 1976	: Transporte Urbano e Interurbano del Sector Privado.
Decreto N° 894 de 1974	: Montaje y Mantenición de Ascensores.
Decreto N° 891 de 1974	: Lubricantes y Combustibles.
Decreto N° 126 de 1975	: Fabricación de Prendas de Vestir.
Decreto N° 135 de 1976	: Cristal y del Vidrio.

- Decreto N° 115 de 1976 : Laboratorio Farmacéutico.
- Decreto N° 486 de 1975 : Agrícola.
- Decreto N° 155 de 1975 : Locomoción Colectiva particular.
- Decreto N° 297 de 1977 : Trabajadores Marítimos de Bahía.
- Decreto N° 297 de 1977 : Tripulantes de la Marina Mercante Nacional.

Los continuos cambios de demanda, de tecnologías y de estructura de la competencia obligan a las unidades económicas a procesos de ajustes que sean oportunos y eficientes. Si no los hacen, corre riesgo su supervivencia. Ello las obliga a adecuar constantemente, y entre muchas variables, la dotación y calidad de los colaboradores que requieren.

El trabajador despedido obviamente tiene derecho a ser indemnizado, beneficio que nadie discute. Lo que sí ha sido motivo de larga discusión es el que deba o no haber razones de prueba objetiva que justifiquen los despidos. La evaluación de la teoría e historia de la doctrina de "los despidos debidamente justificados" es el antecedente que mejor destaca las ventajas del régimen del despido libre, acompañado de una indemnización irrenunciable y de corte razonable en beneficio del trabajador.

La existencia de este beneficio tiene una doble función. Principalmente ayuda a equilibrar la relación trabajador-empleador, la cual está expuesta a evolución permanente, dándole un beneficio implícito al trabajador que le permite a éste una posición negociadora mejorada ante las presiones inevitables del empleador por el logro de niveles de eficiencia, rediseño de funciones y renegociación de incentivos. Segundo, la indemnización así concebida constituye un paliativo adecuado a la situación de desempleo, que se suma a los subsidios que para el efecto pueda consultar la red social.

Lamentablemente, en el pasado la ley ha relacionado el nivel de la indemnización a los años servidos, lo que constituye un error de concepto, que acarrea gravísimas consecuencias.

Para empezar, este mecanismo implica tácitamente que el trabajador no fue remunerado en el pasado equitativamente. Ahora bien, el beneficio así concebido puede que sea razonable durante los primeros años de la relación laboral, pero con el transcurso del tiempo éste implica sobredimensionar la protección al trabajador, y el costo del despido, al punto que la presión por lograr eficiencia laboral se hace cada vez más difícil de asumir y las necesarias y permanentes renegociaciones de incentivos y de definición de funciones, más difíciles de realizar. El mecanismo constituye una acumu-

lación creciente de pasivos que amenaza la sobrevivencia misma de las empresas.

Agrava la situación descrita el que la indemnización eventual por desahucio así concebida termine siendo visualizada por el trabajador como un patrimonio concordante con los años servidos, de tal suerte que quien desea independizarse, o cree tener mejores perspectivas en otro trabajo, tiene un alto incentivo para trabajar mal (limitado sólo por la difícil prueba judicial de falta de probidad) y conseguir ser despedido.

Un grave error, consecuencia de la doctrina del "despido debidamente justificado", es que dentro de este contexto no se conciba como causal de término de contrato la circunstancia de cumplir el trabajador con los requisitos de jubilación, lo cual crea la posibilidad de que el trabajador postergue indefinidamente su retiro mientras no se le cancele "su indemnización por años de servicio".

El sistema es anacrónico, disociador y perjudicial. El engendro legal, desgraciadamente ya de larga data, es atentatorio de la supervivencia de las fuentes de trabajo en el largo plazo, limita las posibilidades de las empresas para adecuarse a nuevas realidades económicas y, lo que es especialmente grave, discrimina en contra de aquellas que son intensivas en mano de obra. En un país con altos niveles de desempleo, como el nuestro, y escaso de capital, este mecanismo grava artificialmente la contratación de nuevos trabajadores e incentiva la mecanización artificial, todo lo cual resulta una insensatez, por decir lo menos.

Algunos argumentan que el problema expuesto está parcialmente resuelto pues la ley 18.018, de 1981, dispuso indemnizaciones legales para las contrataciones posteriores a su dictación de un mes por año pero con tope de 150 días de remuneración. Esta normativa es posible que haya fijado un nivel razonable a las indemnizaciones; sin embargo, crea dos tipos de trabajadores, aquellos cuya indemnización tiene tope y aquellos que las tienen sin tope, que son los contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981. Fácil es predecir que esta situación generará presiones a contar del año 1986, en que los "topados" desearán que se les eliminen la discriminación y el tope a sus beneficios. Los razonables esfuerzos realizados por la ley 18.018 resultarían eventualmente sobrepasados, y si así ocurre la culpa la tendrá la propia ley, por haber sido en este aspecto una reforma timorata, a medias y fácil presa de demagogias futuras.

La solución de fondo, responsabilidad de las autoridades y que tarde o temprano tendrá que implementarse, será el redefinir lo que actualmente se conoce como "indemnización por años de servicio". Se deberá concebir como "indemnización por despido", beneficio a que tiene derecho todo trabajador que sea desahuciado por razones que no sean imputables a él. El beneficio, junto con ser un derecho legal de carácter irrenunciable deberá ser de cuantía razonable, para

compatibilizar la protección necesaria del trabajador con el desarrollo y supervivencia de las empresas.

El rompimiento definitivo con el concepto de indemnización por "años de servicio", y la adopción del "libre despido con indemnización razonable" deberían llevar a reincorporar a la lista de causales de término de contrato la circunstancia de cumplir el trabajador los requisitos para jubilar por edad o incapacidad.

Solución a las Indemnizaciones

El nivel "razonable" para las indemnizaciones legales es materia sujeta a apreciaciones. Puede serlo, por ejemplo, 90 días de remuneración, aunque sólo 30 días para los contratos que al momento del despido tengan una vigencia inferior a dos años. Una norma de este tipo por cierto no impediría que las partes convengan beneficios superiores y su promulgación no modificaría las convenciones ya existentes, y que superen el mínimo.

Para que esta reforma sea políticamente viable se sugiere como camino el de reconocer como patrimoniales las indemnizaciones ya "eventualmente adquiridas" por la normativa anterior. De este modo se pondría fin a la progresión de ellas a partir del día de la promulgación de la ley, quedando todas las futuras contrataciones afectas a la nueva modalidad legal. La modificación, estoy cierto, será aceptable para la gran mayoría de los trabajadores, pues en el fondo saben que el sistema vigente no es sano. Son muchas las empresas que han quebrado debido a la errada normativa de las indemnizaciones y son numerosos los abusos que la propia parte laboral reconoce en la materia. Además, los trabajadores temen que en algún momento pueda instaurarse un sistema en el que pierdan la totalidad de lo "eventualmente devengado".

La disposición sugerida deberá entonces declarar no negociable el monto de las indemnizaciones ya devengadas, aunque sí la oportunidad y forma de su pago. De haber voluntad de las partes, podrían convenir incluso que dichos montos puedan ser convertidos en unidades de fomento.

La proposición apunta a la existencia de una normativa única común para todos los chilenos y así no repetir el error de la ley 18.018. Aunque no lo logre de inmediato, la uniformidad se producirá inevitablemente en el tiempo gracias a los acuerdos que vayan materializando las partes en cuanto a las oportunidades de pago del beneficio patrimonial devengado.

La modalidad tiene además la ventaja de permitir a las empresas aumentar las remuneraciones sin por ello hacer crecer desmedidamente sus pasivos. De estar lo devengado expresado en unidades de fomento puede darse incluso casos en que las mejorías de renta no eleven los pasivos. También permitirá hacer pagos adicionales a las remuneraciones ordinarias, girando contra los pasivos de las indemnizaciones, lo que sin duda tendría buena acogida en los traba-

jadores. Aún más, las sociedades anónimas abiertas podrían cancelar, de haber acuerdo, dichos montos con emisión de acciones.

Es conveniente que el régimen de indemnización legal tenga relación sólo con el desahucio. Para ello, tanto el mínimo irrenunciable, como todo beneficio mayor que se conviniere y devengare con posterioridad a una nueva ley, debería ser cancelable sólo con ocasión del desahucio, si éste se produce, y no "a medida que se va prestando servicios", extraña doctrina que incorporó la ley 18.372.

La indemnización legal podría mantenerse no imponible ni tributable, como ahora; sin embargo, deberían quedar afectos a tributación y cotización previsional las convenciones que se celebren en el futuro en lo que signifique sobrepasar el nivel mínimo irrenunciable. De otro modo, las indemnizaciones convencionales se estarían incentivando artificialmente, en perjuicio del Fisco y de la sana modalidad que se intentaría implantar.

