

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Coordinador de este número de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO:

Pablo Arellano Ortiz

Profesor de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social,
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

ÍNDICE

Pablo Arellano Ortiz, *Introducción al número por parte del Coordinador*..... **I**

Artículos

Michele Tiraboschi, *What can I do for you? En recuerdo del Profesor Roger Blanpain*..... **1**

Marius Olivier, *Perspectivas basada en derechos sobre el acceso a la seguridad social para los migrantes temporales en Australia: ideas que emanan de las experiencias europeas*..... **5**

Adriana Hidalgo, *El acceso a la justicia laboral de las personas trabajadoras migrantes nicaragüenses en Costa Rica*..... **30**

Pablo Arellano Ortiz, *Trabajadores migrantes y derecho social: estado de la protección en el contexto latinoamericano*..... **48**

Rodrigo Sandoval Ducoing, *Una nueva Política Migratoria para los trabajadores migrantes en Chile*..... **71**

Cristián Doña Reveco, *Migración Internacional y Estructura Social en Chile: un primer análisis*..... **97**

Ivonne Ponce Heinsohn, *Profesionales contratados a honorarios según Ley n. 18.883: Algunas reflexiones sobre su acertado tratamiento jurisprudencial*..... **115**

María Soledad Jofré Bustos, *Los trabajadores independientes en el sistema de seguridad social chileno*..... **129**

Yenny Pinto Sarmiento, *Negociación colectiva del sector público en Chile*..... **144**

Silvia Fernández Martínez y José Sánchez Pérez, *El despido derivado de la incapacidad temporal del trabajador: estudio comparado entre España e Italia*..... **162**

Alfredo Sierra, *Los bonos y participaciones como componentes del régimen retributivo de los trabajadores*..... **189**

Francisco Javier González Ávila y José G. Vargas-Hernández, *Liderazgo sindical en México y su impacto en la creación del capital social en la organización. Caso SNTE (Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación)*..... **205**

Comentarios

Julio Ismael Camacho Solís, *Las prestaciones extralegales y la previsión social en el ámbito laboral en México*..... **217**

Reseñas Bibliográficas

Alfonso Muñoz Bolados, *Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica*, por José Luis Ugarte Cataldo. *Una reseña*..... **245**

Andrés Ahumada Salvo, *La eficacia diagonal u oblicua y los estándares de conducta en el Derecho del Trabajo*, por Sergio Gamonal Contreras. *Una reseña*..... **250**

Introducción al número por parte del Coordinador

El presente número de la Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 4, núm. 3, julio-septiembre de 2016, si bien posee una gran variedad de autores y temáticas, un numero importante de trabajos se ha concentrado en la protección de los derechos sociales de los trabajadores migrantes, analizados desde una perspectiva nacional, encontrando, además, contribuciones de autores de Australia, Costa Rica, España, Italia y México. Se ha mantenido la estructura de la revista conservando dos apartados uno para artículos y otro para comentarios. Además se ha incluido dos reseñas bibliográficas.

Como hemos señalado existe un grupo de trabajos dedicados el tema de las migraciones. Entre ellos estas los trabajos de los profesores Olivier, Hidalgo, Arellano, Sandoval y Doña. Todos estos trabajos desde diferentes perspectivas atienden a los derechos de los trabajadores migrantes en contextos muy variados analizándose situaciones de Australia, Costa Rica y Chile en particular pero también con una visión regional del continente Americano. Veamos entonces de que tratan cada uno de estos trabajos.

El primero de los trabajos de este grupo es el del profesor Marius Olivier el cual se encuentra titulado “Perspectivas basada en derechos sobre el acceso a la seguridad social para los migrantes temporales en Australia: Ideas que emanan de las experiencias europeas”. En el cual se nos presenta la situación de los trabajadores migrantes temporales en Australia y como las políticas con respecto a este grupo ha hecho que deban plantearse preguntas en relación con la lógica redistributiva del Estado de bienestar, dado el resultado del desplazamiento de la responsabilidad hacia los individuos y las familias. A esta categoría de trabajadores, además, les resulta complejo poder invocar con éxito el supuesto incumplimiento por parte de Australia de sus derecho a la seguridad social de acuerdo a la

normas internacionales de los derechos humanos. Ante esto el trabajo postula que los desarrollos legales y jurisprudenciales en este sentido en el contexto europeo pueden ser de valor moral e idealmente con valor persuasivo. Los que además puede permitir un cambio hacia un enfoque basado en los derechos. De esta manera, el trabajo nos lleva por los más recientes desarrollos en el ámbito de la migración y de la seguridad social en el derecho europeo. Sin duda un trabajo interesante que llama la atención pues la comparación puede ser utilizada en este ámbito de protección.

Por su parte Adriana Hidalgo, quien es experta en materias relativas a los derechos de los migrantes nos presenta un trabajo titulado “El acceso a la justicia laboral de las personas trabajadoras migrantes nicaragüenses en Costa Rica”. Este nos muestra como el Poder Judicial de Costa Rica ha venido desarrollando un importante trabajo para garantizar el efectivo acceso a la justicia en general y laboral en particular, para las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de refugio. En este trabajo, entonces, da cuenta de las acciones que ha comprendido este trabajo que abarca todo un proceso de formulación e implementación de políticas judiciales innovadoras, de avanzada y que buscan promover la igualdad y la no discriminación entre nacionales y estos grupos de población. Costa Rica cuenta con una larga trayectoria democrática y constituye un importante país de destino de flujos migratorios de indígenas Ngobe, provenientes de Panamá y principalmente de nicaragüenses. Se ha querido compartir estas buenas prácticas judiciales con el fin de motivar procesos similares en otras latitudes. Cabe destacar que dentro del contexto centroamericano este país se ha convertido en los últimos años es un país de destino de flujos migratorios y por otro lado, las políticas sociales existentes son de un estándar bastante elevado en comparación con otros países de la región. El ejemplo costarricense debe servir a nuestro parecer para alinear políticas en torno a la efectiva justicialidad de los derechos sociales en materia migratoria.

El profesor Pablo Arellano Ortiz aporta a la discusión sobre la migración con el trabajo “Trabajadores migrantes y derecho social: estado de la protección en el contexto latinoamericano”. En su trabajo se ocupa de estudiar el problema de la protección de los trabajadores migrantes y sus familias de una manera general en el contexto latinoamericano. Para ello, parte de la base que dicha protección debe ser hecha en función del carácter de derecho humano que posee. Se cuestiona el nivel de protección que se le entrega en la región latinoamericana. El trabajo postula que dos factores deben ser estudiados con mayor profundidad a fin de entregar una mayor y mejor protección: la informalidad y la

cobertura de seguridad social. De este trabajo se concluye, entonces, que en materia de protección del migrante queda mucho por hacer.

Los siguientes dos trabajos se encuentran referidos en específico a la realidad migratoria chilena. El primero de estos pertenece a Rodrigo Sandoval Ducoing, quien es el Jefe Nacional del Departamento de Extranjería y Migración y su trabajo se denomina “Una nueva Política Migratoria para los trabajadores migrantes en Chile”. En este se expone como Chile se ha posicionado paulatinamente como un país de acogida de población migrante, y principalmente por migrantes laborales. El perfil laboral de estos flujos impone desafíos particulares hacia un cambio legislativo necesario en materia de política migratoria, lo cual incluye el aseguramiento de los derechos de los trabajadores migrantes, especialmente en relación a sus derechos laborales y de seguridad social. En el presente trabajo se revisa las acciones llevadas a cabo para el necesario cambio de paradigma en la legislación y política migratoria actual, las cuales se traducen en la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Migraciones del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y las modificaciones administrativas que permiten el acceso a derechos sociales, civiles y culturales a los migrantes, en espera de la nueva legislación. En el trabajo se plantea que todas estas han constituido un aporte al aseguramiento de la titularidad de derechos de las personas migrantes, especialmente en materia laboral y de seguridad social. El segundo trabajo es del profesor Cristián Doña Reveco de la Universidad Diego Portales, doctor en sociología y especialista en temas migratorios, denominado “Migración Internacional y Estructura Social en Chile: Un primer análisis”. En su contribución el análisis se centra en las consecuencias de la migración en la sociedad de destino: en este caso Chile. En particular pretende proponer una primera respuesta desde una perspectiva macro o estructural a los espacios en los cuales los inmigrantes se incorporan a la estructura social chilena. El estudio de la incorporación de los migrantes a las sociedades de acogida, en particular al mercado laboral es uno de los temas más debatidos y más clásicos en este campo de estudio. Las teorías más clásicas que surgen de la economía neoclásica no han sido capaces de explicar efectivamente los orígenes de la migración internacional. Por el otro lado, las teorías que han conectado la migración con transformaciones globales de la economía y de las sociedades si explican de mejor manera este fenómeno. Este artículo utiliza de manera general la teoría de los mercados segmentados para hipotetizar y explicar la participación de migrantes en edad laboral en la sociedad chilena. Un interesante aporte a la mejor comprensión de la realidad migratoria chilena. La lectura de estos dos trabajos permiten entender el contexto migratorio

y además la manera como el gobierno actual se encuentra enfrentando esta problemática social.

El conjunto de trabajos que siguen corresponden a temáticas diversas provenientes de distintos países y que nos han llamado la atención por lo particular de los análisis realizados.

En el primero de ellos la profesora Ivonne Ponce Heinsohn, Universidad Bernardo O'Higgins, nos entrega un trabajo titulado "Profesionales contratados a honorarios según Ley n° 18.883: Algunas reflexiones sobre su acertado tratamiento jurisprudencial". En dicho trabajo se desarrolla una cuestión muy debatida en el último tiempo en Chile en relación a la posición que esta categoría de trabajadores tiene en cuanto al Estado como su empleador. Así, se explica que los profesionales a honorarios contratados por las municipalidades en Chile se rigen, según lo estipulado en el artículo 4 de la Ley n° 18.883, por las normas del respectivo convenio que firman. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena mediante el conocimiento de recursos de unificación de jurisprudencia, ha mantenido una línea jurisprudencial en virtud de la cual ha sentenciado que si estas personas en la práctica ejercen funciones bajo un vínculo de subordinación y dependencia, deben ser amparadas por la normativa laboral. Lo que implica una extensión jurisprudencial del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. Pasando sus fronteras clásicas y protegiendo a trabajadores que se encontraban en una clara situación de precariedad. Este trabajo debe ser leído en complemento con aquel que nos entrega la profesora María Soledad Jofré Bustos, de la Universidad de Talca, denominado "Los trabajadores independientes en el sistema de seguridad social chileno". En este trabajo se aborda la situación de los trabajadores independientes en el sistema de seguridad social chileno, teniendo como objetivos, en primer lugar, intentar dar un concepto de trabajador independiente que sea aplicable a la realidad, y así poder entender quiénes se incorporan a sistema pero también a quiénes se excluye, y en segundo lugar, dar cuenta de la regulación que existe en el ordenamiento jurídico chileno respecto de este grupo, presentando los problemas y desafíos que pueden observarse atendiendo el estado actual de las relaciones de trabajo en Chile. Ambos artículos tratan de trabajadores que participan de un mercado de trabajo precario y segmentado. La situación de los trabajadores independientes es bastante precaria en cuanto a su protección en Chile, y la situación de trabajadores independientes que trabajan a honorarios en el sistema público se ven igualmente expuestos en la protección de sus derechos.

Junto con los derechos individuales de los trabajadores del sector público en Chile resulta del todo interesante el estudio de sus derechos colectivos.

Para ello la profesora Yenny Pinto Sarmiento, Universidad Católica del Norte (Chile) nos presenta el trabajo “Negociación colectiva del sector público en Chile”. En dicho trabajo la autora revisa la regulación y la negación del derecho a la negociación colectiva y a la huelga de los trabajadores del sector público, incluyendo la normativa recientemente aprobada en Chile, como instrumentos internacionales, fundamentalmente de la Organización Internacional del Trabajo. Se analiza la actual consagración del derecho a huelga en el Derecho chileno, tanto en la Constitución como en el Código del Trabajo, la vía doctrinaria para estimar que su naturaleza es la de un derecho fundamental y su regulación y moderación a través de los servicios mínimos. Se incluye también una referencia a los problemas de los derechos mínimos en la reciente ley N° 20.940 de 8 de septiembre de 2016.

A continuación encontramos un trabajo de colaboración italo-española entre los profesores Silvia Fernández Martínez y José Sánchez Pérez, quienes nos presentan su trabajo “El despido derivado de la incapacidad temporal del trabajador: estudio comparado entre España e Italia”. A juicio de los autores en un contexto de crisis económica como el actual cada vez son más frecuentes los despidos de los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal a causa del padecimiento de enfermedades, en muchos casos, crónicas. Para ellos esto está motivado por el interés del empresario en obtener el mayor rendimiento posible, interés totalmente legítimo pero que en ocasiones puede colisionar con los derechos del trabajador. En estos casos se produce un conflicto entre dos intereses legítimos que será necesario resolver para decidir cuál prevalece. Entonces los autores plantean que resulta necesario analizar si el derecho del trabajador a la conservación de su puesto de trabajo prevalece sobre la posibilidad de despedirlo por ineptitud sobrevenida, morbilidad excesiva o imposibilidad de la prestación mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal. El artículo propone además realizar el análisis a través de un estudio comparado entre España e Italia, lo que permitirá aportar elementos nuevos a esta discusión. A nuestro criterio ello se logra.