Es importante recalcar que mientras no se resuelva en profundidad el tema de las indemnizaciones por despido no podrán funcionar adecuadamente en el país las negociaciones individuales, con el consiguiente perjuicio para el futuro económico del país y de sus habitantes; tampoco funcionará adecuadamente el sistema de negociación colectiva, como se verá en el capítulo respectivo, no siendo del caso culpar al diseño de la negociación, sino al de las indemnizaciones.

¿Fondos de Retiro?

Algunos sectores creen que la solución al problema de las indemnizaciones está en la creación de un fondo nacional o sectorial de indemnizaciones.

Estos fondos son en realidad innecesarios. Con el actual régimen previsional la necesidad de ingresos después del retiro está bien cubierta. La indemnización por despido aquí sugerida resulta un paliativo adecuado a la situación de cesantía, adicional a los subsidios legales que hayan para estas emergencias.

La existencia de fondos de indemnización es una alternativa cara e ineficiente. Implica cotizaciones obligatorias adicionales a las que ya hay para pensiones y salud, con cargo a los ingresos disponibles del trabajador, aunque una ley dijera que es de cargo del empleador. De ser concebidos como de reparto, estos fondos estarían expuestos al juego político y a la presión de los grupos de poder. Fácil es predecir que, a poco andar, las prestaciones pagadas serían discriminatorias y probablemente en su mayor parte de costo fiscal.

Si los fondos fueren de capitalización individual, ello obligaría a instaurar todo un complicado y costoso sistema de operación y fiscalización para el pago de las cotizaciones y el correcto otorgamiento de los beneficios.

Capítulo 5

Organización Sindical

El régimen antiguo concebía a los sindicatos como únicos y obligatorios a nivel de obreros (sindicato industrial) y de afiliación libre a nivel de empleados. La afiliación obligatoria permitió una desmedida influencia de las directivas en las decisiones principales de la vida sindical. Estos sindicatos, dada su conformación legal, se transformaron en la mayoría de los casos en verdaderos botines políticos. Una vez controlados por grupos politizados, eran fácilmente volcables a fines extrasindicales. La falta de libertad sindical dejaba al trabajador de base desprotegido y sin herramientas suficientes para resistir.

La politización sindical, es justo recordar, resultó fuertemente incentivada por la ya señalada práctica del reparto de beneficios a través de leyes, y por el régimen de negociación colectiva vigente a la época, cuyas características se analizan más adelante.

El DL 2.756, sobre organizaciones sindicales, entregó una solución de fondo al problema. Estableció la más amplia libertad sindical: libre formación de sindicatos y libre afiliación y desafiliación a ellos. La nueva normativa entregó a la base sindical la decisión, mediante votación secreta ante ministro de fe, de los tópicos más relevantes de la vida sindical: elección de directiva, monto de las cuotas, decisión de huelga y afiliación a federaciones y confederaciones.

El antiguo sindicalismo politizado cedió lugar a uno de libertad sindical: de un sindicalismo de dirigentes se pasó a un sindicalismo de bases.

Es perfectamente entendible la oposición al actual régimen de organización sindical manifestada por las cúpulas politizadas de antaño y sus asesores. La vida sindical es hoy muy activa en la base; pero llaman "atomización" el que no se manifieste principalmente en la arena política y por intermedio de ellos.

Son varios los aspectos importantes y novedosos de la nueva legislación que deben ser destacados:

- Los trabajadores tienen derecho a constituir organizaciones sindicales sin autorización previa, las que adquirirán personalidad jurídica al momento de depositarse el acta original de su constitución en la Inspección del Trabajo.

- La afiliación es personal y voluntaria, no pudiendo exigirse afiliación o desafiliación a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad.

- Las categorías de sindicatos consultadas por la ley son las siguientes:

- a Sindicato de empresa, que agrupa a los trabajadores de una misma empresa.

- b Sindicatos interempresa, que agrupa a trabajadores de a lo menos tres empleadores distintos.
- c Sindicato de trabajadores independientes, el que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno.
- d Sindicato de trabajadores transitorios. Esta clase de sindicatos tiene por especial objeto proveer de puestos de trabajo a sus asociados, actuales o futuros, en las condiciones acordadas con distintos empleadores (bolsas de trabajo).

Las finalidades de las organizaciones sindicales son:

- 1 Representar a los trabajadores en el ejercicio de los derechos emanados de los contratos individuales de trabajo, cuando sean requeridos por los asociados;
- 2 Canalizar inquietudes y necesidades de integración respecto de la empresa y de su trabajo;
- 3 Velar por el cumplimiento de las leyes sobre seguridad social o del trabajo, denunciar sus infracciones ante las autoridades administrativas o judiciales que corresponda, actuar como parte en los juicios y reclamaciones que den lugar a la aplicación de multas u otras sanciones;
- 4 Prestar ayuda a sus asociados y promover la cooperación mutua entre los mismos, estimular su convivencia humana e integral y proporcionarles recreación;
- 5 Promover la educación gremial, técnica y general de sus asociados;
- 6 Propender al mejoramiento de sistemas de protección contra riesgos del trabajo y prevención de enfermedades profesionales, sin perjuicio de la competencia de los comités paritarios,
- 7 Constituir mutualidades y otros servicios sin fines de lucro, en beneficio de sus asociados.

- Sólo los sindicatos de empresa tienen derecho a negociar colectivamente.

- Quorums sindicales.

La reforma concede la más amplia libertad para que los trabajadores se agrupen en los sindicatos que estimen del caso formar.

Por existir fueros y permisos sindicales involucrados, la única restricción está dada por quorums mínimos en razón a los derechos que sobre estos aspectos la ley reconoce.

- Para constituir un sindicato de empresa se requiere el concurso de un mínimo del 10% de sus trabajadores que representen a lo menos 25 trabajadores.

En los casos de empresas de más de un establecimiento, el sindicato puede ser constituido con un mínimo del 40% de los trabajadores de cada establecimiento, siempre que representen a lo menos 25 trabajadores.

Todo grupo de 250 trabajadores y más podrá constituir sindicato cualquiera que fuere el porcentaje de la empresa que representen. En las empresas de menos de 25 trabajadores pueden constituirlo ocho de ellos siempre que representen más del 50% del total de sus trabajadores.

- Los sindicatos son independientes del empleador, o de los empleadores, no pudiendo recibir de él, o de ellos, financiamiento directo o indirecto de ninguna naturaleza. Las actividades que realicen tienen entonces directa relación con las cuotas que sus afiliados aprueben cotizar. Con ello se supera el antiguo vicio del financiamiento de las actividades de las directivas con fondos "obtenidos para el sindicato" en la negociación colectiva; éstos pueden ir ahora a los afiliados y ellos decidir cuánto es lo que están dispuestos a dar como recursos a la directiva.

- Los sindicatos que cuenten con 250 afiliados o más deberán confeccionar anualmente un balance firmado por un contador. Los sindicatos con menos de 250 trabajadores deberán llevar un libro de ingresos y egresos y uno de inventario, no requiriendo firma de contador.

- La disolución de un sindicato sólo podrá ser declarada por un Ministro de Corte del Trabajo o de Corte de Apelaciones.

- Las federaciones y confederaciones no pueden suscribir contratos colectivos de trabajo; sí pueden asesorar activamente las negociaciones colectivas de los sindicatos bases afiliados.

- La afiliación o desafiliación de un sindicato a las federaciones y confederaciones deberá ser acordada por la mayoría absoluta de sus afiliados, mediante votación secreta y en presencia de un ministro de fe.

La afiliación o desafiliación de una federación a una confederación será acordada por la mayoría de los sindicatos bases.

- El régimen sindical de la ley no es aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada. Tampoco es aplicable a los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional y de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional. Lo es, sin embargo, para los trabajadores de las Empresas del Estado.

El espíritu de la modernización laboral es que las federaciones funcionen muy cerca de los sindicatos bases, colaborando en la capacitación de dirigentes, negociación colectiva, asesoría legal, recreación, etc. Las confederaciones debieran, en cambio, representar los intereses y distintos puntos de vista de agrupaciones sindicales

en lo referente a las leyes laborales, previsionales, de salud, de capacitación laboral, etc. Falta incorporar al texto de la ley la precisión respecto de las respectivas áreas de acción. Ayudaría a que así fuera en la práctica si a las confederaciones se afiliaren sólo sindicatos bases y se excluya de esta posibilidad a las federaciones. Corresponde, además, suprimir la norma que obliga a las federaciones de 20 o más sindicatos a convertirse en confederaciones, lo que carece de justificación.

Capítulo 6

Negociación Colectiva

a Negociación Económica o el Conflicto Político-Social

La negociación colectiva anterior al DL 2.758 fue concebida, o así al menos operaba, como expresión de un conflicto de clases. Tanto es así que incluso el nombre del proceso era "el conflicto colectivo". La periódica presión de la masa trabajadora por obtener mejoramientos se justificaba como reivindicadora y supuestamente a costas del capital. Los mejoramientos eran definidos como logros de clase y en este esquema no necesitaban corresponder a una retribución justa de la productividad de los trabajadores de una determinada empresa.

A pesar de corresponder en su origen y justificación a un esquema marxista, la concepción resultó atractiva para sindicatos no marxistas, pues efectivamente los mecanismos en boga a menudo daban mejoramientos, en parte aparentes, que excedían a las realidades de su productividad y del mercado. Estos enfoques, sin embargo, perjudicaron los intereses de los consumidores y de los desempleados; en el caso de estos últimos, redujeron, en vez de ampliar, sus posibilidades de trabajo. El sistema comprometió negativamente las posibilidades del desarrollo económico y social del país, dificultó enormemente el funcionamiento de relaciones laborales fluidas y fecundas y, en más de una oportunidad, llevó a expropiaciones al empleador.

El singular diseño del conflicto consultaba que la parte laboral podía, sin riesgos, desde una situación de exclusividad permanente sobre los puestos de trabajo, presionar por niveles de remuneración superiores a los de equilibrio. Esta forma de presión, que fue habitual, impedía la solución del conflicto a nivel de las partes, proyectándolo sobre todo al cuerpo social, con la serie de consecuencias atentatorias contra el bien común que entraremos a ver.

Si la huelga es una negativa de trabajo de los trabajadores por plazo indefinido y con pérdida de las facultades de administración por parte del empleador, es evidente que este diseño deja sin opciones legítimas a una de las partes negociadoras, con lo cual el problema tiende a trasladarse a otros ámbitos en busca de solución. Las

huelgas así concebidas crean problemas políticos pues involucran inevitablemente al gobierno. En la práctica los poderes públicos debían responsabilizarse de encontrar la fórmula de superación de cada conflicto o de conceder los mecanismos que permitieran paliar los efectos de los acuerdos generados bajo esta modalidad.

La experiencia indica que, normalmente, la fórmula de "arreglo" suponía por parte del gobierno el reconocimiento de los nuevos costos que asumía el empleador y la autorización para traslados a precios vía aranceles, subsidios o mantención permanente de altas tasas inflacionarias que diluyeran las "conquistas" salariales obtenidas. Parte del mejoramiento era real y parte sólo conquistas aparentes para los trabajadores. De sobrepasar las remuneraciones obtenidas los niveles de productividad, el exceso era financiado por el público consumidor, el empleador y el desempleo. La fórmula presionaba a los empresarios a modificar su estrategia operativa de uso de capital-trabajo, lo que redundaba en una mecanización anticipada de los procesos productivos, irracional en un país de escaso capital y con cesantía crónica, ocasionada precisamente por una deficiente legislación laboral.

Para permitir que parte o el total del excedente sobre las productividades no se hiciera efectivo, la sociedad chilena entera debía soportar un proceso inflacionario de altas tasas, atentatorio contra el desarrollo del país y muy especialmente contra los chilenos más pobres y peor organizados.

La situación anterior fue muy visible en negociaciones de empresas de algún tamaño y en las negociaciones por área de actividad. En las empresas más chicas, sin embargo, la huelga aparentaba no rebotar en el gobierno por no constituir problemas políticos de significación. Sin embargo, en estos casos, la principal defensa del empresario pasó a ser la mantención del proceso de alta inflación.

La respuesta del empresario al sistema fue el reducir al máximo la demanda de trabajo, manifestada en aversión a entrar en giros que significaran la contratación de mucho personal, y en una propensión a la mecanización artificial. El sistema alimentó además en el empresario una marcada fobia al sindicalismo, con el consiguiente deterioro de las relaciones laborales al interior de la empresa y la frustración de los trabajadores.

El DL 2.758 puso fin a esta negativa situación. Concibió la negociación colectiva como el proceso periódico, pacífico y justo de determinación de remuneraciones futuras en concordancia con los niveles de productividad de los trabajadores, enmarcados por la disciplina del mercado, responsabilidad que entrega a las partes los beneficios, costos y riesgos del proceso.

La negociación está destinada a determinar niveles de remuneraciones concordantes con los aportes de productividad y no al establecimiento de ingresos relacionados con estados de necesidad, o de mera aspiración. Si los niveles de remuneraciones así establecidos se consideraren socialmente insuficientes, será responsabilidad de la

comunidad (a través de la "red social" instaurada por el Estado), y no del empresario, su complementación por la vía del gasto social. Para que la negociación así concebida fuera posible, se dispuso que en el proceso las partes pudieran conservar sus derechos de contratantes y por lo tanto pudieran ejercer sus opciones legítimas apoyadas en su real poder de negociación.

Tiene enorme significación social el hecho en orden a que el poder sindical quede dimensionado a lo que en justicia corresponde. Esta circunstancia permitirá el desarrollo de empresas privadas que sean grandes contratadoras de mano de obra, a lo que se sumará una mayor propensión a contratar por parte de empleadores medianos y chicos. En este contexto, la vida sindical queda definitivamente orientada a aportar justicia y enriquecimiento a la relación laboral, dejando de ser fuente de antagonismos y de fuerzas que atentan contra la supervivencia de las fuentes de trabajo.

La huelga deja de ser el mecanismo siempre conveniente de año, y objeto de abusos, como lo demuestran las cifras relativas de realidades comparadas. (Cuadro N° 3.)

La oposición de las cúpulas sindicales politizadas a la normativa diseñada sobre la huelga radica en que el proceso de negociación, tal como está concebido, permite soluciones a nivel de las partes, sin interferencias ajenas a la empresa. Esta circunstancia les debilita su poder como dirigentes político-seudosindicales y los priva de una herramienta formidable de presión social. En el caso de los comunistas, frustra sus intentos de destruir las bases de una sociedad libre. La identificación de estos dirigentes con los intereses de los trabajadores es, por lo demás, claramente oportunista e interesada. Una vez que el comunismo llega al poder, la negociación colectiva, la huelga y demás derechos laborales son inmediatamente suprimidos, como lo comprueban todas las experiencias internacionales.

b Derecho a Huelga y Opciones del Empleador

La idea de conflicto sustenta la tesis del "juego de suma-cero", el cual supone la existencia y permanencia, en lo económico, de un todo que, de distribuirse, hace que lo que reciba una parte necesariamente la deja de recibir la otra.

El sentido común y la observación desprejuiciada detectan que son más numerosos e importantes los elementos que unen a trabajadores y empleadores que aquellos que los desunen. Por de pronto, la cooperación mutua hace posible la existencia de la empresa; sin acción conjunta no hay creación posible de riqueza. El historial de los mejoramientos de remuneración y de condiciones de trabajo observados en las economías indican que éstos son consecuencia del desarrollo económico y de los aumentos de productividad, y no "conquistas" logradas a través de la lucha social y en conflictos "de esencia" con los empresarios.

Cuadro N° 3
 índice de Huelgas en Chile,
 Estados Unidos y Reino Unido

Año	Hombres días de huelga, por trabajador			Huelguistas como porcentaje de los trabajadores			Hombres días de huelga, por huelguista		
	Chile	USA	RU	Chile	USA	RU	Chile	USA	RU
1961	0,934	0,248	0,132	11,3	2,2	3,3	8,3	11,2	4,0
1962	0,522	0,279	0,248	7,8	1,8	1,9	6,7	11,0	1,3
1963	0,693	0,238	0,075	13,6	1,4	2,5	5,1	17,1	3,0
1964	0,669	0,330	0,096	14,06	2,4	3,7	4,6	14,0	2,6
1965	0,835	0,328	0,122	13,3	2,2	3,6	6,3	15,1	3,4
1966	0,421	0,349	0,100	6,1	2,7	2,2	6,9	12,9	4,5
1967	0,835	0,328	0,122	13,3	2,2	3,6	6,3	15,1	3,4
1968	1,380	0,646	0,198	10,7	3,5	9,5	12,9	18,5	2,1
1969	0,688	0,550	0,290	19,3	3,2	7,0	3,6	17,3	4,1
1970	1,191	0,845	0,468	18,1	4,2	7,7	6,6	20,1	6,1

Fuente: John H. Pencavel, *The Legal Framework of Collective Bargaining, Lessons from the Chilean Experience*, Stanford University, 1981.

Derecho a Huelga

Los trabajadores desarrollan un oficio y ganan una experiencia que, en determinadas actividades, resulta significativamente más valiosa en el lugar en que trabajan que en empleos alternativos. La negociación colectiva se justifica en que, en estos casos, los trabajadores individualmente tienen insuficiente poder de negociación para exigir el pago del valor de su productividad específica debido a que enfrentan separados a un solo negociador (el empleador). Individualmente, ellos sólo pueden amenazar con optar a ejercer funciones en otros empleos, donde su aporte es inferior y la remuneración menor, situación que no le otorga poder negociador. De unirse, esta unión les permite negociar con el empleador el verdadero valor de su trabajo. Lo que se negocia es, entonces, la diferencia entre la remuneración en trabajos alternativos y el costo de reemplazo de los trabajadores.