Por su parte el profesor Alfredo Sierra Herrero en su trabajo “Los bonos y participaciones como componentes del régimen retributivo de los trabajadores” realiza un estudio en materia de remuneraciones. Según el profesor Sierra Herrero en la actualidad se observa una tendencia creciente de las empresas a contar con sistemas salariales mixtos que, junto a una remuneración fija, se componga también por retribuciones asociadas al rendimiento de la empresa y de los trabajadores. En efecto, esto permite, por una parte, que la cantidad fija conformada por el sueldo

otorgue seguridad al trabajador y, por otra, que las remuneraciones variables por rendimiento le ayuden a aumentar sus ingresos. El trabajo se circunscribe a la realidad chilena, donde a juicio del autor han adquirido importancia en esta materia la participación y los bonos, estos tipos de remuneración consisten en emolumentos variables que se fijan teniendo en cuenta los criterios recién mencionados. La participación tiene por objeto la repartición de las utilidades de la empresa en general o de negocios particulares de la misma. En cambio, los bonos o incentivos por rendimiento buscan premiar al trabajador en casos que se consigan determinados resultados, que pueden ser tanto de la empresa, como también de los propios trabajadores. El trabajo tiene por objetivo analizar las características principales de ambos tipos de remuneraciones variables en el Derecho chileno, haciendo presente donde corresponde los casos decididos por la judicatura laboral de dicho país.

Por su parte Francisco Javier González Ávila y José G. Vargas-Hernández, de México, en su trabajo titulado “Liderazgo sindical en México y su impacto en la creación del capital social en la organización Caso SNTE (Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación)”, nos entrega un interesante estudio de caso. En este se analiza la relación entre los liderazgos y el Capital Social del SNTE. Se presentan evidencias de cómo los líderes cambian de paradigmas y van construyendo el Capital Social. Se trata de un trabajo de investigación de tipo cualitativo, con un diseño descriptivo, utilizando el análisis documental, la entrevista y la encuesta como instrumentos de recolección de datos. Se incluye una muestra de la población corresponde a los agremiados al sindicato SNTE. Para los autores el argumento central del análisis se fundamenta en que los liderazgos sindicales en sus diferentes niveles de la estructura del SNTE impactan en el Capital Social cuyos resultados revelan que los liderazgos modelan y marcan una pauta para el fortalecimiento del Capital Social de una organización. Dichos resultados, pueden ser utilizados como base para futuras investigaciones que involucren tanto el tema de los sindicatos como el de Capital Social. A nuestro parecer este tipo de estudios de tipo cualitativos con una metodología que no es la tradicional en el derecho del trabajo pero sí en las ciencias sociales, resulta del todo relevante para efecto de poder destacar casos de estudio en las relaciones laborales.

En la sección Comentarios hemos incluido el trabajo del profesor Julio Ismael Camacho Solís sobre “Las prestaciones extralegales y la previsión social en el ámbito laboral en México”. En este trabajo el autor a través de una serie de descripciones sobre temas clásicos del derecho del trabajo relacionados, tales como la noción de trabajo y la normativa internacional del trabajo, que sirven de base para el tratamiento de la Ley Federal del

Trabajo. Así, se revisan temas clásicos como las relaciones entre lo público y privado para intentar sostener la naturaleza de los derechos sociales a la luz de lo desarrollado por diversos autores que se revisan.

Se incluyen además dos reseñas bibliográficas realizadas por dos alumnos ayudantes de la Cátedras de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. La primera realizada por Alfonso Muñoz Bolados al libro del profesor José Luis Ugarte Cataldo, “Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica”. La segunda efectuada por Andrés Ahumada Salvo al libro del profesor Sergio Gamonal Contreras “La eficacia diagonal u oblicua y los estándares de conducta en el Derecho del Trabajo”.

Antes de terminar esta presentación del presente número de la revista debo expresar con profundo pesar la lamentable pérdida para el mundo de las relaciones laborales del profesor Roger Blanpain. Sin duda uno de los principales exponentes de esta área de los últimos años, como también se desprende de la contribución inicial de este número escrito por uno de los editores de esta Revista, el profesor Michele Tiraboschi. Al igual que muchos colegas tuve la ocasión de compartir con él en diversas conferencias, en donde destacado que siempre viajaba con su mujer y su apertura para dialogar con todos. Su generosidad me llevo incluso a participar como coeditor en uno de los volúmenes del *Bulletin of Comparative Labour Relations*¹, en conjunto con los profesores Olivier y Vonk. Experiencia que valoro y agradezco. En donde quiera que esté el profesor Blanpain de seguro está conversando, compartiendo y riendo, de la misma manera que lo hacía con todos nosotros. Un fuerte y sincero abrazo a su mujer y a su familia.

Finalmente, debemos señalar que el conjunto de los temas tratados conforman un numero muy diverso y completo en cuanto a las distintas materias que abarca el estudio comparado de las relaciones laborales. Con la coordinación de este numero esperamos haber hecho un pequeño aporte a la discusión en torno a la protección de los derechos laborales. Nuestra intención ha sido poder entregar miradas nuestras sobre una gama de problemas, teniendo especial atención a un tema relevante en estos momentos como lo es los efectos de la migración en el mundo del trabajo.

Quisiera cerrar esta presentación agradeciendo a los autores por su compromiso con este número y a su vez agradecer a la Revista

¹ Ver: Blanpain, R., Arellano, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Bulletin of Comparative Labour Relations* Vol. 84, *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013.

Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo que me ha permitido coordinarlo. Espero que la lectura que viene en las páginas que siguen les sea de mucha utilidad.

Pablo Arellano Ortiz

Profesor de las Cátedras de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

What can I do for you? **En recuerdo del Profesor Roger Blanpain**

El martes 11 de octubre nos ha dejado Roger Blanpain, Profesor Emérito de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica de Leuven (Bélgica). Con Roger Blanpain he tenido el honor y el privilegio de pasar un año entero de estudio e investigación en el *Instituut voor Arbeidsrecht*¹ cuando era un joven asistente del Profesor Marco Biagi en la fase de transición de la Statale di Milano, donde me acababa de licenciar, al Centro Studi Internazionali e Comparati de Módena. El *Instituut voor Arbeidsrecht* fue fundado por el Profesor Roger Blanpain en los años sesenta y pronto se convirtió (tal y como a él le gustaba decir) en la Meca de los comparatistas del trabajo.

Roger Blanpain ha sido un jurista internacional en el verdadero sentido de la palabra, muy conocido y apreciado por todos. En los próximos meses leeremos los artículos y los mensajes de recuerdo de aquellos que han estado mucho más cerca de él de lo que lo he estado yo. Además de una breve nota biográfica en Wikipedia², señalo el mensaje de recuerdo del último de sus discípulos³ en orden temporal, el Profesor Frank Hendrickx, a través del cual me he enterado de la noticia.

Creo que, en cualquier caso, es necesario recordar al público italiano a Roger Blanpain. No solo porque ha sido nuestro huésped, y de otros colegas en tantísimas universidades italianas, sino también y sobre todo, por la lección que nos ha dejado en herencia, además de por la cercanía con el método, asimilado y practicado constantemente por ADAPT.

Ya antes de la globalización y del enraizamiento del método comparado en los estudios jurídicos, Roger Blanpain nos invitaba a una plena y

¹ Véase https://www.law.kuleuven.be/arbeidsrecht/english/index_english.html

² Véase https://nl.wikipedia.org/wiki/Roger_Blanpain

³ Disponible en <http://adapt.it/englishbulletin/wp/in-memory-of-professor-roger-blanpain/>

confiada apertura hacia el mundo y la diversidad. Asimismo, nos invitaba a recurrir a la comparación con otros ordenamientos para comprender mejor las complejas dinámicas del trabajo en el contexto en el que vivimos, así como las implicaciones sociales derivadas de los procesos económicos y de regulación de la producción de riqueza.

“Cada profesor tiene la libertad de desarrollar las investigaciones en las cree y muchos académicos hacen de la investigación un trayecto solitario y autorreferencial, funcional a su carrera académica. Sin embargo, desde mi punto de vista” – nos decía Roger Blanpain – “nosotros profesores estamos, antes que nada, obligados a identificar las principales cuestiones sociales que impactan en la vida de las personas y acércanos a ellas con humildad para dar nuestra aportación concreta. Si las personas más frágiles no tienen voz y derecho a la palabra, yo alzaré mi voz por ellos”.

Sin entrar en el mérito de sus numerosos trabajos, que han cubierto prácticamente todas las temáticas del Derecho del Trabajo y de las Relaciones Industriales, muchas veces de manera pionera (pienso en los estudios sobre el trabajo a través de agencias de colocación, por los cuales me siento en deuda con él, y también en la regulación jurídica del trabajo deportivo, cuando todavía nadie hablaba del tema), creo que Roger Blanpain nos ha dejado una lección importante, invitándonos a trabajar en grupo – cosa que en aquel momento era realmente rara entre los juristas del trabajo – y a ser humildes y aplicar con rigor el método, tal y como ha recordado, recientemente, Mario Napoli en el Prólogo al volumen de Matteo Corti sobre la participación de los trabajadores (Ed. Vita e Pensiero del 2012). “Para todos nosotros” – decía Roger Blanpain - el método comparado “representa, en definitiva, un ejercicio de modestia, puesto que nos pone constantemente y prevalentemente en contacto con la riqueza y la variedad de tantas culturas diversas”.

Seguramente no es una casualidad que el primer trabajo que Marco Biagi me encomendó, en los inicios de nuestra colaboración en Módena, fuese la lectura y la revisión lingüística de algunas páginas sobre el método, escritas por el propio Roger Blanpain, en el capítulo introductorio de un trabajo que habían escrito conjuntamente, en la colección de materiales de Derecho del Trabajo y de Relaciones Industriales coordinada por Luigi Montuschi y por el propio Marco Biagi para Maggioli Ed. (M. Biagi, R. Blanpain, *Diritto del lavoro e relazioni industriali nei Paesi industrializzati ad economia di mercato - Profili comparati*, Maggioli Editore, 1991). A todos los jóvenes estudiosos y apasionados de la materia, les aconsejo la lectura de este artículo introductorio de Roger Blanpain que lleva por título *La*

*comparazione nel diritto del lavoro e nelle relazioni industriali*⁴, pp. 13-45.

Roger Blanpain ha sido uno de los artífices, no solo del método, sino también de la comparación iuslaboralista “en acción”, a través, por ejemplo, de una aportación decisiva al nacimiento, y posteriormente a la vida asociativa, de la *International Society for Labour Law and Social Security Law* y de la *International Industrial Relations Association* (hoy en día ILERA). Es en este ejemplo en el que nos hemos inspirado tanto años atrás con Marco Biagi durante el nacimiento de ADAPT⁵ y, más recientemente, también con la comunidad de lengua latina CIELO⁶, imponiéndonos practicar humildemente un método, en lugar de limitarnos a leer solamente el Derecho del Trabajo (también de otros países) en los libros y en las leyes. Un método que tiene como objetivo, tal y como dice el lema de ADAPT, contribuir todos juntos a la construcción del futuro del trabajo que es, hoy en día, un futuro global de desarrollo incierto ya que está condicionado por las imponentes transformaciones tecnológicas, ambientales y demográficas que inciden de manera importante en el mantenimiento del cuadro regulatorio y de los valores en los que se inspira nuestra disciplina.

Al compartir con todos vosotros estas reflexiones sobre lo que Roger Blanpain ha representado en los estudios del Derecho del Trabajo, lo saludo por última vez y lo recordaré, antes que nada, como un profesor: un verdadero profesor. Una persona importante, artífice de centenares de proyectos e iniciativas de prestigio, como la monumental *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations* coordinada para Kluwer Law International, y sin embargo siempre disponible para escuchar a todos, partiendo de los estudiantes. Una manera de escuchar curiosa y sincera, atento al otro, sin ninguna barrera y sin ninguna distinción de estatus, como he tenido la oportunidad de verificar personalmente en mi posición de un simple recién licenciado, entre los muchos que habían llegado a su Meca de estudios laborales. Esta era la característica distintiva de verdadero innovador que tenía en común, como persona, con Marco Biagi y con quién también compartía una gran capacidad organizativa, proyectual y relacional. Como él mismo ha escrito en sus memorias publicadas hace algunos años⁷, su lema era: “*What can I do for you?*”.