Algunos conciben erróneamente la huelga como el mecanismo necesariamente conducente al mejoramiento del nivel de remuneraciones y de condiciones de trabajo. La racionalidad de la huelga

no es ésa; debe entenderse como un recurso de presión en respaldo del poder de negociación de los trabajadores. En épocas económicas normales será lógico que la huelga y la opción a ejercerla conduzcan a dichos mejoramientos, lo que es coherente con el aumento del valor de la productividad que distingue a esos períodos. En épocas de recesión y crisis, sin embargo, la justificación de la huelga radica en su capacidad para evitar que las remuneraciones caigan más allá de lo que cae el valor de la productividad durante dicha declinación de la actividad económica.

Una regulación exitosa de la negociación colectiva es entonces aquella que logra que el nivel de las remuneraciones corresponda efectivamente al nivel de productividad del grupo de trabajadores en cuestión.

El que la huelga no siempre conduzca al mejoramiento de las remuneraciones ha inducido a algunos a plantear que la huelga establecida en adecuadas normas laborales no es un «derecho real» porque "no tiene suficiente fuerza". Semejante juicio refleja la concepción equivocada del papel de esta opción y corresponde al esquema ideologizado que reclama el retorno de la modalidad anterior. Para estos críticos resulta inconcebible que las remuneraciones puedan no subir en términos reales después de una huelga, y más aún, que puedan sufrir un deterioro apreciable como ocurrió en los años 1982-1984, período de aguda crisis económica.

Opciones del Empleador

El empresario tiene el derecho derivado del derecho de propiedad constitucionalmente protegido a administrar su empresa y a usar las opciones legítimas que le permitan mantenerse competitivo.

Quienes conciben la huelga como una opción necesariamente exitosa para las demandas de la parte laboral procuran revestirla con todos los medios de un incontrarrestable poder de presión. Los comunistas, interesados en corroer las bases de los sistemas económicos libres, se han manejado con apreciable habilidad en este empeño. La vía es conocida y consiste en reducir sucesivamente las opciones del empleador. Una vez que al empleador se le despoja de sus opciones legítimas no sólo se le habrá cercenado injustamente su poder de negociación; además, el proceso quedará sometido a los arbitrios de los huelguistas y eventualmente del gobierno.

La antigua tesis postula que la negativa a trabajar por parte del sector laboral debe privar al empleador de las facultades de administración de su empresa. Por consiguiente, implica que la negativa a trabajar de los huelguistas prevalece por sobre el derecho del empresario a mantener en operación la empresa, ejerciendo un atributo del derecho de propiedad cual es el de contratar personal. Significa, en otras palabras, reconocer a los huelguistas una suerte de monopolio para ocupar los puestos de trabajo y para negociar con el empleador; significa también, consiguientemente, la imposibilidad del em-

pleador de negociar contratos con trabajadores distintos de los huelguistas.

El despojo de las opciones legítimas de cualquier parte negociadora conduce al resultado inevitable de impedir que la negociación pueda alcanzar soluciones justas entre las partes involucradas. La negociación deja de ser tal; automáticamente se transforma en "un conflicto social" y se traslada en busca de solución a las instancias políticas.

En los países comunistas el trabajador no tiene libertad de trabajo ni derecho a negociar individual o colectivamente. El nivel de las remuneraciones, por lo tanto, es una decisión privativa del Estado. Un efecto parecido se consigue de maniatarse al empleador en el curso de las negociaciones en el mundo de economía libre. En este caso, también termina siendo el Estado —y más que el Estado, el gobierno— el gran responsable de imponer soluciones que, en un contexto de libre negociación, debieran ser objeto de acuerdo entre las partes.

Lo que se Negocia: El Rango entre un Piso y un Techo

La huelga necesita de una regulación legal en la perspectiva de lograr un equilibrio de fuerzas que sea concordante con los legítimos derechos y con la efectiva capacidad de negociación de las partes. La solución de este conflicto de intereses debe necesariamente ser concebida como una responsabilidad intransferible de las partes, responsabilidad que deben asumir en calidad de adultos, ponderando cuidadosamente los beneficios, costos, riesgos y consecuencias que la negociación envuelve.

El objeto y materia de la negociación colectiva es el valor del aporte de los trabajadores a la empresa. Como se ha mencionado, los trabajadores suelen hacer un aporte a la empresa donde laboran superior al que podrían materializar en otras fuentes de trabajo, por consideraciones tanto de experiencia, destreza profesional adquirida y cohesión dentro del equipo de personal. Por esta razón —y sólo por esta razón— es de justicia la existencia del procedimiento que le reconozca remuneraciones concordantes con el valor de su productividad, superiores a las que recibirían en empleos alternativos.

Sin embargo, los intereses de la sociedad deben ser resguardados. No es justo que el nivel de las remuneraciones sobrepase el exigido por otros trabajadores capaces de realizar el mismo aporte, ni que se avasallen los derechos del empleador y el de los consumidores. El nivel de exigencias de otros trabajadores está representado por el **costo de reemplazo**. Las cotas de la negociación colectiva bien concebida son entonces —como piso— la remuneración del trabajo alternativo y —como techo— el costo del reemplazo para el empleador.

Una normativa legal equilibrada y justa debe insertar la negociación colectiva en un marco coherente con el poder negociador de los trabajadores con las opciones legítimas del empleador.

Derechos de las Partes

El DL 2.758, sobre negociación colectiva, y el DL 2.756, sobre organizaciones sindicales, han conseguido este equilibrio.

Los derechos y margen de protección en favor de la parte laboral se reflejan en disposiciones como las siguientes:

- a Se conceden a los trabajadores amplias facilidades para que puedan organizarse en los términos que crean más convenientes, cumpliendo exigencias mínimas de quorums.
- b Se establece fuero en favor de los trabajadores involucrados por la negociación, mientras ella tiene lugar y, en forma permanente, a todos los dirigentes sindicales;
- c Se establece defensas contra prácticas desleales del empleador.
- d Se obliga al empleador a responder y negociar los proyectos de contratos colectivos que le sean presentados;
- e De producirse la huelga, se impide al empleador contratar reemplazantes permanentes dentro del plazo de 60 días. Durante este período los trabajadores conservan una verdadera exclusividad de negociación con el empleador, y
- f Los huelguistas pueden exigir ser recontratados y en las condiciones vigentes al término del contrato colectivo.²

El reconocimiento de las legítimas opciones del empleador incluye el respeto permanente a las facultades de administración de su

2 Esta disposición —un piso nominal en la negociación colectiva— nació de la existencia de indemnizaciones a veces abultadas por despido que de no haber tal piso, debilitarían el mecanismo de la huelga para los trabajadores. En efecto, ellos no podrían mantener más allá de los 60 días su posición, incluso si ésta correspondiera al valor de la productividad, pues perderían el stock que representan sus eventuales indemnizaciones por despido.

Debido a que desde 1974, y como consecuencia de las altas tasas de inflación, era parte de la política salarial del gobierno la indexación de todas las remuneraciones en un 100% del alza del índice de Precios al Consumidor, se extendió a este piso esa indexación hasta que en 1982 fue derogada conjuntamente con la eliminación de las normas generales de indexación que regía para el resto de los trabajadores chilenos.

empresa, y, pasados los 60 días de huelga, la posibilidad de término de la relación laboral. La negativa a trabajar (huelga) es de plazo indefinido, pero la continuidad de vínculo es un derecho de los trabajadores que tiene plazo limitado; transcurrido éste los trabajadores dejan de tener la exclusividad sobre los puestos de trabajo. Es obvio que concederles dicho monopolio incentiva las peticiones de remuneraciones por sobre los niveles concordantes con la productividad de los trabajadores o —lo que es igual— con sus costos de reemplazo, haciendo por lo mismo improbable un acuerdo entre las partes.

La experiencia vivida con el antiguo sistema fue muy decidora al respecto.

Como deducción de lo expuesto, la huelga concebida como la negativa de los trabajadores a prestar servicios en condiciones que consideren insatisfactorias es una situación que perfectamente puede prolongarse en forma indefinida. Si las pretensiones de los trabajadores no sobrepasan los costos de reemplazo para el empleador, éste continuará negociando exclusivamente con los huelguistas aun pasados los 60 días, sin importar que no exista vínculo contractual entre ellos.

A modo de comparación respecto de los derechos de las partes, en Norteamérica los trabajadores no tienen derecho a exigir recontratación a piso salarial alguno y carecen de vínculo laboral una vez expirado el contrato de trabajo. En otras palabras, terminado el contrato, ni siquiera por un día tienen derecho exclusivo de negociar nuevos contratos. El empleador desde el momento mismo de la huelga o el lock-out puede contratar reemplazantes definitivos. Incluso el lock-out puede ser ofensivo, derecho que no le reconoce al empleador la legislación chilena.

En resumen, el esquema diseñado permite soluciones a nivel de las partes, evita que la negociación inunde el espacio de la política, previene los abusos e irresponsabilidades en el uso de la opción de la huelga y mantiene la coherencia entre las remuneraciones y la productividad del trabajo.

Existe, sin embargo, un problema técnico vigente y que mientras no se resuelva impedirá el correcto funcionamiento del esquema de negociación colectiva. El problema es la existencia, desde mucho antes de la modernización laboral, de indemnizaciones al despido concebidas como progresivas en función de los años de servicios. Ello hace que aquellos trabajadores que las tienen en cuantía de alguna importancia se inhiban de pasar los 60 días en huelga insistiendo sobre peticiones legítimas, pues entran a perder las indemnizaciones eventualmente devengadas.

La existencia de indemnizaciones eventuales por despido de nivel no razonable impide también el correcto funcionamiento de la negociación individual, materia que fue ya objeto de comentario anterior. Las deficiencias en esta materia deben atribuirse al deficiente diseño de las indemnizaciones al despido y no a la reglamentación de la negociación colectiva.

c Negociación por Empresa

El valor específico de la productividad del trabajador es un fenómeno que tiene lugar y se puede evaluar sólo dentro de la empresa y, por lo tanto, ésta es el único contexto razonable donde pueden negociarse eficazmente remuneraciones y condiciones de trabajo. Una misma denominación de cargo consulta en la práctica funciones y responsabilidades muy distintas de un centro laboral a otro, incluso en empresas de una misma área de actividad. Además, tareas supuestamente semejantes son realizadas con diferencias de productividad de consideración entre una empresa y otra. Las diferencias son de muy variado origen: funcionalidad del bien o servicio ofrecido, oportunidad en que es proveído, complejidad y características de la tecnología empleada, volúmenes de producción y de demanda, oferta vigente de mano de obra de calidad específica, capacitación y motivación de los trabajadores, sólo por mencionar algunos factores.

Las negociaciones por área de actividad pretenden lo imposible: determinar, en una misma instancia, niveles "justos" de remuneración para un sinnúmero de trabajadores de distintos centros laborales, de gran diversidad en cuanto a los bienes y servicios que generan y con aporte de productividad muy disímiles de trabajadores que sólo de nombre aparentan desempeñar iguales funciones.

Las deficiencias que se producen en las negociaciones por área de actividad son la mejor muestra de su inadecuación para determinar niveles de remuneración y condiciones de trabajo. Estas son algunas de tales deficiencias:

Injusticia y Desempleo

Las condiciones que se acuerdan son manifiestamente injustas para los trabajadores de gran productividad y simultáneamente son inadecuadas, por decir lo menos, para la realidad de las empresas de poca tecnología, de operaciones menores, y de los talleres artesanales.

Los niveles de remuneración que establecen para los centros de alta productividad son inferiores a los que se determinarían en una negociación por empresa, y los que establecen para los de baja productividad superan por lo general las realidades de dichos establecimientos, llevándolos a la quiebra, y produciendo en forma torpe y cruel la cesantía de sus trabajadores.

Distorsión en las Relaciones Laborales

Empeora radicalmente el diálogo y entendimiento empleador-trabajador. Levanta un muro entre los trabajadores y su empleador, en abierta expresión de una lucha de clases, y entrega la solución de sus problemas no a los trabajadores y empleadores mismos sino a

terceros ajenos a la empresa. De este modo, los dirigentes sindicales y los trabajadores son forzados a cultivar contactos políticos, lo que les resulta más efectivo que negociar con el empleador, y los empleadores se abstienen de negociar a la espera de lo que se determine a nivel político.

Proliferación de Items de Pagos por Factores Ajenos al Aporte

Las soluciones al conflicto social así planteado tienden a establecer porcentajes de mejoramiento parejos, sin discriminar la situación relativa de los distintos grupos de trabajadores, los que pueden estar remunerados sobre, igual o por debajo de su productividad. Por la diversidad de situaciones que pretende cubrir, parte importante de la remuneración total termina siendo expresada en beneficios sin relación alguna con prestación de servicios y aportes de productividad; tal es el caso de asignaciones uniformes para festividades, ayudas según tamaño de familia y estipendios asociados al no trabajo, como el pago de indemnizaciones por dejar de prestar servicios. Particularmente grave es que por esta vía el sistema por lo general no establece incentivos, y que, de hacerlo, éstos resultan de muy pobre diseño.

Conflicto Político

Las negociaciones por área de actividad se caracterizan por alimentar artificialmente los conflictos políticos. Los gobiernos difícilmente pueden permanecer al margen si existe desabastecimiento de la población en un bien o servicio; tampoco en caso de haber grandes cantidades de trabajadores en huelga.

A lo anterior se suma la presión que agentes politizados ejercen para desbordar la negociación hacia el conflicto, a fin de manipularlo, llevarlo a la arena política y ponerlo al servicio de sus fines partidistas. Estos agentes aspiran a la creación de conflictos, y mientras más amplios mejor, ya que de esa manera logran distanciar más la responsabilidad de la solución del alcance de las partes. Mientras más éxito tienen en este intento, mayor es la exclusión de las partes en las soluciones, y más poder recae en ellos.

Los agentes politizados serán siempre grandes partidarios de la negociación por área de actividad.

Poder a Través del Daño

La huelga, en la negociación por área, a diferencia de la huelga en la negociación por empresa, se apoya en la magnitud del daño que ocasiona a terceros y no en el valor de la productividad del trabajador. Lo anterior lleva a que la solución de las huelgas por área tienda a ser política.

Restricción de Competencia

Los acuerdos por área de actividad resultan comparativamente más baratos para los empleadores que utilizan tecnologías intensivas en capital y los favorece disminuyéndoles la competencia, ya que establece condiciones que inhiben la entrada y permanencia en el giro de los competidores chicos y menos mecanizados que son los que hacen uso más intensivo de mano de obra.

Malos Ejemplos

El hecho que las negociaciones por área de actividad figuren en la legislación comparada no es razón para que el país siga malos ejemplos, más aún si cada vez son más visibles sus deficiencias. Son muchos los países que han dado pasos importantes en el sentido de liberarse de este sistema, y que ya está en franca retirada. Europa negocia cada vez más por empresa; Japón negocia por empresa y Estados Unidos, como norma general, también lo hace. En este último país la negociación por área es sólo la excepción y está siendo sujeta a creciente crítica académica, justamente debido a sus defectos. Gran Bretaña ha sido muy dañada por las negociaciones por área, siendo ésta una de las causas importantes del descenso de su ubicación dentro del ranking mundial de los países desarrollados.

d El Arbitraje Obligatorio

El DL 2.758 ha establecido, por razones fácilmente comprensibles, que no podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, el abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Las empresas que se encuentran en esta situación son determinadas anualmente por resolución conjunta de los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa y Economía.

En los casos de estas empresas, de no lograrse acuerdo directo entre las partes, la ley establece que procederá el arbitraje obligatorio, responsabilidad que recae en un Cuerpo Arbitral cuya conformación y atribuciones se encuentran reguladas por el DL 2.977, de 1979.

Una norma original de gran utilidad que ha establecido el DL 2.758 es que los arbitros están obligados a fallar en favor de una u otra de las dos proposiciones vigentes en el momento de someterse el caso a arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad, siguiendo los criterios de mercado que la ley señala. En consecuencia, el tribunal no podrá fallar por una alternativa distinta ni contener en su fallo proposiciones de una y otra parte. La idea de esta modalidad es evitar que las partes extremen sus posiciones a la espera que el arbitraje resuelva la disputa por la vía de "partir la diferencia", actitud

que obedece a una natural tendencia de aparecer ecuanímenes. Al obligar a las partes a mostrar sus posiciones reales y últimas, ante el riesgo de perder el fallo arbitral, comúnmente éstas son muy próximas y producen el acuerdo sin necesidad de fallo.

El sistema de arbitraje obligatorio es viable si bien con algunas dificultades —como se ha visto en la práctica— en pocas y determinadas empresas de utilidad pública. Para estos casos es dable pensar en arbitros inmunes a las presiones de las partes. Como solución masiva, sin embargo, sus alcances serían desastrosos, dada la infinidad de fallos que el sistema supondría y la precaria preparación técnica que tendrían los arbitros. Fácil es imaginar el caos que produciría en centros de trabajo pequeños y remotos. Finalmente, y lo que es peor, la institución del arbitraje sería extremadamente vulnerable al poder político, con el consiguiente efecto en el nombramiento y conducta de los arbitros.