⁴ Disponible en <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2015/03/Pagina-pubblicitaria-ITA-2-marzo-2015.pdf>

⁵ Ver: <http://www.bollettinoadapt.it/adapt-brain-hub/>

⁶ Léase el Manifiesto de CIELO (Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional) en <http://www.cielolaboral.com/mision/>

⁷ Disponibles en <http://www.cer-leuven.be/Blanpain/memoires/memoires%20english%20teaser.pdf>

Quién piensa con preocupación en el futuro de la investigación y de nuestras maltratadas universidades puede recomenzar por esto, por un nuevo modo de hacer universidad y de ser profesores, que no es más que un regreso al pasado, a las raíces más profundas de una comunidad de personas capaces de pensar, no solo en ellas mismas y en su carrera profesional o académica, sino que también tengan una fuerte sensibilidad y humildad para saber preguntarle a los demás, de vez en cuando, “What can I do for you?”

Michele Tiraboschi*

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia).

Perspectivas basadas en derechos sobre el acceso a la seguridad social para los migrantes temporales en Australia: ideas que emanan de las experiencias europeas*

Marius OLIVIER**

RESUMEN: Australia en los últimos años ha adoptado una posición política que hace hincapié en la migración temporal, generalmente asociada con una reducción del acceso a la seguridad social. Esto ha planteado preguntas fundamentales con respecto a la lógica redistributiva del Estado de bienestar, dado el resultado del desplazamiento de la responsabilidad hacia los individuos y las familias. Ha sido difícil hacer frente a estas preocupaciones de un paradigma basado en los derechos. Por otra parte, la mayoría de las categorías de migrantes han sido incapaces de invocar con éxito el supuesto incumplimiento por parte de Australia con el dominio en cuanto al acceso a la seguridad social se refiere. Se sugiere que los desarrollos legales y jurisprudenciales en este sentido en el contexto europeo pueden ser de valor moral e idealmente con valor persuasivo. La reflexión sobre estos desarrollos se limita a los dos principales esferas jurisdiccionales regionales, es decir, la Unión Europea y el Consejo Europeo.

Palabras clave: Acceso a la seguridad social, portabilidad, trabajadores migrantes temporales, protección de la seguridad social.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Impulsores de políticas y principios subyacentes. 2.1. Unión Europea. 2.2. Consejo Europeo. 3. Seguridad social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea y el Consejo de Europa. 3.1. Unión Europea. 3.2. Consejo Europeo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Basado en un artículo presentado por el autor en un taller sobre “Comparative and international perspectives on Australian temporary labour migration” (21/22 July 2016), organizado por el Centre for Employment and Labour Relations Law (CELRL), University of Melbourne.

** Profesor Adjunto, Facultad de Derecho, University of Western Australia, Perth; Profesor Extraordinario, Facultad de Derecho, Northwest University, Potchefstroom, South Africa.

Rights-based perspectives on access to social security for temporary migrants in Australia: Pointers emanating from the European experiences

ABSTRACT: Australia has over the years adopted a policy position that emphasises temporary migration, generally associated with a curtailment of access to social security. This has raised fundamental questions regarding the redistributive rationale of the welfare state, given the resultant shifting of responsibility to individuals and families. It has been difficult to address these concerns from a rights-based paradigm, in view of (among others) the absence of a binding Bill of Rights at the national level in Australia, and the effective superimposition of migration law and policy on the social security rights domain. Moreover, most migrant categories have been unable to successfully rely on alleged non-compliance by Australia with the international human rights domain as far as access to social security is concerned.

It is suggested that legal and jurisprudential developments in this regard in the European context may be of moral and ideally persuasive value. These developments hold potential value for constructing a rights-based and consistent framework. The reflection on these developments is restricted to the two main regional jurisdictional spheres, i.e. the European Union and the European Council – relying on instruments informing the social security sphere in these jurisdictions and the jurisprudence emanating from the European Court of Justice and the European Court of Human Rights respectively.

Key Words: Access to social security, portability, temporary migrant workers, social security protection.

1. Introducción

A través de los años Australia ha sido, desde un punto de vista normativo, testigo de un mayor énfasis en la migración temporal, generalmente acompañado de una reducción del acceso a la seguridad social. De hecho, según ha señalado Mares, y como Boucher y Carney sostienen, la “situación de los trabajadores temporales plantea cuestiones filosóficas profundas centrales de la lógica redistributiva del Estado de Bienestar: *¿Por cuánto tiempo es aceptable para alguien para vivir, trabajar y pagar impuestos en Australia, pero que se nieguen servicios financiados por el gobierno (...)?, ¿En qué momento decimos que alguien ha contribuido lo suficiente (...)?*”⁸.

El cambio de política que ha tenido lugar tal vez se podría resumir en que se requiere de los inmigrantes calificados para sean auto-prestadores y de los familiares patrocinadores para pagar a los que no pueden pagar por sí mismos⁹. Y, sin embargo, como ya se ha comentado, “implícito en este cambio de política no es sólo una cosificación de la responsabilidad individual de riesgo social (incluyendo el desempleo), sino también una familiarización de la responsabilidad del bienestar de las personas dependientes de inmigrantes (...), la serie de las obligaciones contractuales y los bonos patrocinados introducidos para los migrantes patrocinadores durante los años 1990 y 2000, junto con la introducción de períodos de espera y calificación, que equivale a *familialismo por defecto* por el que la asistencia familiar es requida ya que no hay otra opción para el apoyo”¹⁰.

Para abordar estas preocupaciones desde un paradigma basado en derechos es complicado por la ausencia de una carta de derechos vinculante a nivel nacional en Australia, la limitada ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes en este campo por parte de Australia, la superposición efectiva de leyes migratorias y políticas en el dominio de los derechos de seguridad social y, por tanto, la incapacidad aparente de la mayoría de las categorías de migrantes para invocar con éxito el supuesto incumplimiento por parte de Australia con el dominio

⁸ Boucher, A. y Carney, T., “Social Security for Migrant Workers and their Families in Australia en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013 pp. 187-214; Mares, P. *Temporary Migration Is a Permanent Thing, Inside Story*, 29 March 2013, véase <http://insidestory.org.au/temporary-migration-is-a-permanent-thing>.

⁹ Boucher and Carney p. 211.

¹⁰ *Ibid.* Referido entre otros a Saraceno, C. “Social Inequalities in Facing Old-Age Dependency: A Bi-generational Perspective”, 20 *Journal of European Social Policy*, 2010, pp. 32-44, basado en un trabajo original de Ann Shola Orloff, “Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States”, *American Sociological Review*, 1993, n. 58, pp. 303-328 sobre familiarización.

internacional de los derechos humanos en cuanto al acceso a la seguridad social se refiere¹¹. Por ejemplo, en el caso de *Golovenco v. Centrelink*¹² un Tribunal Federal se enfrentó ante el rechazo de los beneficios (el llamado Newstart Allowance o Beneficio Especial), debido a la falta de calificación de residencia, como una violación de la Convención de Refugiados, fracasó, en la base de que el visado transitorio temporal de la demandante no cumplía los requisitos de seguridad social de “residencia”, a pesar de que se aceptó que era una persona “sin estado”. El Tribunal Federal sostuvo que el principio de la interpretación de cualquier ambigüedad legislativa (o el ejercicio de decisiones discrecionales) bajo las leyes australianas de manera que den efecto a Australia de las obligaciones del tratado (incluidos los tratados no ratificados), según lo establecido por el Tribunal Supremo en el caso *Teob*¹³, no pueden aplicarse por que ninguna ambigüedad se encuentra en el estatuto pertinente.¹⁴

Sin embargo, incluso si no hay más que un valor moral e idealmente valor persuasivo para ser obtenido a partir de este ejercicio, puede valer la pena tener en cuenta la evolución en este sentido, desde un punto de vista jurídico, en el contexto europeo (regional). Este artículo se analiza brevemente estos desarrollos y su valor potencial para la construcción de un marco consistente y basado en los derechos. La reflexión sobre estos desarrollos se limita a los dos principales esferas jurisdiccionales regionales, es decir, la Unión Europea y el Consejo Europeo, apoyándose en instrumentos que informan a la esfera de la seguridad social en estas jurisdicciones como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y del Tribunal Europeo de Derechos humanos, respectivamente. La contribución no se ocupa de los acuerdos bilaterales celebrados por los Estados miembros o la UE, o de otros instrumentos de “soft law” (por ejemplo, asociaciones de movilidad de la UE) y la jurisprudencia asociada, como la sentencia *Gottardo*¹⁵; y también excluye apreciaciones realizadas

¹¹ Ver Boucher and Carney, *op. cit.*, pp. 203-204.

¹² *Golovenco v. Centrelink* 5(10) SSR 138; [2003] FCA 527 BC200302694 Cooper J.

¹³ *Minister for Immigration and Ethnic Affairs v. Teob* (1995) 183 CLR 273, at pp. 286-288.

¹⁴ Boucher and Carney pp. 203-204.

¹⁵ *Gottardo v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* ECJ January 2002, n. C-55/00. Las conclusiones principales de la TJUE se resumen de la siguiente (en el párrafo 1; ver también párrafos 33-34): “When a Member State concludes a bilateral international convention with a non-member country, the fundamental principle of equal treatment requires that Member State to grant nationals of other Member States the same advantages as those which its own nationals enjoy under that convention unless it can provide objective justification for refusing to do so. When giving effect to commitments assumed under international agreements, be it an agreement between Member States or an agreement between a Member State and one or more non-member countries, Member

por el Comité Europeo de Derechos Sociales en virtud de la Carta Social Europea y la Carta revisada.

2. Impulsores de políticas y principios subyacentes

2.1. Unión Europea

En la Unión Europea, los trabajadores y profesionales migrantes que residen y trabajan legalmente en los países de la UE se benefician de las disposiciones sobre seguridad social de la UE que se han extendido a los llamados nacionales de terceros países (TCN). Con los años se ha producido la extensión gradual, y ha cubierto un número creciente de categorías de nacionales de terceros países. La extensión se ha producido sobre todo en el marco de las disposiciones sobre una política común de inmigración de la UE que figura en el instrumento fundacional de la UE, es decir, (el ahora) el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁶. Los principales avances en este sentido y categorías fundamentales de los trabajadores migrantes y los profesionales afectados incluyen por tanto los siguientes (algunas de estas se reflejan en mayor detalle más adelante en esta contribución):

- El reciente procedimiento de la UE de una única solicitud de TCN, y el acceso a un conjunto común de derechos, incluidos los derechos de seguridad social (la llamada Directiva de permiso único de 2011).
- Categorías definidas de los trabajadores y profesionales migrantes, incluidos los trabajadores altamente cualificados de TCN, investigadores, solicitantes de asilo, víctimas de la trata de personas, y los migrantes que participan en los procedimientos de retorno a sus países de origen.
- Los residentes de larga duración.
- Los miembros de la familia de un ciudadano europeo
- Ampliación del Reglamento de la UE relativo a la coordinación de la seguridad social (Reglamento 883/1004) a los TCNs.
- Acuerdos bilaterales especiales con determinados países.

En gran medida se ha producido la extensión de la cobertura a los TCN

States are required, subject to the provisions of Article 307 EC, to comply with the obligations that Community law imposes on them. The fact that non-member countries, for their part, are not obliged to comply with any Community-law obligation is of no relevance in this respect¹⁶.

¹⁶ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU) 2012/C 326/01.

sobre la base de la igualdad de trato con los nacionales de los Estados miembros de la UE en el contexto del principio de coordinación de la seguridad social, y con sujeción a los principios que articulan el sistema de movimiento libre en la UE. El principio de coordinación de la seguridad social está dirigido principalmente a la eliminación de las restricciones que los sistemas de seguridad social nacionales imponen a tales derechos a la seguridad social de los trabajadores migrantes¹⁷. Como se ha señalado por Pennings, coordinación jurídica (de seguridad social) de la Unión Europea es especial en dos aspectos principales: 1) es parte de un orden jurídico especial y 2) este ordenamiento jurídico se ha creado principalmente para promover la libre circulación de personas, y para nuestro propósito esto se refiere a la libre circulación de los trabajadores. Así, el artículo 48 del TFUE, que da los poderes para adoptar medidas que sean “necesarias en el ámbito de la seguridad social para garantizar la libertad de circulación de los trabajadores” debe interpretarse a la vista de la libre circulación, en especial de los empleados, y no sólo como una disposición de coordinación técnica¹⁸. Por supuesto, tiene que tenerse en cuenta que las normas de coordinación dejan intactos los sistemas nacionales y sólo sustituyen dichas normas donde son desventajosas para los trabajadores migrantes¹⁹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado esto en numerosas ocasiones, haciendo hincapié en que las regulaciones de la UE que coordinan los sistemas de seguridad social de los Estados miembros no afecta en modo alguno la libertad de los Estados miembros para determinar el contenido de sus propios regímenes de seguridad social “siempre y cuando elementos transfronterizos no jueguen un rol”²⁰. Esto es confirmado por la última normativa, a saber, el Reglamento (CE) n. 883/2004.