La tesis en favor del arbitraje obligatorio masivo no hace otra cosa que replantear a otro nivel las mismas desventajas que comportó sacar la negociación del ámbito de las partes y trasladarla a la esfera de las decisiones ajenas a la empresa. La posición consagra la exclusividad sobre los puestos de trabajo, lo cual libera de todo riesgo a los trabajadores para presionar injustificadamente por remuneraciones superiores a su productividad. A la larga la fórmula del arbitraje obligatorio les permitiría ejercer con éxito tales presiones; no es difícil imaginar el apoyo que recibirían en este cometido por parte de los interesados en ampliar el tamaño de sus hijuelas políticas o por parte de gobiernos políticamente debilitados. Esta solución en época pretérita habría sido la más exitosa para expandir las fronteras del "área social" de la economía. El arbitraje obligatorio generalizado tarde o temprano obliga a los gobiernos a establecer subsidios y privilegios para financiar las conquistas legitimadas por fallos demagógicos. Toda esta secuencia de distorsiones en la actividad económica y en el mercado laboral entraña subidos costos para los consumidores, los desempleados y los trabajadores menos organizados.

e Otros Elementos Importantes de la Negociación Colectiva

El DL 2.758 introdujo dos profundas y trascendentales modificaciones a la normativa anterior sobre negociación colectiva. Primero, estableció condiciones justas y equilibradas para el libre juego de las opciones legítimas que puedan plantear las partes en el curso de la negociación, independizándola así de presiones externas. Segundo, la circunscribió a la empresa, teniendo presente que es en su ámbito donde se genera la productividad del trabajo.

La normativa contiene otros elementos importantes, adicionales a los mencionados, y que han permitido que los procesos de negociación fluyan con justicia y expedición. Entre ellos cabe mencionar:

- Libertad de agrupamiento de los trabajadores, sea en sindicatos o sólo para negociar, exigiendo en el último caso los mismos quorums para constituir sindicatos.

- La fecha de negociación de la empresa es una sola, salvo acuerdo de las partes. Se evita la seguidilla de negociaciones y la competencia por logros de los distintos grupos. Los acuerdos rigen por un mínimo de dos años, período en el cual la tranquilidad laboral facilita los mejoramientos de productividad.

- No puede haber negociación colectiva en los servicios e instituciones de Administración del Estado, centralizados o descentralizados, en las empresas dependientes del Ministerio de Defensa Nacional, en el Poder Judicial y en el Congreso Nacional. Tampoco lo podrá haber en instituciones o empresas cuyo financiamiento provenga en más de un cincuenta por ciento del Estado, directamente o a través de derechos o impuestos.

- Existe negociación colectiva en todas las empresas del Estado; dejaron de ser materia de ley las remuneraciones y condiciones de trabajo a regir en Enap, Lan Chile, Banco del Estado, etc.

- No pueden negociar los gerentes, agentes, apoderados, supervisores y aprendices. Un ajuste posterior de carácter discutible incluyó también a las secretarías de gerencia y a los integrantes del departamento de personal.

- La negociación individual es un derecho irrenunciable, con lo que quedan prohibidas todas las acciones que directa o indirectamente atentan contra este derecho.

- Son materia de negociación colectiva todas las que se refieren a remuneraciones, beneficios y condiciones comunes derivadas del contrato de trabajo. No son objeto de negociación las ajenas al funcionamiento de la empresa y las que limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrarla. En esta última categoría caen cuestiones como tamaño de cuadrilla, ritmo de producción, sistema de promociones, uso de maquinarias, contratación de trabajadores no sindicalizados, etc.

Tampoco son objeto de negociación las remuneraciones de los trabajadores que no pertenecen al grupo negociador, el financiamiento a las organizaciones sindicales y la cotización a fondos externos que agrupen a trabajadores de distintos empleadores (antiguos centros de sustentación de las negociaciones por área de actividad).

- El empleador podrá declarar como no apto para iniciar negociaciones un plazo máximo de sesenta días en el año calendario y evitar así que ellas coincidan con períodos críticos de gestión.

- Los miembros de la Comisión Negociadora y los apoderados del empleador tendrán las más amplias facultades, las que ejercerán sin necesidad de consulta previa a sus representados. No obstante, los miembros de la Comisión Negociadora no podrán en ningún caso declarar la huelga, decisión que corresponde aprobar a los integrantes del sindicato o grupo negociador.

- Las instancias de mediación y arbitraje son voluntarias de las

partes, con excepción de las empresas que deban obligatoriamente someterse a este procedimiento.

- Si no hubiere mayoría por la huelga, o de haberla votado no se hiciere efectiva al tercer día de la votación, se entenderá que los trabajadores han optado por la última proposición del empleador. Los trabajadores también pueden optar por mantener las condiciones del contrato anterior con excepción a las cláusulas de futuras indexaciones.

- Hecha efectiva la huelga, el empleador tiene derecho, cumplidas ciertas condiciones, a declarar el lock-out total o parcial. Se entenderá como parcial el impedimento temporal de acceso de los trabajadores pertenecientes a uno o más establecimientos de la empresa, siempre que en ellos haya situación de huelga. El lockout no puede extenderse más allá de 30 días de iniciada la huelga, o del día del término de ella, si ello ocurriere primero.

- La huelga no altera el derecho del empleador a organizar, dirigir y administrar la empresa. Los trabajadores pueden desempeñar otro empleo o trabajos temporales, durante la huelga, sin que ello signifique término del contrato de trabajo con el empleador.

- Una vez transcurridos 30 días de iniciada la huelga, cualquier trabajador podrá retirarse de la negociación, exigir su recontractación en las condiciones existentes al término del contrato anterior. Antes de cumplirse dicho plazo, el empleador no puede ofrecer condiciones a trabajadores individuales, ni puede tampoco recibirlos.

- Durante la huelga, la Comisión Negociadora o un 10% de los involucrados podrá convocar a otra votación a fin de pronunciarse sobre la oferta vigente del empleador o para someter el asunto a arbitraje. Un 20% de los trabajadores podrá llamar a votación de censura de la Comisión Negociadora, la que para aprobarse requerirá de mayoría absoluta en votación secreta.

- Transcurridos 60 días de iniciada la huelga se termina el vínculo contractual, mantenido por la ley a pesar de no existir contrato y desde el inicio de ella, y por consiguiente termina el fuero que protege a los trabajadores. El recurso legal usado para producir este efecto es declarar renunciados a los trabajadores. Mejor sería incluirla como causal de término del contrato.

- De estimarse que la huelga causare grave daño a la salud, abastecimiento de la población, a la economía o seguridad nacional, el Ejecutivo puede decretar reanudación de faenas por 90 días, designando como mediador a un integrante del cuerpo arbitral. Transcurrido dicho lapso se reanudan los plazos que resultaron suspendidos con la reanudación de faenas.

- El empleador y los trabajadores de una empresa pueden suscribir un convenio colectivo que producirá los mismos efectos que un contrato colectivo. Las negociaciones que lo precedieren no se someterán a las normas procesales de la negociación colectiva, ni darán lugar a los derechos y obligaciones de ésta.

Capítulo 7

a Las Gratificaciones Legales

Subsiste en la legislación chilena una normativa sobre gratificaciones que es errada en su concepción y objetivo.

Aunque la norma no es abiertamente dañina, por falta de contenido, puede que en la práctica lo sea, pues crea expectativas y respalda una errada doctrina, cual es que el nivel de las remuneraciones debería tener, o tiene directa relación con las utilidades de la empresa en que se presta servicios.

Las utilidades constituyen un resultado final. Es el remanente que queda al capital y que se justifica por el riesgo asumido; es el pago al empresario por la calidad y oportunidad de su gestión, reflejada en el resultado de diversas decisiones de su incumbencia como el entrar o salirse de un giro, la contratación exitosa o desafortunada de un equipo de administradores, la modalidad de financiamiento usado y otras. Influye en el resultado final lo que ocurra en el período con la tasa de interés, la inflación, las paridades cambiarias —por mencionar las principales variables—, todo ello en forma adicional al pago de los insumos requeridos y de servicios prestados por los colaboradores, a sus respectivos costos de mercado y oportunidad, por mencionar algunos factores de incidencia. Sólo el remanente es la utilidad o pérdida del ejercicio.

La normativa vigente consulta que todos los establecimientos que llevan contabilidad deben dedicar un 30% de las utilidades que obtengan en el ejercicio al objeto de gratificar a los trabajadores de la empresa, lo que debe hacerse en forma proporcional a la remuneración devengada en el año por cada uno de ellos.

Para los efectos de cálculo la ley dispone que el empleador tiene derecho a deducir previamente de la utilidad de balance un diez por ciento por concepto de interés sobre su capital propio. Queda eximido, sin embargo, de tal obligación el empleador que cancela a modo de gratificación un 25% de las remuneraciones mensuales, con un tope de 4,75 ingresos mínimos mensuales. Los trabajadores que no alcanzasen a completar un año de servicios tendrán derecho a dicha gratificación en proporción a los meses trabajados.

Respecto de sistemas de incentivos, mucho se ha estudiado sobre la efectividad de modalidades alternativas. La participación sobre utilidades es reconocidamente un sistema ineficiente y de ahí su poco uso voluntario por las partes. Son demasiados los factores que afectan la utilidad anual siendo la gran mayoría de ellos ajenos al desempeño del trabajador. De ahí entonces que los incentivos que operan en la práctica suelen diseñarse directamente relacionando el aporte del trabajador a la producción (cantidad de piezas producidas, obtención de cierto resultado, sacar un trabajo en un cierto plazo, etc.). Las empresas prefieren entonces cumplir en la práctica con la disposición legal sobre gratificaciones cancelando el tope que las

exime de la obligación, existiendo plena conciencia que el verdadero nivel de las remuneraciones pagadas incluye la mencionada gratificación. La gratificación legal no es entonces más que un formulismo que figura en los contratos y en las liquidaciones de remuneraciones de los trabajadores y que implica varios millones de multiplicaciones y sumas al año sin alcance verdadero. En otras palabras, es una disposición legal sin contenido.

Si llegara, sin embargo, a suprimirse la disposición que permite al empleador eximirse de la gratificación legal pagando el 25% de las remuneraciones, con el tope indicado, y se hiciera obligatoria la distribución del 30% de las utilidades, la disposición sí pasaría a ser extremadamente dañina. El empresario que trabaje sin capital y cancele remuneraciones de mercado, se vería expropiado del 30% del valor de su gestión empresarial. En el otro extremo, en empresas de muy alta relación capital-trabajo y que tuvieran rentabilidades sobre el 10%, las gratificaciones legales podrían sobrepasar varias veces el nivel de las remuneraciones pagadas, y por igual razón, el valor que el mercado acuerda al aporte del trabajador. El raciocinio anterior deja en descubierto que la norma sólo satisface un espejismo demagógico, y que a su vez alimenta la ilusión, y el error tan generalizado, que las remuneraciones deben subir mientras existan utilidades (hasta que éstas desaparezcan, según el esquema marxista). Errada es también la tesis que la circunstancia de que existe pérdidas es razón para que no haya incrementos de remuneraciones.

La verdad es enteramente otra. Las remuneraciones tienden a fijarse por el mercado apoyándose los grupos negociadores en su costo de reemplazo y los niveles alcanzados no dicen relación con la situación de utilidades o pérdidas de la empresa donde se presta servicios. Es entonces equivocada también la creencia de que la negociación deba hacerse a la luz de cifras de balances.

Sería muy conveniente reemplazar enteramente la modalidad vigente sobre gratificación legal instaurando una concebida como un beneficio de nivel similar o menor a las indemnizaciones razonables por despido, a regir en los casos de retiros voluntarios y jubilaciones de trabajadores de muchos años de servicio al mismo empleador.

b Los Embates a la Modernización Realizada

La normativa laboral reemplazada se fue generando en el curso de años, sustentada en ideologismos y sin consideraciones interdisciplinarias que tomaran en cuenta sus efectos en otros sectores. Las distorsiones a la simetría necesaria para una adecuada operatoria se fueron acrecentando conjuntamente con la descomposición de la sociedad chilena.

El proceso fue presentado como resultante del tripartismo laboral, doctrina de la Organización Internacional del Trabajo que propugna el entendimiento del gobierno, empleadores y trabajado-

res en la búsqueda de solución a sus diferencias y la dictación de normas laborales ecuanímes y de protección de los trabajadores.

El objetivo de la OIT es loable y el esfuerzo sin duda tiene algunos frutos que mostrar, especialmente en campos como condiciones mínimas de trabajo, seguridad del trabajo, capacitación, etc. Ello no significa, sin embargo, que en Chile debamos adoptar sus muy numerosos y discutibles convenios y recomendaciones, elaborados muchas veces para justificar su frondosa burocracia, en un contexto altamente politizado. Por lo demás, la segunda revolución industrial convierte cada vez más sus esquemas en utopías de muy mal desempeño en la vida real.

El papel del Estado no es el de mediar entre cúpulas de trabajadores y de empleadores. Su verdadero rol es el diseño y la fiscalización de un marco normativo que conduzca a una relación laboral fecunda y a acuerdos justos que ofrezcan un grado de protección suficiente a los legítimos derechos de las partes y de los terceros susceptibles de resultar afectados.

La experiencia chilena fue que bajo el amparo de la atractiva denominación de "tripartismo", gobiernos y parlamentarios desatendieron cada vez más el bien común y fueron cediendo a presiones de grupos y directivas. Incluso se crearon artificialmente grupos de presión, diseñando prebendas para personas sin cohesión anterior. Se otorgaron sistemas previsionales especiales, carnés profesionales, mejoramientos de remuneraciones por ley, montos presupuestarios adicionales —en el caso de instituciones—, todo ello a costa de los más pobres y no organizados.

La popularización de este mecanismo y los excesos alcanzados indujeron a los más ansiosos, o a los más postergados en el reparto demagógico, a iniciar el sistema denominado de "tomas", a fin de precipitar el trato preferencial a su propio sector. A las "tomas" de universidades siguieron las de predios, industrias e incluso de tribunales de justicia. También de iglesias y un regimiento. La descomposición de la institucionalidad se hizo completa, volcándose las energías de muchos chilenos a la lucha por el poder total, el que se visualizaba como fuente de solución rápida de todos los problemas, especialmente los relacionados con la justicia y la pobreza.

La crisis de 1973 no fue otra cosa que la demostración práctica que las sociedades exitosas se construyen de otro modo; con años de trabajo creativo y responsable, desarrollo y adopción tecnológica, ahorro y respeto a la propiedad. Muy importante; con gobiernos defensores del bien común y que sean ejemplos en el manejo de los recursos disponibles.

Se puede argumentar que los trabajadores que "participaban" en las gestiones de mejoramiento por la vía política obtuvieron mejoramientos interesantes. Corresponde plantearse la duda razonable sobre si el desgaste e irracionalidad producto de esas luchas, y consiguiente freno del desarrollo económico, significaron saldos positivos en un contexto de largo alcance para estos grupos de presión, su-

puestamente beneficiados, y mejoría de oportunidades futuras para sus hijos.

En el período 1982-86 la crisis económica desgraciadamente ayudó al retorno de la demagogia. Los integrantes de las cúpulas sindicales de antaño han vuelto a la carga reclamando el retorno a la dictación de leyes discriminatorias y a su participación en las negociaciones colectivas. Rechazan el esquema que permite la solución a nivel de las partes, argumentando "atomización sindical" y que las huelgas que consultan la pérdida de vínculo constituyen "un chiste".

Lamentablemente algunas autoridades de gobierno, pretendiendo un apoyo político de esas cúpulas que, en el mejor de los casos será efímero, exhibiendo poco dominio del tema y cayendo en el "tripartismo de directivas", han sometido a trámite legislativo modificaciones de esencia a algunas de estas leyes, que de haber sido aprobadas habrían significado la derogación de pilares fundamentales de la modernización laboral. Suficientes sectores, sin embargo, han comprendido los méritos de la modernización aunando esfuerzos para su mantención.

A algunas personas les hace fuerza el argumento en orden a que la negociación por empresa, y con un mínimo de 8 trabajadores, deja "sin acceso a la negociación colectiva" a un porcentaje importante de la población. Con ello dan a entender que el único medio de negociación eficaz es el colectivo, olvidando que la negociación individual es el mecanismo principal de negociación en prácticamente todos los países. Aún más, en empresas pequeñas y en empresas de alta tecnología suele ser el único.

En los Estados Unidos, país de indiscutido liderazgo económico, tecnológico y sindical, sólo el 15% de los trabajadores no agrícolas negocia colectivamente (no hay negociación colectiva en la agricultura). En Francia lo hace sólo el 20%. En Chile los contratos colectivos rigen a poco más del 10% de los trabajadores y la recuperación de su industria llevará muy luego este porcentaje a uno similar al de los países mencionados.

Existe una realidad de fondo, y de otras dimensiones, a tener presente, que alimentará siempre el deseo de la gente a intentar cambiar la naturaleza de las cosas: ella es la condición humana. Ante la dificultad mental y emocional para enfrentar las inseguridades del futuro, los cambios y las crisis, los hombres son receptivos a quienes les ofrecen clavarles la rueda de la fortuna. Siempre habrá agentes interesados en recoger esta debilidad y usarla para presionar el sistema político.

Es muy corriente en la inconsciencia humana el presumir que la ocurrencia de ciertos hechos otorgan derechos permanentes; "quien ama tiene derecho a ser feliz, quien engendra hijos a que éstos cumplan sus expectativas, quien obtiene un empleo o logra relevancia, a conservarlo como derecho adquirido, con independencia de cual sea su desempeño y el vaivén de la sociedad y de la economía". Sin embargo, ello no está en la naturaleza de las cosas.

La capacidad de permanecer vigente es algo que empresas y trabajadores deben ganarse diariamente. El intento de cualquier protección legal justa tiene alcances limitados; fácilmente se llega por ese camino a la desprotección de otros e incluso al avasallamiento de los derechos legítimos de terceros.

Demostrado está que es una enajenación de la realidad el pretender la existencia de tribunales neutrales que establezcan si hubo "causas justificadas" para el término de una relación laboral. Es un intento de legislar más allá de lo legislable.