¹⁷ Pennings define la coordinación de la siguiente manera: “Las normas de coordinación son normas destinadas a ajustar los regímenes de seguridad social en relación con los demás (así como a los de otras normas internacionales), con el propósito de regular cuestiones transnacionales, con el objetivo de proteger la posición de la seguridad social de los trabajadores migrantes, los miembros de sus familias y grupos similares de personas”. Ver Pennings, F., *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer Law International, 1993, p. 6.

¹⁸ Pennings, F. “Coordination of Social Security within the EU Context” en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 117-132 (pp. 117, 118-119).

¹⁹ Pennings, F., *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer Law International, 1993, p. 7.

²⁰ Ver Cornelissen, R., “50 Years of European Social Security Coordination”, *European Journal of Social Security*, n. 11, 2009, p. 17 y en los casos allí referidos allí.

El Reglamento de la UE 883/2004 es una extensa disposición legal que garantiza un gran alcance de portabilidad de las prestaciones de seguridad social y acceso a la seguridad social dentro de la Unión Europea²¹. El Reglamento, en relación con su Reglamento de aplicación, contiene normas detalladas relativas a la coordinación de los regímenes de seguridad social, que invocan los principios de coordinación, con referencia a (i) que determinan el régimen jurídico aplicable para regular el movimiento transfronterizo de la persona de que se trate y sus derechos y prestaciones adquiridos; (ii) el mantenimiento de los derechos de seguridad social/derechos adquiridos; (iii) la totalización o agregación de los períodos de cotización o de seguro, independientemente de donde se hicieron las cotizaciones; (iv) el pago de las prestaciones de seguridad social, independientemente del país de residencia (UE) (es decir, exportar las prestaciones); (v) el intercambio a prorrata de la responsabilidad por las instituciones de seguridad social de los países a los que se hicieron contribuciones, para pagar los beneficios; y (vi) la cooperación administrativa.

Como se indicó anteriormente, en varios aspectos, la extensión de la cobertura de la seguridad social a los nacionales de terceros países (TCN) se ha relacionado con los principios que subyacen en el régimen de libre circulación. Esto se desprende de la exigencia a menudo establecido en los instrumentos que regulan la extensión a los TCN, que el TCN debe tratar de cumplir el llamado “criterio de migración”. En cuanto a este criterio, que se cumpla la condición de que el TCN se debe haber movido entre dos o más Estados miembros de la Comunidad Europea, con el fin de calificar para el acceso y la portabilidad de las prestaciones de seguridad social²².

Dos específicos conductores de la extensión de la cobertura y protección a los TCN pueden ser identificados. El primero es que la extensión gradual de la protección de seguridad social a los trabajadores migrantes en la Unión Europea debe leerse a la luz de la revelación gradual de la dimensión de desarrollo de la migración en la UE. Desde una perspectiva instrumental, cuatro de los principales documentos de la UE representan un enfoque de desarrollo se pueden destacar. El primero es el Enfoque

²¹ Hay que señalar que el Reglamento 883 se acompaña de un reglamento de aplicación, es decir, el Reglamento 987/2009, sin la cual no era posible para dar efecto a las disposiciones del Reglamento 883.

²² Vonk, G., “Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres” en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 47-68 (p. 57).

Global de la Migración y la Movilidad (Global Approach to Migration and Mobility, GAMM), adoptada en 2011²³. Uno de los cuatro pilares de las preocupaciones GAMM es “maximizar el impacto en el desarrollo de la migración y la movilidad”: los migrantes se colocan en el centro y sus derechos humanos han de ser integrados en todo el ciclo de migración²⁴. Como se ha señalado, “un rasgo distintivo del GAMM es la medida en la que destacó la urgencia de la *necesidad de mejorar la eficacia de las políticas orientadas a la integración de los inmigrantes en el mercado laboral*. El potencial para una mayor inmigración legal impulsado por la demanda política combinada con la portabilidad de los derechos sociales y de pensión fueron identificados como medidas específicas que faciliten la migración circular creando al mismo tiempo un desincentivo para el trabajo irregular”²⁵. El segundo es la comunicación de la UE denominada Maximizar el impacto en el desarrollo de la Migración, aprobada en 2013²⁶. En este documento hizo hincapié en la importancia de proporcionar a los posibles migrantes información sobre los procedimientos de inmigración, sus derechos, y las condiciones económicas y sociales en el país deseado.

El tercer documento importante para los propósitos del tema de esta contribución es la Comunicación de la Comisión Europea (CE), de 2012, titulada *La dimensión exterior de la coordinación en materia de seguridad social de la UE*. Este documento señala que los migrantes y las empresas de terceros países, que en general ven a la UE como una sola entidad, se enfrentan los sistemas de seguridad social fragmentados que crean obstáculos en términos de entrar, moviéndose dentro y salir de la UE²⁷. Este sentido, subraya el caso de la promoción y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados miembros de la UE de manera que se puede desarrollar un enfoque menos fragmentado de la coordinación de la seguridad social con terceros países. La coordinación de la seguridad social, la Comunicación indica, es un sistema de reglas destinadas a facilitar la movilidad de los trabajadores dentro de la UE y entre la UE y el resto del mundo. Se trató de dos maneras: “Por un lado, está el enfoque nacional,

²³ COM (2011) 743 final.

²⁴ Fudge, J., “Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive”, *International Journal of Comparative Labour Law*, vol. 31, n. 3, 2015, pp. 331-349 (p. 332).

²⁵ *Ibid.*, pp. 340-341.

²⁶ COM (2013) 292.

²⁷ European Commission (EC) *The External Dimension of EU Social Security Coordination* (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions) COM(2012) 153 final (30.3.2012) p. 1.

mediante el cual los Estados miembros hagan acuerdos bilaterales con terceros países seleccionados. Este enfoque es irregular: hay una red incompleta de los acuerdos, y convenios tienden a tener diferentes el contenido de un país a otro. Por otro lado, un enfoque común de la UE para la coordinación de la seguridad social con terceros países está desarrollando²⁸.

También hay que mencionar la más reciente Agenda Europea de Migración²⁹, que constituye en gran medida una reacción política para el aumento significativo de los migrantes que llegan a las fronteras europeas. La Agenda se refiere principalmente a la mejor gestión de la migración y destaca entre otros una nueva política en materia de migración legal. También hace hincapié en la maximización de los beneficios del desarrollo para los países de origen como un elemento final. No obstante, hay que tener en cuenta que los desafíos que enfrenta la gestión de aumento de los flujos migratorios a Europa también ponen de relieve la distinción inherente si no la tensión a nivel de la UE entre un enfoque que hace hincapié en el control de fronteras y la regulación de la inmigración, representada por la Dirección General (DG) Migración y Asuntos Internos, y uno que hace hincapié en el apoyo al desarrollo, representado por la Dirección General de Cooperación y el Desarrollo Internacional³⁰.

En cuanto al segundo conductor de la extensión de la cobertura ha habido un énfasis en hacer frente a las necesidades de la demanda, se centró en las clases específicas de los inmigrantes (económicos). Como se ha señalado por Fudge, “al mismo tiempo que la UE estaba desarrollando un enfoque de la migración que hizo hincapié en su relación con el desarrollo, la Comisión adoptó una nueva estrategia, una que esta dirigida a las clases específicas de los inmigrantes para favorecer su ambición de adoptar un plan de integración económica. Esto fluía por el hecho de que, como ya se ha señalado en un plan de política de 2005 de la UE para la migración legal, ciertos sectores habían estado experimentando una sustancial disminución de mano de obra y habilidades que no puedan ser cubiertas dentro de los mercados de trabajo nacionales (...)”³¹. El objetivo era proporcionar a los Estados miembros con una oferta de trabajo,

²⁸ Fudge, J., “Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive”, *International Journal of Comparative Labour Law*, vol. 31, n. 3, 2015, pp. 331-349 (p. 332).

²⁹ COM(2015) 240 final.

³⁰ Ver también Fudge, J., “Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive” *International Journal of Comparative Labour Law*, vol. 31, n. 3, 2015, pp. 331-349 (p. 336).

³¹ *Ibid*, pp. 337-338.

mientras que al mismo tiempo conceder de estatuto jurídico seguro y perspectivas de trabajo regular a determinadas categorías de trabajadores inmigrantes, en particular a los trabajadores altamente calificados, trabajadores estacionales, transferido entre empresas y aprendices remunerados³².

2.2. Consejo Europeo

Los trabajadores migrantes en Europa pueden en principio también apoyarse en la protección proporcionada por los instrumentos desarrollados bajo los auspicios del Consejo de Europa. Configurado como un cuerpo para encabezar el proceso de construcción europea, el Consejo de Europa se ha convertido en la principal organización del continente en material de derechos humanos. Cuenta con 47 Estados miembros, 28 de los cuales son miembros de la Unión Europea³³.

Instrumentos destinados a regular la posición de la seguridad social de los nacionales de los Estados miembros del Consejo que se trasladan a otros Estados miembros, incluyen el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica de 1953, el Código Europeo de Seguridad Social de 1964, la Convención Europea para la Seguridad Social de 1972, y la Carta Social Europea de 1961.

De aumentar, aunque todavía modesta, la importancia es también el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH), a pesar del hecho de que el CEDH se refiere principalmente a los derechos civiles y políticos. Este es uno de los instrumentos fundamentales adoptados por el Consejo de Europa y ha sido ratificado por todos los 47 Estados miembros de Europa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se creó para examinar supuestos violaciones y asegurar el cumplimiento por los Estados de sus compromisos en virtud del Convenio. El artículo 14 de la Convención es de particular importancia.

Esta disposición, que es esencialmente un derecho accesorio, garantiza el disfrute de los derechos y libertades enunciados en la Convención, sin discriminación de ningún tipo, en particular sobre la base del origen nacional o social, nacimiento de otra condición: por lo tanto, la nacionalidad es un motivo prohibido para la elaboración de distinción. La Convención no protege de esta manera los derechos a la seguridad social.

³² *Ibid*, p. 338.

³³ Ver <http://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are>, página web visitada el 16 de julio de 2016.

Sin embargo, dada la importancia de la disposición contra la discriminación incorporado en el artículo 14, el acceso a la seguridad social se ha garantizado a través del impacto de esta disposición sobre otras disposiciones sustantivas de la Convención. El impacto de la seguridad social, con especial importancia para los trabajadores migrantes, se ha hecho evidente en los siguientes contextos, algunos de los cuales se discuten con más detalle más adelante en esta contribución³⁴:

- Protección de la propiedad, sobre la base de los cuales los derechos de seguridad social, se han considerado como “propiedad”.
- La igualdad de trato en la prestación de asistencia sanitaria.
- Prohibición de la discriminación por nacionalidad.
- Prohibición de principio de diferenciación sobre la base de su estatus migratorio (es decir, la diferenciación entre las diferentes categorías de migrantes).
- Prohibición de principio de diferenciación en función de la situación de residencia (es decir, cuando el migrante reside en un país distinto de aquel beneficios de concesión).
- Trato preferencial a los ciudadanos de una comunidad regional.
- Protección contra la miseria.
- Protección contra la mala salud.

3. Seguridad social de los trabajadores migrantes en la Unión Europea y el Consejo de Europa

3.1. Unión Europea

A través de diversos instrumentos específicos de protección de la seguridad social se ha extendido a los trabajadores migrantes en la UE - principalmente en forma de directivas y un reglamento particular. La extensión de las disposiciones de seguridad social de la UE ha sido gradual, que abarca un número creciente de categorías de nacionales de terceros países (TCN); y ha sido informado por los impulsores de políticas/principios indicados anteriormente, y en particular por la política común de inmigración de la UE que figura en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (véase el artículo 79):

“La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a

³⁴ Ver Slingenbergh, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 23-83.

garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas”.

3.1.1. Los residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE)

En términos de la Directiva del Consejo 2003/109/CE³⁵, los trabajadores migrantes que han adquirido el carácter de residencia de larga duración en los Estados miembros de la UE son capaces de reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales de esos países. Deben cumplir con los criterios de la condición de residencia de larga duración: un mínimo de cinco años de duración de la residencia en el Estado de acogida; recursos estables; y un seguro médico adecuado. Los residentes de larga duración se les conceda la igualdad de trato con respecto a seguros sociales, a la asistencia social y a la protección social en su país de acogida de la UE. Es importante destacar que, a diferencia de la posición aplicable a los trabajadores migrantes a los que las disposiciones del instrumento de coordinación central, el Reglamento 883/2004, se ha ampliado (véase más adelante), no se requiere de residentes de larga duración que hayan migrado *dentro* de la Unión Europea para ser capaz de reclamar la igualdad de trato y las prestaciones de los acuerdos de coordinación.

Por lo tanto, el llamado criterio de migración, se discutió anteriormente, no es aplicable a estos trabajadores migrantes con permiso de residencia permanente. Sin embargo, existe una restricción fundamental: el estatus de residencia de larga duración termina una vez que el TCN permanece fuera del Estado miembro durante más de 12 meses. Por consiguiente, la Directiva 2003/109/CE no ayuda a los trabajadores migrantes que han regresado a sus países de origen y que solicitan prestaciones de seguridad social en virtud de la legislación de sus antiguos países de residencia de la UE³⁶.

³⁵ Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

³⁶ Ver Vonk, G., “Social security protection of migrants from outside Europe” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 446-467 (p. 456).

3.1.2. Un miembro de la familia de un ciudadano de la UE

De acuerdo con la Directiva 2004/38/CE³⁷ los miembros de la familia³⁸ de un ciudadano europeo pueden confiar en la protección de la norma de no discriminación, con independencia de su nacionalidad. Sin embargo, de acuerdo con la Directiva, ciertas condiciones que deben cumplirse por los miembros de la familia y el ciudadano europeo, respectivamente. Entre estos, el miembro de la familia tiene que residir en el territorio del Estado miembro. Por lo tanto, miembros de la familia TCN que han regresado a sus países de origen no son susceptibles de protección. El ciudadano europeo debe ser calificado como una persona que ejerce el derecho a la libertad de movimiento entre dos o Estados miembros, en otras palabras, el criterio de migración (discutido anteriormente) tiene que ser satisfecho. Por consiguiente, la Directiva opera en el marco del principio de libertad de movimiento. Por ejemplo, en *Poirrez v CAF*,³⁹ el Tribunal de Justicia Europeo (TJE) sostuvo que una manera de discapacidad infantil que Costa de Marfil había sido adoptado por un padre francés no podía basarse en el principio de no discriminación sobre la base de ser un miembro de la familia, con el fin de reclamar una prestación francesa para personas discapacitadas. La razón es que el padre francés siempre ha vivido en Francia, y no se había movido entre al menos dos Estados miembros de la UE. Sin embargo, se ha de señalar que el “criterio de migración” no se requiere bajo el régimen legal relativo a la no discriminación por razón de la nacionalidad, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por lo tanto, como veremos más adelante, algunos años después, en 2003, la afirmación de *Poirrez* fue finalmente reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁰.

³⁷ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

³⁸ De acuerdo con el Article 2(2) de la Directiva, “Miembro de la familia” concluye : a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b).

³⁹ Case C-206/91 *Poirrez v CAF* [1992] ECR I-06685.

⁴⁰ Véase *Koua Porrez v France* App no 40892/98 (ECHR, 30 September 2003).

3.1.3. Categorías definidas de los trabajadores migrantes y profesionales. Dos ejemplos recientes

La Directiva sobre trabajadores estacionales (Directiva 2014/36) establece explícitamente que los trabajadores de temporada tienen que ser tratados por igual que los nacionales, respecto de al menos nueve categorías específicas de derechos⁴¹. La igualdad de acceso a las prestaciones de seguridad social previstos en el Reglamento CE 883/2004 está garantizada, aunque las prestaciones familiares y las prestaciones de desempleo pueden ser excluidos por los Estados miembros. Portabilidad de las pensiones legales se proporciona de forma explícita - se prevé específicamente en el artículo 23 que los trabajadores estacionales migrantes tienen derecho a recibir las prestaciones legales derivadas del empleo anterior de los trabajadores al trasladarse a un tercer país.

Del mismo modo, en términos de la Directiva 2016/801⁴², en relación con, entre otros investigadores y estudiantes migrantes, establece la igualdad de acceso a las prestaciones de seguridad social previstos en el Reglamento CE 883/2004. Sin embargo, los beneficios de la familia pueden ser excluidos.

3.1.4. Trabajadores de TCN Altamente Calificados (Directiva 2009/50)

Estos trabajadores y sus familiares pueden beneficiarse, también en términos de seguridad social, de las disposiciones de la llamada Directiva de la Tarjeta Azul 2009/50/CE⁴³. Como se ha señalado, “La Directiva

⁴¹ Directive 2014/36/EU on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers, art 23.

⁴² Directive (EU) 2016/801 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing (recast).

⁴³ Directiva del Consejo 2009/50/EC de 25 de Mayo de 2009 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. De acuerdo al Párrafo 7 del Preámbulo, La presente Directiva pretende contribuir a alcanzar esos objetivos y a combatir la escasez de mano de obra mediante la admisión y la movilidad – para fines de empleo altamente cualificado – de nacionales de terceros países para estancias superiores a tres meses, a fin de que la Comunidad se convierta en un destino más atractivo para estos trabajadores procedentes de todo el mundo, y contribuir a la competitividad y el crecimiento económico. Para alcanzar estos

sobre la tarjeta azul 2009/50/CE establece un régimen para la entrada y estancia de los *trabajadores de terceros países altamente cualificados*. No sólo se les dará a estos trabajadores el acceso al mercado de trabajo, sino que también tienen derecho a igual condiciones de trabajo y seguridad social (artículo 14). Sin embargo, el titular de la tarjeta azul desempleado sólo goza de esta protección por duración limitada (artículo 13), mientras que la igualdad de trato en el “procedimientos de acceso al alojamiento” puede estar restringida (artículo 14 (2))⁴⁴.

3.1.5. Extensión del Reglamento 883/2004 a los TCN, sus familias y sobrevivientes a través Reglamento 1231/2010

Sobre la base de las disposiciones de la política de inmigración del TFUE, en particular el artículo 79 del TFUE, el funcionamiento del Reglamento de la UE de coordinación, el Reglamento 883/2004 y su Reglamento de aplicación, el Reglamento 987/2009, se ha extendido a los TCN. Esto se ha logrado a través de la adopción del Reglamento 1231/2010⁴⁵, lo que confirma la posición ya adoptada en virtud de las versiones anteriores de estos Reglamentos. El artículo 1 del Reglamento 1231/2010 establece lo siguiente:

“El Reglamento (CE) no 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 se aplicaran a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro”.

Sin embargo, no todos los Estados miembros de la UE están vinculados

objetivos es necesario facilitar la admisión de trabajadores altamente cualificados y de sus familias mediante el establecimiento de un procedimiento de admisión abreviado y reconociéndoles unos derechos económicos y sociales iguales a los que disfrutaban los nacionales del Estado miembro anfitrión en una serie de ámbitos.

⁴⁴ Vonk, G., “Social security protection of migrants from outside Europe” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 446-467 (p. 456).

⁴⁵ Regulation (EU) n. 1231/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 extending Regulation (EC) No 883/2004 and Regulation (EC) n. 987/2009 to nationals of third countries who are not already covered by these Regulations solely on the ground of their nationality.

por estas disposiciones, las normas relevantes del TFUE en las que se basa el Reglamento no obligan al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, a menos que estos países aceptan expresamente la normativa basada en el artículo. Además, se requiere la residencia legal en el Estado miembro de la UE. Por otra parte, se aplica el criterio de migración, por lo tanto, la persona interesada debe haberse movido entre al menos dos Estados miembros de la UE, en cuanto a su lugar de trabajo o residencia.

3.1.6. Procedimiento de solicitud único de la UE (UE Directiva de Permiso Único 2011/98)

La Directiva de la UE sobre el permiso único⁴⁶ ofrece un importante ejemplo de una disposición supranacional, que obliga a los países de acogida (es decir, los Estados miembros de la UE) para extender tanto la legislación laboral y la protección de la seguridad social a los inmigrantes en situación legal migrantes, en principio, sobre la misma base de la protección concedida sus propios nacionales. Esto es de particular importancia para los trabajadores migrantes que residan legalmente en la UE. La presente Directiva establece un procedimiento único de solicitud para los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro, junto con un conjunto común de derechos (incluyendo, condiciones decentes esenciales de trabajo y el acceso a la seguridad social) para los trabajadores de terceros países que *legalmente residen* en un Estado miembro⁴⁷. A los TCN se conceden específicamente el tratamiento de igualdad con los nacionales de la UE en cuestiones relativas a salario y despido, salud y seguridad en el trabajo, el derecho a afiliarse a sindicatos, y el acceso a bienes y servicios públicos, si están trabajando legalmente en Europa⁴⁸. El tratamiento igualitario también está previsto en cuanto a la seguridad social, con algunas restricciones, como que a los Estados miembros se les permite aplicar restricciones en el ámbito de la seguridad social a los trabajadores de terceros países con

⁴⁶ Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State.

⁴⁷ Artículo 12 de la Directiva. Ver Migration Policy Group “EU Single permit Directive granting third-country workers rights passes final hurdle”, en *Migration News Sheet* (undated) visitado en <http://www.migrationnewsheet.eu/eu-single-permit-directive-granting-third-country-workers-rights-passes-final-hurdle>, visitado el 18 de Agosto de 2016.

⁴⁸ *Ibid.*

contratos de duración inferior a seis meses. Por otra parte, no sólo esta directiva se establece la igualdad de trato para los inmigrantes laborales que reclaman los derechos de seguridad social en la UE, sino que también prevé la totalización de períodos de seguro y requiere beneficios puedan ser exportados fuera de la Unión en las mismas condiciones que las que se aplican a los nacionales de los Estados miembros⁴⁹. La Directiva garantiza esencialmente, con referencia al principio de empleo legal, que “todas las personas que trabajan legalmente en Europa deben tener los mismos derechos que los trabajadores europeos”⁵⁰. Sin embargo, se aplican algunas restricciones, como que los Estados miembros están autorizados a aplicar restricciones en el ámbito de la seguridad social a los trabajadores de terceros países con contratos de duración inferior a seis meses.

3.2. Consejo Europeo

La Convención es relevante para los trabajadores migrantes en Europa, incluidos los trabajadores migrantes temporales no cubiertos o solo en parte por los acuerdos de seguridad social de la UE, o que emigraron a países europeos distintos de los Estados miembros de la UE. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es cada vez más de importancia en el ámbito de la seguridad social, aunque se ha sugerido que ha habido una modesta protección de los derechos de seguridad social en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵¹:

“A pesar de que el CEDH se refiere principalmente a los derechos civiles y políticos, un desarrollo hacia una mayor protección de los intereses de la seguridad social se puede detectar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El enfoque de la Corte es prudente. Da a los Estados un amplio margen de apreciación en la modificación de los regímenes de seguridad social o retirando prestaciones de seguridad social, deja espacio a los estados para hacer gradualmente ajustes en sus sistemas de seguridad social, para entrar en convenios bilaterales de seguridad social y para retener los beneficios de la seguridad social de los migrantes que se encuentren ilegalmente, y hace a los estados responsables por malas condiciones de vida sólo si esta responsabilidad también existe en la

⁴⁹ Artículo 12 (4).

⁵⁰ Migration Policy Group 1.

⁵¹ Slingenberg, L. “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 23-83 (p. 82).

legislación nacional. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte indicó que los estados tuvieron que cambiar el ámbito de aplicación personal de sus regímenes de seguridad social (por ejemplo, para incluir a los extranjeros y no residentes o eliminar las diferencias entre hombres y mujeres) o han tenido que proporcionar beneficios a vulnerables solicitantes de asilo presentes en su territorio. Además, la jurisprudencia deja espacio para una protección más amplia de los intereses de la seguridad social por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el futuro. Cuando al examinar los estándares jurídicos europeos para el diseño de los sistemas nacionales de seguridad social, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no debe, por lo tanto, pasar por alto”.

Como se mencionó anteriormente, la protección de la seguridad social se ha extendido a los migrantes a través de la aplicación de la disposición contra la discriminación contenida en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (CEDH). La discusión a continuación refleja brevemente el impacto de esta disposición en la extensión de la protección en relación con los tres contextos distintos, a saber, protección de la propiedad; la diferenciación sobre la base de su estatus migratorio; y la diferenciación en función de la situación de residencia.

3.2.1. Protección de la propiedad. Los derechos de seguridad social, considerados como “propiedad”

Es en el marco de la aplicación de la Convención de la protección de la propiedad⁵² en relación con el acceso a la seguridad social de los trabajadores migrantes que se debe tomar nota de la sentencia *Gaygusuz*,⁵³ así como sentencias posteriores, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este caso se refería a la negativa de la llamada asistencia de emergencia, una especie de asistencia social austriaca, al señor *Gaygusuz*, sobre la base de que él no tenía la nacionalidad austriaca, pero en lugar de nacionalidad turca. La Corte sostuvo que, puesto que el beneficio de emergencia estaba relacionado con el pago de las contribuciones a un

⁵² Artículo 1 del Primer Protocolo de la Convención, que es parte del acuerdo de adhesión. El artículo 1 del Protocolo se ocupa de la protección de la propiedad, y estipula que “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional”.