El desproporcionado apego a los "derechos adquiridos" es una ilusión culturalmente generalizada en Chile y explica en buena medida su subdesarrollo.

El vertiginoso cambio tecnológico ha hecho cada vez más visible la necesidad de ser receptivos a las realidades y abandonar los ideologismos utópicos que aparentan ser protectores y que sólo alimentan el retraso. El pragmatismo y cohesión en el trabajo logrados por Japón en las últimas décadas, adoptados por los demás países de economía libre del Extremo Oriente, están obligando a varios países europeos a modificar sus leyes laborales y a aceptar la naturaleza de las cosas. Chile ya lo ha hecho.

Más que un error sería un anacronismo que en el futuro el país volviera a apartarse de la realidad.

Anexo N° 1

La Doctrina del "Despido Sólo con Causa Justificada"

El Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) constituye la última versión de esta doctrina y de ahí es que extraeremos textualmente sus acápites principales:

"No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".

"No constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo las siguientes:

- a La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.
- b Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad,
- c Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.
- d La raza, color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social.
- e La ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

"El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o arbitro".

"Incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación".

"Se podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas:

- a los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea,
- b los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicio exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable,

- c ios trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración".

"Todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:

- a a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones, análogas cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderos directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o
- b a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones, o
- c a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones".

"Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos:

- a proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones.
- b de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos".

La Recomendación N° 166 de la OIT incluye otras consideraciones adicionales interesantes para el análisis.

"Tampoco deberían constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo:

- a la edad, sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación.
- b la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de obligaciones cívicas de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales.

- c la ausencia temporal del trabajador por motivo de enfermedad o lesión no debería constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo".

"Todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos para el trabajador o los trabajos interesados. Cuando proceda, la autoridad competente debería ayudar a las partes a buscar soluciones a los problemas que planteen las terminaciones previstas.

El empleador que prevea la introducción en la producción, el programa, la organización, la estructura o la tecnología de cambios importantes susceptibles de provocar terminaciones debería consultar lo antes posible a los representantes de los trabajadores interesados, entre otras cosas, sobre la introducción de tales cambios, sus posibles repercusiones y las medidas para prevenir o atenuar sus efectos perjudiciales".

"Entre las medidas que deberían considerarse con miras a evitar o limitar el máximo las terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos podría figurar la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto período, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo".

"La selección por el empleador de los trabajadores cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos debería fijarse según criterios en lo posible fijados de antemano, que tengan debidamente en cuenta tanto los intereses de la empresa, establecimiento o servicio como los de los trabajadores".

Anexo N° 2

Ley N° 16.455; Evaluación de sus Consecuencias

La ley N° 16.455, conocida en su época como "ley de inamovilidad", pretendió recoger en su texto la doctrina del "despido sólo por causa justificada" de la OIT.

Fue derogada quince años después mediante la promulgación de la ley N° 18.018. Sin embargo, sigue vigente en sus nocivos efectos en los contratos realizados con anterioridad a la promulgación de la ley derogatoria, pues ellos están regidos por el texto original del DL 2.200, norma legal que lamentablemente consolidó los efectos prácticos de la ley de inamovilidad.

La Organización Internacional del Trabajo ilustró su doctrina detallando motivos no justificados para terminar la relación laboral, destacándose entre ellos: raza, sexo, religión, opiniones políticas y afiliación sindical. La ley 16.455, por el contrario, enumera trece causas justificadas para la terminación del contrato. Junto a causales de fácil comprensión y uso se incluyeron otras ambiguas y que la jurisprudencia terminó por darles el carácter de letra muerta. Tal es el caso de causales como las siguientes:

- 4 Los actos, omisiones e imprudencias temerarias que afecten a la seguridad del establecimiento o de los trabajadores o a la salud de éstas.
- 9 La falta o pérdida de la aptitud profesional del trabajador especializado, debidamente comprobada de acuerdo al reglamento.
- 10 Las que sean determinadas por las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

La dictación de la ley N° 16.455 dio origen a una proliferación de juicios de despidos reclamando causas injustificadas. Adicionales a los despidos ocasionados por dolo de difícil prueba, fueron motivo de reclamo los originados por eficiencia insuficiente, y lo que es más grave, los producidos por cambio tecnológico y de demanda.

La jurisprudencia de estos juicios estableció que salvo dolo de fácil prueba, todo otro despido era injustificado; incluso la causal "necesidades de funcionamiento de la empresa" terminó siendo una norma sin contenido.

Al no hacer la ley mención a la edad como requisito de jubilación, o causal de término del contrato, recayó en el empleador el cargo de la prueba que un trabajador no está cumpliendo el contrato en casos de vejez.

La sanción aplicada por los tribunales a la negativa de reincorporación se generalizó en el pago de una indemnización de un mes

por año de servicio. La sola existencia de la norma terminó por crear la expectativa en los trabajadores de la existencia de un beneficio paralelo al de la remuneración consistente en un mes por año de servicio.

La sola dictación de la ley significó entonces un alza técnica del costo de las planillas de remuneraciones en un 8,33% y el surgimiento de un pasivo técnico, sin reconocimiento tributable ni contable, ascendiente a una remuneración por año de servicios del personal prestando servicios al momento de la ley. Quedaron eximidos de esta situación sólo los casos de despido producidos de personal de confianza y los fundados en dolo de fácil prueba.

La ley N° 16.455 significó un altísimo costo en términos de posibilidades de desarrollo del país, cualquiera haya sido el espíritu original del legislador respecto de su objetivo y pronóstico de funcionamiento. El hecho real producido es que, a los pocos años de antigüedad, se crea una fuerte y progresiva sobreprotección del trabajador, con lo que la presión por eficiencia se dificulta y la innovación es cada vez más difícil, al punto de llevar a la unidad económica a la incapacidad de sobrevivir, situación que ocurrió con miles de empresas.

En atención a que el trámite legal de reclamo por despido injustificado se convirtió en mero formulismo, el DL 2.200 optó por consagrar el libre despido, gravándolo con la indemnización creada en la práctica por la ley 16.455.

Es de lamentar que en esa ocasión no se descartara la doctrina utópica de las "causas justificadas" al despido. La sobreprotección al trabajador fue corregida por la ley N° 18.018, por el errado mecanismo de establecer un tope de 150 días a la indemnización, fórmula a regir para las contrataciones hechas después de su promulgación. Lo anterior creó dos tipos de chilenos, los contratados con anterioridad a ella y los contratados con posterioridad, situación que generará problemas en el futuro.

Razón importante de la confusión legal existente en este tema es la ideologización de las posiciones y enfoques. Existen entrecruzamientos de problemas que son distintos y que desgraciadamente suelen mezclarse. Distintos son el problema de la previsión del trabajador, el de sus necesidades en caso de producirse cesantía, el de las sanciones necesarias a las prácticas desleales y la protección del trabajador para facilitar sus relaciones con el empleador.

Desgraciadamente algunos creyeron posible resolver estos cuatro problemas, tan distintos, con una sola y misma herramienta: un sistema de indemnización de un mes por año de servicio, sin tope. Curiosamente aquí existe un enganche adicional: muchos creen que si hay derecho a una indemnización, la única posible es la recién indicada.

La lógica y la práctica aconsejan diseñar y utilizar herramientas adecuadas a la solución de cada problema, de modo de lograr efectividad en el intento. El problema de las pensiones fue satisfac-

toriamente resuelto con la reforma previsional. El de la cesantía debe resolverse mediante adecuados subsidios de cesantía, como lo han hecho, y con éxito, los países desarrollados. El fortalecimiento de la legislación, con aumento de las sanciones, es al parecer el camino para prevenir las prácticas desleales. Finalmente, para las relaciones laborales que se tornan insatisfactorias, por las razones que sean (demanda, diseños de trabajo, eficiencia, tecnología), debe buscarse una solución armoniosa y que dé a cada parte lo justo. En un régimen de economía social de mercado, el desahucio necesariamente debe ser un derecho de libre ejercicio para el empleador, puesto que a éste le resulta indispensable para administrar eficientemente su empresa y sobrevivir. El desahucio debe consultar, sin embargo, un beneficio razonable en términos de protección del trabajador, quien se ve privado mediante él de su fuente de ingreso y de una actividad socio-laboral.

Un costo razonable inducirá al empleador a contratar en forma cuidadosa, a llevar una adecuada dirección y a medirse en sus presiones por eficiencia e innovación. La indemnización razonable constituye, asimismo, además de un apoyo social para el trabajador, una herramienta de mejoramiento de su poder de negociación para enfrentar, en mejor pie, las presiones del empleador. La indemnización, sin embargo, por ningún motivo deberá constituirse en una trampa que lleve a que, con los años, resulte al trabajador un negocio el ser despedido. Tampoco que constituya una defensa insensata para una eventual falta de eficiencia o de colaboración, como tampoco de una inflexibilidad al cambio, elemento asfixiante para cualquier empresa en un mundo de rápida evolución tecnológica.