⁵³ *Gaygusuz v Austria* Case No. 39/1995/545/632, *Reports* 1996-IV, 1129.

seguro de desempleo austriaco, este beneficio se calificó para ser visto como comprendido en el ámbito de la protección de la propiedad disponible bajo la Convención⁵⁴. Varios principios importantes evolucionaron a partir de esta y las siguientes sentencias de la Corte:

- La implicación del caso *Gaygusuz* y sentencias posteriores es que el Tribunal estaba dispuesta a considerar los beneficios de la seguridad social como posesiones⁵⁵, y por lo tanto sujeto a la protección de la propiedad de la Convención, y la prohibición de la discriminación por razones de nacionalidad.
- También, como se ha confirmado en la jurisprudencia posterior del Tribunal Europeo⁵⁶, la Seguridad Social cae bajo el alcance de la disposición protección de la propiedad de la Convención, “[c]uando una persona tiene un derecho resuelto bajo la jurisdicción interna de un beneficio de bienestar. Esto significa que, independientemente de la forma en que una determinada prestación se financia, si se trata de un régimen que establece el pago de las prestaciones de pleno derecho, el artículo 1 del Protocolo nº 1 es aplicable a las prestaciones en cuestión”⁵⁷.
- Fluye desde el caso *Gaygusuz* y las posteriores sentencias del Tribunal que, si bien se podría esperar de los trabajadores migrantes en cuestión el satisfacer los requisitos legales para acceder a una prestación de seguridad social (por ejemplo, una condición que requiere de la

⁵⁴ El vínculo, aunque sea un indirecto, fue creado por el hecho de que de que la ayuda de emergencia era pagadero únicamente después de que el derecho a prestaciones de desempleo (contributivo) había expirado.

⁵⁵ Slingenbergh, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, p. 23-83, (p 55).

⁵⁶ Ver en particular *Stec and others v the United Kingdom* App n°s 65731/01 y 65900/01 (ECHR, 6 Julio 2005), donde la Corte sostuvo “The Court’s approach to Article 1 of Protocol No 1 should reflect the reality of the way in which welfare provision is currently organised within the Member States of the Council of Europe. It is clear that within those States, and within most individual States, there exists a wide range of social security benefits designed to confer entitlements which arise as of right. Benefits are funded in a large variety of ways: some are paid for by contributions to a specific fund; some depend on a claimant’s contribution record; many are paid for out of general taxation on the basis of a statutorily defined status (...). Given the variety of funding methods, and the interlocking nature of benefits under most welfare systems, it appears increasingly artificial to hold that only benefits financed by contributions to a specific fund fall within the scope of Article 1 of Protocol No 1. Moreover, to exclude benefits paid for out of general taxation would be to disregard the fact that many claimants under this latter type of system also contribute to its financing, through the payment of tax.”

⁵⁷ Slingenbergh, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 23-83 (p. 56).

persona afectada que han contribuido, o para han residido en el país de destino, por un período de tiempo), estas mismas condiciones no pueden ser discriminatorias⁵⁸.

- Asimismo, el Tribunal dejó en claro que “razones de mucho peso tendrían que ser presentado ante el Tribunal podría considerar una diferencia de trato basada exclusivamente en razón de la nacionalidad que sea compatible con la Convención”.
- El enfoque anterior también ha sido adoptado en sentencias posteriores. *Koua Porreç v Francia*⁵⁹ en relación a la solicitud de un nacional de Costa de Marfil para una asignación de los adultos con discapacidad en virtud de un sistema de prestación social francesa. Una vez más, el tribunal sostuvo que “muy poderosas razones” tienen que ser presentadas antes de que pudiera considerar una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad que sea compatible con la Convención. Se tuvo en cuenta entre otros que el Sr. Poirrez era residente legal en Francia y satisfizo todos los demás requisitos legales para acceder a la prestación⁶⁰.

También, como se ha señalado, “la afiliación obligatoria y las contribuciones obligatorias a un régimen determinado de la seguridad social pueden dar lugar a una expectativa legítima para tener derecho al pago de las prestaciones bajo ese regimen”⁶¹.

3.2.2. La diferenciación sobre la base de su estado migratorio (es decir, la diferenciación entre las diferentes categorías de migrantes)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la prohibición de la discriminación incorporado en el artículo 14 de la Convención, en principio también se aplica a la situación de inmigración⁶². Teniendo presentes las circunstancias individuales de la persona interesada y la escasez de servicios públicos, un estado puede reducir los beneficios

⁵⁸ *Ibid*; ver *Stec and others v the United Kingdom* App n. s 65731/01 y 65900/01 (ECHR, 6 Julio 2005); *Ravis v Austria* App n. 2626/05 (FCHR, 13 Marzo 2012), par 61.

⁵⁹ App n. 40892/98 (ECHR, 30 September 2003). Ver también *Luczak v Poland* App n. 77782/01 (ECHR, 27 Noviembre 2007) y *Andrejeva v Latvia* App n. 55707/00 (ECHR, 18 Febrero 2009).

⁶⁰ Slingenbergh, L. “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 23-83 (p. 63).

⁶¹ *Ibidem*, pp. 23-83 (p. 57).

⁶² Ver *Bob v The United Kingdom* App n. 56328/07 (ECHR, 27 Septiembre 2011).

en relación a corto plazo y los inmigrantes ilegales *quienes que, por regla general, no contribuyen a su financiación*⁶³.

3.2.3. La diferenciación en base a la situación de residencia (es decir, la residencia en un país distinto del que concede beneficios)

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la cuestión de si un país europeo podría discriminar a una persona que reside en un país diferente de aquel de la concesión de prestaciones de seguridad social puede ser de importancia para los trabajadores migrantes temporales también. De acuerdo con la CEDH, varios factores son relevantes, en particular:

- Si una persona trabajó y contribuyó a un régimen de seguridad social en el país de destino. En *Pickbur v Ucrania* (2013) el Tribunal de Justicia sostuvo⁶⁴:

“El aumento de la movilidad de la población, los niveles más altos de la cooperación internacional y la integración, así como la evolución en el ámbito de los servicios bancarios y tecnologías de la información ya no justifican las restricciones técnicas motivados que en gran medida en relación de los beneficiarios de los pagos de seguridad social para lo que viven en el extranjero, los que pueden haber sido considerado razonables en la década de 1950 cuando la Convención de 1952 de la OIT [n. 102] (...) se redactó”

- El objetivo del régimen de seguridad social en particular, por ejemplo, la no ampliación de las pensiones *uprated* a no residentes podría justificarse sobre la base de la necesidad de garantizar un nivel mínimo de vida para las personas en, por ejemplo, el Reino Unido⁶⁵.

Por lo tanto, la negación de prestaciones de seguridad social debe ser objetiva y razonablemente justificada⁶⁶.

⁶³ *Ponomaryovi v Bulgaria* App n. 5335/05 (ECHR, 21 Junio 2011) par 54.

⁶⁴ *Pickbur v Ukraine* App n. 10441/06 (ECHR, 7 Noviembre 2013). Sobre un efecto similar, ver *Efe v Austria* App n. 9134/06 (ECHR, 8 Enero 2011).

⁶⁵ *Carson and other v The United Kingdom* App n. 42184/05 (ECHR, 16 Marzo 2010).

⁶⁶ Slingenbergh, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights”, *op. cit.*, pp. 23-83 (p. 70).

4. Conclusiones

Se sugiere que estos desarrollos europeos deben tener algún valor moral y persuasivo para el contexto de Australia. Teniendo en cuenta la importancia del control de la inmigración y las demandas del mercado de trabajo local, estos acontecimientos reflejan un creciente reconocimiento de la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores migrantes, incluso los trabajadores migrantes de corto plazo. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y el CEDH se desprende que la protección en el sentido de la palabra seguridad social se ha basado en motivos sensibles al contexto reconocidos, por ejemplo, una residencia regular / residencia legal / empleo regular, vinculados a un enfoque basado en los derechos. Además, estos acontecimientos también proporcionan alguna autoridad para la opinión de que la migración temporal por trabajo de una manera significativa a corto plazo puede justificar la exclusión o acceso limitado a las prestaciones de seguridad social. Sin embargo, otras consideraciones también son relevantes, por ejemplo, si el trabajador inmigrante en cuestión contribuye a la provisión de seguridad social o es / tiene que estar asociado con un régimen de seguridad social. De importancia no es sólo el acceso a las prestaciones de seguridad social, sino también el funcionamiento de los principios de coordinación de (otra) seguridad social, incluyendo la portabilidad de los beneficios y totalización de las contribuciones.

5. Bibliografía

- Boucher, A. y Carney, T., "Social Security for Migrant Workers and their Families in Australia", en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013 pp. 187-214.
- Cornelissen, R., "50 Years of European Social Security Coordination", *European Journal of Social Security*, n. 11, 2009.
- Fudge, J., "Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, vol. 31, n. 3, pp. 331-349.
- Mares, P., Temporary Migration Is a Permanent Thing, *Inside Story*, 29 March 2013, véase <http://insidestory.org.au/temporary-migration-is-a-permanent-thing>.

- Orloff A.S., *Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States*, 1993, pp 303-328.
- Pennings, F., “Coordination of Social Security within the EU Context”, en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 117-132.
- Pennings, F., “Introduction to European Social Security Law”, Kluwer, *Law International*, 1993.
- Saraceno, C., “Social Inequalities in Facing Old-Age Dependency: A Bi-generational Perspective”, 20 *Journal of European Social Policy*, 2010, pp. 32-44.
- Slingenberg, L., “Social security in the case law of the European Court of Human Rights” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015 pp. 23-83.
- Vonk, G., “Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres” en Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., Olivier, M. y Vonk, G. (eds.), *Social Security and Migrant Workers: Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, 2013, pp. 47-68.
- Vonk, G., “Social security protection of migrants from outside Europe” en Pennings F. y Vonk, G. (eds), *Research Handbook on European Social Security Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2015, pp. 446-467.

Consejo Europeo

- European Code of Social Security of 1964
- European Convention on Human Rights of 1950 (ECHR).
- European Convention on Social and Medical Assistance of 1953.
- European Convention on Social Security of 1972.
- European Social Charter of 1961.

Unión Europea

- Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment.

Directive (EU) 2016/801 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educational projects and au pairing (recast).

Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents.

Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

Directive 2011/98/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on a single application procedure for a single permit for third-country nationals to reside and work in the territory of a Member State and on a common set of rights for third-country workers legally residing in a Member State.

Directive 2014/36/EU on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers.

European Agenda on Migration COM(2015) 240 final.

Global Approach to Migration and Mobility COM(2011) 743 final.

Maximising the Development Impact of Migration COM (2013) 292.

Regulation (EU) no 1231/2010 on extending Regulation (EC) No 883/2004 and Regulation (EC) No 987/2009 to nationals of third countries who are not already covered by these Regulations solely on the ground of their nationality.

Regulation 883/2004.

Regulation 987/2009.

The External Dimension of EU Social Security Coordination COM (2012) 153 final.

Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) 2012/C 326/01.

Jurisprudencia

Carson and other v The United Kingdom App n° 42184/05 (ECHR, 16 Marzo 2010).

Poirrez v CAF [1992] ECR I-06685.

Gaygusuz v Austria Case n.. 39/1995/545/632, Reports 1996-IV, 1129.

Golovcenco v. Centrelink 5(10) SSR 138; [2003] FCA 527 BC200302694.

- Gottardo v Instituto nazionale della previdenza sociale (INPS) ECJ Enero 2002, n. C-55/00.
- Stec and others v the United Kingdom App n. 65731/01 and 65900/01 (ECHR, 6 Julio 2005).
- Koua Porrez v France App n. 40892/98 (ECHR, 30 Septiembre 2003).
- Luczak v Poland App n. 77782/01 (ECHR, 27 Noviembre 2007).
- Andrejeva v Latvia App n. 55707/00 (ECHR, 18 Febrero 2009).
- Efe v Austria App n. 9134/06 (ECHR, 8 Enero 2011).
- Ponomaryovi v Bulgaria App n. 5335/05 (ECHR, 21 Junio 2011).
- Boh v The United Kingdom App n. 56328/07 (ECHR, 27 Septiembre 2011).
- Ravis v Austria App n. 2626/05 (ECHR, 13 Marzo 2012).
- Pickhur v Ukraine App n. 10441/06 (ECHR, 7 Noviembre 2013).

Web sites

<http://insidestory.org.au/temporary-migration-is-a-permanent-thing>

<http://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are>

<http://www.migrationnewssheet.eu/eu-single-permit-directive-granting-third-country-workers-rights-passes-final-hurdle> (Migration Policy Group “EU Single permit Directive granting third-country workers rights passes final hurdle” in Migration News Sheet (undated))

El acceso a la justicia laboral de las personas trabajadoras migrantes nicaragüenses en Costa Rica

Adriana HIDALGO*

RESUMEN: El Poder Judicial de Costa Rica ha venido desarrollando un importante trabajo para garantizar el efectivo acceso a la justicia en general y laboral en particular, para las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de refugio. En este trabajo se da cuenta de las acciones que ha comprendido este trabajo que abarca todo un proceso de formulación e implementación de políticas judiciales innovadoras, de avanzada y que buscan promover la igualdad y la no discriminación entre nacionales y estos grupos de población. Costa Rica cuenta con una larga trayectoria democrática y constituye un importante país de destino de flujos migratorios de indígenas Ngobe, provenientes de Panamá y principalmente de nicaragüenses. Se ha querido compartir estas buenas prácticas judiciales con el fin de motivar procesos similares en otras latitudes.

Palabras clave: Derechos de las personas migrantes trabajadoras; migración laboral; derecho de acceso a la justicia.

SUMARIO: 1. Contexto migratorio en Costa Rica. 1.1. Connotación laboral del movimiento migratorio de Nicaragua hacia Costa Rica. 1.2. Situación socio-laboral de las personas trabajadoras nicaragüenses en Costa Rica en los sectores del trabajo doméstico, agricultura y construcción. 2. El derecho de acceso a la justicia de las personas trabajadoras migrantes en Costa Rica. 2.1. Disposiciones aprobadas. 2.1.1. La política institucional de acceso a la justicia para población migrante y refugiada 2.1.2. Propuesta sobre validez de documentos de identidad para el acceso a los procesos judiciales de las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de la condición de refugiada 2.1.3. Disposiciones para el acceso efectivo a los procesos judiciales laborales de las personas migrantes, solicitantes de refugio y refugiadas. 2.2. Diagnóstico sobre acceso a la justicia laboral por parte de trabajadores y trabajadoras migrantes. 2.2.1. Obstáculos para acceder a la justicia laboral. 2.2.2. Nudos críticos. 2.2.3. Estrategia de intervención. 3. Bibliografía.

* Licenciada en Derecho, Especialista en Migración Laboral, Costa Rica.

The access to labour justice of Nicaraguan migrant workers to Costa Rica

ABSTRACT: The Judiciary of Costa Rica has been working hard to ensure the access of migrant workers, refugees and asylum seekers to justice in general and in particular to the labour one. This document explains all the measures carried out, involving a number of procedures of formulation and implementation of innovative and advanced judicial policies, aimed at promoting equality as well as reducing the discrimination between national and migrant populations. Costa Rica has a long democratic background and it is an important destination country of migratory flows of native Ngobe, coming from Panama and mainly Nicaraguans. It has been decided to share these judicial practices in order to inspire the implementation of similar measures in other countries.

Key Words: Migrant workers rights, labour migration, right of access to justice.

1. Contexto migratorio en Costa Rica

Costa Rica es un país que se configura claramente como receptor de personas migrantes, a pesar de que también reviste características de país de origen y de tránsito de flujos migratorios, propio de un contexto mundial en el cual difícilmente algún país pueda responder a una sola de estas categorías. Es el país de la región centroamericana – comprendiendo también a República Dominicana – más representativo a nivel de recepción de flujos migratorios. En el año 2015, mientras países como Honduras recibió 37,717 migrantes, Costa Rica tuvo un flujo de 333,152, de los cuales 299,340 provenían de Nicaragua. De esta cifra, 156,551 (47.0%) eran hombres y 176,601 (53.0%) mujeres⁶⁷.

Cabe precisar que esta cifra representa a personas que migraron por fines distintos del turismo y que ingresaron por puestos fronterizos oficiales, es decir, no incluye a aquellas que ingresan por puntos ciegos o de manera clandestina, burlando los controles estatales y sin cumplir con los requisitos legales de ingreso. Se presume, por lo tanto, que una gran parte de estas personas estaría ingresando fundamentalmente motivadas por la búsqueda de opciones laborales, dicho en otras palabras, se trata de una migración de carácter laboral.

Según la CEPAL⁶⁸, la ruta migratoria Nicaragua-Costa Rica es la segunda en importancia de América Latina, dentro de una dinámica migratoria de alrededor de 520.000 personas de Centroamérica y República Dominicana, que en el año 2013 residían en un país de la subregión que no era el de su nacimiento. Gran parte de ese flujo está representando por nicaragüenses que migran a Costa Rica: el 90% de los migrantes intrarregionales de Nicaragua se desplaza hacia este país, o bien, 3 de cada 4 inmigrantes que se movilizan dentro de la misma región son nicaragüenses.

Las razones que explican la preferencia de las ciudadanas y ciudadanos nicaragüenses para emigrar hacia Costa Rica, son diversas. Se menciona la cercanía geográfica al constituir países fronterizos; los factores culturales

⁶⁷ Los datos utilizados provienen de la base de datos “Trends in International Migrant Stock: the 2015 revision”, desarrollada por el Departamento de Asuntos Económicos y sociales de la Organización de Naciones Unidas, la cual se alimenta de datos oficiales de los países. Datos extraídos de: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/index.shtml>

⁶⁸ Buonomo, M., Mercados laborales, migración laboral intrarregional y desafíos de la protección social en los países de Centroamérica y la República Dominicana, México, CEPAL, 2013, p. 12.

como un idioma común y una cultura similar; la existencia de remuneraciones más altas y la facilidad para ingresar al territorio costarricense en términos de requisitos y costos, si se compara por ejemplo con otros países de destino importantes para esta población, como lo es Estados Unidos de América⁶⁹.

Estos datos, aparte de que verifican la configuración de Costa Rica como fundamentalmente un país receptor, también dan cuenta de la importancia del fenómeno de la migración intrarregional. La movilidad humana en Centroamérica ha dejado de enmarcarse exclusivamente en una dinámica Sur-Norte, para constituirse en una movilidad Sur-Sur.

Algunas causas para explicar el fenómeno de la migración dentro de la propia región, se hallan en el establecimiento de mayores restricciones a la migración de largo plazo hacia países desarrollados; las difíciles condiciones por las que atraviesan algunos de estos países, el incremento de los movimientos de corto plazo – migraciones por trabajos temporales –; un mayor desplazamiento de tipo ilegal y una mayoría en las condiciones económicas y políticas de los países expulsores⁷⁰.

1.1. Connotación laboral del movimiento migratorio de Nicaragua hacia Costa Rica

Los movimientos migratorios en Centroamérica se han venido transformando desde los años 80. Para entonces, las razones de la emigración se encontraban en los conflictos internos y la situación política en varios países de la región, en particular en Guatemala y El Salvador. En la actualidad, no son solo las coyunturas políticas sino los factores económicos los que resultan preponderantes frente a la decisión de migrar. Las diferencias de estructura económica y de oportunidades laborales entre los países de esta región, estimulan la migración en general y la intrarregional en particular. Ésta última se ve motivada además por el mecanismo del CA4 que facilita el movimiento de las personas – aunque no con fines laborales – entre Nicaragua, El Salvador, Honduras y Guatemala⁷¹.

⁶⁹ Acuña, G., *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana*. Informe de Costa Rica, 1era. Edición, San José, OIT, OIM, CECC/SICA, MTSS, 2011, p. 49. Extraído de: http://www.ilo.org/sanjose/programas-y-proyectos/observatorio-laboral/WCMS_194005/lang-es/index.htm.

⁷⁰ *Op. cit.* 2, p. 13.

⁷¹ *Convenio Centroamericano de libre movilidad*, suscrito en junio de 2006 por Guatemala, El

De acuerdo con la información censal de Costa Rica de 2011, citada por VOOREND⁷², relativa a distribución etaria de los inmigrantes, es posible afirmar que el desplazamiento de personas hacia Costa Rica tiene una motivación laboral: en su mayoría presentan edades que corresponden a la población económicamente activa, ya que 3 de cada 4 personas nacidas en el extranjero tenían entre 20 y 64 años y 47,3% tenían entre 20 y 39 años. El 52% estaba compuesto por mujeres, grupo dentro del cual la mayoría tenía entre 20 y 39 años. Esta migración es por lo tanto de personas jóvenes, en edades productivas y reproductivas.

El carácter laboral de estos flujos en Costa Rica, ha estado determinado por los ciclos de bonanza de los sectores de la construcción, el turismo y la agro-exportación, principalmente. Otro factor lo constituye la carencia de mano de obra costarricense en sectores como seguridad privada, trabajo doméstico y transporte público. Las mujeres migrantes se incorporan en particular en los sectores del comercio y el trabajo doméstico⁷³. Estas ocupaciones cuentan con una alta presencia de migrantes debido a una oferta numerosa pero también por la carencia de mano de obra local dispuesta a ocupar puestos de trabajo en dichos sectores.

Existen otras razones que motivan a las personas a migrar y que afectan a grupos particulares de población como la población LGTBI, debido a la persecución social de las que son víctima; en el caso específico de las mujeres la violencia doméstica constituye un importante factor expulsor; la violencia social en general que motiva a huir de su país de origen, como en el caso de países como Guatemala, Honduras y El Salvador, donde territorios completos están tomados por bandas criminales vinculadas al narcotráfico y otros delitos, así como por las maras o pandillas. Sin embargo, la motivación laboral sigue siendo preponderante. Costa Rica, como se ha reseñado, no constituye una excepción.

Salvador, Honduras y Nicaragua. Establece la libre movilidad entre los ciudadanos de los países firmantes a quienes se les permite el ingreso con solo su documento de identidad nacional con excepción de las personas menores de edad quienes deberán portar pasaporte.

72 Voorend, K. *et al.*, Nicaragüenses en el Norte: condiciones laborales y prácticas de contratación de hombres y mujeres migrantes en la Región Huetar Norte, 1era. Edición, San José, OIT y MTSS, 2013, p. 14. http://www.ilo.org/sanjose/programas-y-proyectos/migracion-genero/WCMS_230811/lang-es/index.htm.

73 *Ibidem*, p. 22.

1.2. Situación socio-laboral de las personas trabajadoras nicaragüenses en Costa Rica en los sectores del trabajo doméstico, agricultura y construcción

En el estudio de la OIT *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe de Costa Rica*⁷⁴, indagó en las condiciones de trabajo de esta población. La metodología empleada combinó elementos cuantitativos y cualitativos por lo cual, si bien no resulta estadísticamente representativa, sí aporta datos importantes acerca de las condiciones en que se desempeñan estas personas en su trabajo. Dentro de la fase cuantitativa, se realizaron encuestas personales estructuradas a 300 inmigrantes nicaragüenses y dentro de la cualitativa se recurrió a la técnica de sesiones de grupo dirigidas a inmigrantes y empleadores.

Los tres sectores analizados fueron: construcción, agricultura y trabajo doméstico, sectores en los cuales se verifica una presencia importante de nicaragüenses. En cuanto al género de las personas encuestadas, se obtuvo que en agricultura el 90% hombres eran hombres; en construcción el 100% eran hombres y en trabajo doméstico el 100% mujeres. Existe una correlación entre las ocupaciones y el género de quienes las desarrollan: son sectores productivos con una tradicional y marcada presencia de hombres – construcción y agricultura – por un lado; y de mujeres – trabajo doméstico –. El trabajo doméstico es de las principales ocupaciones desempeñadas por las mujeres inmigrantes en Costa Rica: La incorporación de las mujeres al mercado laboral como “empleadas domésticas”, puede ser comprendida como una de las expresiones de la discriminación que éstas experimentan, fundamentalmente por falta de oportunidades⁷⁵. Esta división constituye una expresión cultural donde determinadas labores se asignan a unas y a otros.

El trabajo doméstico, por lo demás, ha sido invisibilizado y desvalorizado a través de la historia y no es gratuito que todavía en muchas legislaciones del mundo, no le reconocen los mismos derechos a una persona trabajadora doméstica que al resto de trabajadores. Costa Rica realizó una importante reforma para garantizar los principios de igualdad y no discriminación a quienes se desempeñan en este sector, mediante la ley No. 8726 del 2 de julio de 2009, que reforma el Código de Trabajo de 1943. Este país también ratificó el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189), el 20 de enero de 2014, el cual

⁷⁴ *Op. cit.*, 3.

⁷⁵ *Op. cit.*, 3, p. 47.

reconoce a este grupo de trabajadores y trabajadoras derechos que históricamente les habían sido negados.

De acuerdo con el estudio mencionado, el 47% de las personas encuestadas tenía menos de 30 años y el 17% tenía entre 16 y 24 años, por lo cual se reafirma que se trata de una migración laboral joven. Esta población presenta una baja escolaridad: el 11% no tenía ningún nivel educativo; el 47% de las mujeres contaba con estudios de secundaria frente al 29% de los hombres, evidenciando un mayor grado educativo las mujeres. Un bajo nivel educativo, sin embargo, “se convierte en un importante obstáculo para la integración a la sociedad (especialmente en términos laborales) y para acceder a la formación profesional”⁷⁶.

En el caso de las mujeres encuestadas, el 34% afirmó contar con seguro de salud y enfermedad frente a un 69% en el caso de los hombres. En su mayoría, las mujeres señalaron que contaban con días libres, vacaciones, horarios fijos, liquidación, aguinaldo y otros derechos laborales, no así los peones de construcción y de agricultura. Estos últimos señalaron también que es frecuente que los patronos les exijan laborar hasta 12 horas si bien a la mayoría les reconocen las horas extras, pero señalaron la existencia de presiones para aceptar esa disponibilidad so pena de perder el empleo⁷⁷.

En relación con la salud y seguridad en el trabajo, es preciso considerar previamente que tanto la construcción como la agricultura constituyen sectores vulnerables a los riesgos laborales. El 64% afirmó que en su lugar de trabajo existían programas preventivos y el 73% dijo haber recibido algún equipo de protección.

En relación con el ejercicio de los derechos sindicales, las encuestas señalaron que su participación en organizaciones gremiales es prácticamente nula. Existe un gran desconocimiento acerca de la funcionalidad de esta modalidad de asociación, así como poca experiencia y práctica de integración a sindicatos⁷⁸.

Acerca del cumplimiento de sus derechos, se les preguntó si consideraban que sus derechos laborales les eran respetados o no, tanto en el país de origen como de destino. En general, las personas afirmaron que sí y que en Costa Rica el grado de observancia de sus derechos era mayor que el experimentado en Nicaragua. Sin embargo, cuando se les preguntó sobre derechos específicos, las respuestas fueron menos homogéneas. El estudio señala que posiblemente se deba a la falta de claridad sobre los mismos.

Los derechos más irrespetados fueron: contratación sin contrato de

⁷⁶ *Ibidem*, p. 57.

⁷⁷ *Ibidem*, p.99.

⁷⁸ *Op. cit.* 3, p. 101.

trabajo escrito, no tramitación del permiso de trabajo y la falta de equipo y capacitación en materia de seguridad, de acuerdo con lo externado en las sesiones grupales. Se indagó si ante esos incumplimientos planteaban reclamos o demandas, el 60% dijo no haber tomado acción por temor a represalias o a que los deportaran, ya que al no contar con permiso de trabajo no se creen legitimados para ejercer acción alguna. “La condición de *trabajador-migrante* inhibe a las personas a presentar reclamos sobre el incumplimiento de sus derechos laborales, ya que existe la impresión de que, al no contar con el permiso migratorio o laboral ni contrato de trabajo, no se está en condición de demandarlos”⁷⁹.

Según el Informe de la Nación del 2013, cerca de una de cada tres personas trabajadoras en el país no recibe salario mínimo, entre cuyos grupos más afectados se encuentran las inmigrantes, así como trabajadores de construcción agricultura y servicio doméstico, ocupaciones donde se insertan mayoritariamente los migrantes nicaragüenses. Representan también el grupo al cual se le incumplen mayormente sus garantías laborales y agregando el comercio, son esas cuatro ocupaciones las que concentran el 60% de los trabajadores sin ningún tipo de protección de la seguridad social⁸⁰. Valga reseñar que el 58% de los migrantes laboran en esas cuatro actividades⁸¹; las trabajadoras domésticas, por su parte, triplican el promedio de incumplimiento nacional de sus garantías laborales, según este mismo Informe.

Una modalidad de contratación que de acuerdo con los estudios de la OIT citados es muy frecuente en el sector de la agricultura y en los trabajos temporales y que facilita la violación de los derechos laborales, es la intermediación o subcontratación. En estos casos es común para los y las trabajadoras no recibir aguinaldo, vacaciones ni otro tipo de liquidaciones “Dicho mecanismo es utilizado por empresas productoras para evadir su responsabilidad laboral con los trabajadores”⁸². En estos casos, la persona trabajadora desconoce quién es su patrono y cuando intenta formular algún reclamo no sabe a quién dirigirse; el subcontratista aduce no ser el patrono y este último es desconocido. Este tipo de contratación se halla sumida en la más profunda informalidad: no existen registros de subcontratistas, la figura como tal está escasamente regulada en la normativa nacional y no responde a la dinámica contractual presente en estos sectores. El intermediario o contratista busca a los trabajadores y

⁷⁹ *Ibidem*, p. 102.

⁸⁰ Programa Estado de la Nación, 2013, Decimonoveno Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, San José, Programa Estado de la Nación, p. 81.

⁸¹ *Ibidem* p. 102.

⁸² *Op. cit.* 3, p. 103.

acuerdo con ellos el salario y otras condiciones laborales; es él quien se entiende con estos quien se deja un porcentaje y no reconoce ningún tipo de derechos más que el salario.

Ante esta situación, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) de Costa Rica, reconociendo el perjuicio provocado a los trabajadores principalmente migrantes, emitió la Directriz n. 464-14 sobre las figuras de la subcontratación, grupos de interés económicos y la materia migratoria con ocasión del Trabajo Inspectivo, de marzo de 2014. Al respecto, en su artículo 1 dispone que:

“(...) ante una situación en que no pueda discernirse realmente quién es el patrono infractor, deberá eventualmente prevenirse y acusarse a todos los que presuntamente de una u otra manera figuren como posibles contratantes o directores patronales. Recuérdese que en materia laboral, los hechos prevalecen sobre las formas o apariencias y que las personas trabajadoras no tienen la obligación de saber quién es su patrono real, como consecuencia de lo que se ha explicado dentro de los considerandos”.

Resultados cuantitativos y cualitativos como los analizados sobre las condiciones laborales de estos grupos y la poca recurrencia a los órganos jurisdiccionales para incoar reclamos, conllevan a plantearse la necesidad de promover el derecho de acceso a la justicia entre esta población, sobre todo partiendo de la existencia en el país de una Política Institucional de Acceso a la Justicia para Población Migrante y Refugiada del Poder Judicial. No se tiene noticia, por lo demás, de políticas de esta naturaleza y disposiciones como las que se verán más adelante en la región centroamericana.

La existencia de esta política y las situaciones dadas, evidenciaban desconocimiento de estos trabajadores sobre sus derechos y la posibilidad y forma de recurrir a los tribunales de justicia, pero abría también la duda acerca de la existencia de barreras u obstáculos para el efectivo acceso por parte de esta población. De allí surgió toda una estrategia dirigida por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ), en asocio con la OIT, como se verá más adelante, para elaborar un diagnóstico y propuestas dirigidas a promover este derecho entre las personas trabajadoras migrantes.

2. El derecho de acceso a la justicia de las personas trabajadoras migrantes en Costa Rica

Costa Rica cuenta con un Poder Judicial que goza de credibilidad y

legitimidad frente a su ciudadanía. Es una institución sólida que en su seno ha creado una serie de comisiones de trabajo para garantizar que grupos poblacionales vulnerabilizados por sus condiciones particulares – ya sea étnica, de género, de nacionalidad u otras –, gocen de su derecho de acceso a la justicia sin discriminación alguna y en igualdad de condiciones frente a cualquier otra persona. Es así como se creó la *Subcomisión de Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas del Poder Judicial* – en adelante la Subcomisión –. Además de la constitución de instancias interinstitucionales especializadas como ésta, el Poder Judicial ha desarrollado otra serie de acciones afirmativas para garantizar condiciones equitativas de acceso a estrados judiciales.

2.1. Disposiciones

2.1.1. La política institucional de acceso a la justicia para población migrante y refugiada

La *Política Institucional de Acceso a la Justicia para Población Migrante y Refugiada*, aprobada mediante Acuerdo de Corte Plena, sesión n. 32-10 del 8 de noviembre de 2010, viene a cumplir con un compromiso asumido por el Poder Judicial costarricense, al suscribir las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. El objetivo de esta política es “Garantizar el acceso a la justicia para toda persona en condición de migración y refugio, con independencia de su condición y estatus socio-jurídico, a partir de la instalación de una cultura institucional que promueva y proteja los derechos humanos de las personas migrantes y refugiadas”⁸³. Sus líneas de acción son las siguientes: investigación, información, medidas judiciales procesales adecuadas, comunicación oportuna, seguimiento a casos de migrantes y personas refugiadas dentro y fuera del país y organización institucional.

⁸³ Poder Judicial de Costa Rica, *Política Institucional de Acceso a la Justicia para Población Migrante y Refugiada*, Acuerdo, Acuerdo de Corte Plena, Sesión No. 32-10 del 8 de noviembre de 2010), <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9978.pdf?view=1>.

2.1.2. Propuesta sobre validez de documentos de identidad para el acceso a los procesos judiciales de las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de la condición de refugiada

Para reforzar la implementación de la Política en áreas específicas que por la materia pueden vulnerabilizar aún más a estas poblaciones, en Sesión N. 35-13 del Consejo Superior del Poder Judicial, celebrada el 10 de abril de 2013, Artículo XL, se aprobó la *Propuesta sobre validez de documentos de identidad para el acceso a los procesos judiciales de las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de la condición de refugiada*, elaborada por la Subcomisión de Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas. Estas poblaciones muchas veces ven frustradas sus pretensiones cuando se les solicita un documento de identidad, el cual no poseen o se encuentra vencido. Las disposiciones protegen el derecho de acceso a la justicia en todas las jurisdicciones, pero se hace un énfasis en los procedimientos de violencia doméstica, pensiones alimentarias y en la investigación de delitos y protección de víctimas y testigos. El acceso de estas personas al sistema judicial se entiende como un asunto de derechos fundamentales, por lo que los operadores judiciales competentes deben recibir y dar trámite en todos los casos, a las denuncias y demandas planteadas por esta población, independientemente de si carecen de documentación vigente que las identifique al momento de incoar su reclamo de protección. Estas circunstancias, se señala, no podrán ser un obstáculo para asegurar las medidas de protección requeridas. Se señalan diferentes supuestos: encontrarse en condición migratoria irregular; carecer de cualquier otro documento idóneo; encontrarse en una condición migratoria irregular en Costa Rica, pero presentan documento idóneo vigente de su país de origen o de residencia; casos de extravío de documentos vigentes; condición migratoria específica que no se encuentre vigente, independientemente de la vigencia o no de la condición migratoria, entre otros. Para estos casos la autoridad judicial podrá implementar otros mecanismos para su identificación, tales como una declaración jurada de la persona demandante o denunciante, el reconocimiento de la parte denunciada o demandada de la identidad de la persona demandante o denunciante, toma de huellas digitales; comunicarse con las oficinas consulares del país de origen o residencia de la persona denunciante o demandante. También podrá recurrir a la aplicación se recurre a la potestad de ordenar a la Dirección General del artículo 72 de la Ley General de Migración y Extranjería, n. 8764, para el otorgamiento de una autorización de permanencia migratoria provisional, para los casos de

personas extranjeras que deban apersonarse a un proceso. Así mismo, se dispone que de no continuarse con el trámite en un procedimiento de violencia doméstica, de pensiones alimentarias, o en una denuncia por delito, en razón de la falta de documento de identidad idóneo de una persona migrante, debe hacerse mediante resolución formal debidamente justificada y notificada.

2.1.3. Disposiciones para el acceso efectivo a los procesos judiciales laborales de las personas migrantes, solicitantes de refugio y refugiadas

Consejo Superior, en sesión n. 84-14, celebrada el 23 de setiembre de 2014, en su artículo XXXII, aprobó las *Disposiciones para el acceso efectivo a los procesos judiciales laborales de las personas migrantes, solicitantes de refugio y refugiadas*. Su finalidad es promover mayor equidad en el acceso a la justicia laboral por parte de grupos vulnerables como migrantes, personas refugiadas y personas que solicitan refugio. Nótese que en este caso las disposiciones se enfocan en la justicia de carácter laboral, decisión coherente en un país cuyo volumen de flujos migratorios laborales es el más representativo de la región centroamericana. Por otra parte, y si bien es imposible calcular el volumen, se sabe de la presencia de un volumen importante de personas nicaragüenses en situación migratoria irregular que se ven obligados a aceptar trabajos sin reparar en las condiciones que se les ofrecen. Estas deben ser implementadas en todos los despachos judiciales que atienden materia laboral. La autoridad judicial está en la obligación de recibir y dar trámite a las denuncias y demandas laborales, independientemente de su condición migratoria. Señala que se debe proceder de la misma manera en el caso de que carezcan de documentación o si no se encuentra vigente. Ante estas circunstancias y para posibilitar el acceso a los expedientes judiciales, se establece que la parte actora puede presentar copia del acta de demanda, copia de la demanda con el sello de recibido, un documento de identificación como su pasaporte aunque se encuentre vencido, pasaporte provisional y/o carné consular. Las disposiciones señalan que en el caso de los juzgados de trabajo orales que no emitan copia del acta de la demanda (*Apud Acta*) por la política cero papel, deben emitir constancia indicando nombre, número de expediente y señalar la situación de que es una persona migrante sin documento de identificación, para posibilitar el acceso al expediente electrónico. Tratándose de personas en situación migratoria irregular, siempre está latente el riesgo de deportación a su país de origen

y de acuerdo con el diagnóstico que se analiza en páginas posteriores, existe un verdadero temor de ser sorprendidos y deportados el cual se acrecienta cuando recurren a las instancias judiciales. Como medida de protección para aquellas personas que se encuentran en situación irregular y han iniciado un proceso laboral, señalan las disposiciones que la autoridad judicial debe valorar la pertinencia de solicitar a la Dirección General de Migración y Extranjería, el otorgamiento de una autorización de permanencia migratoria del ya mencionado artículo 72 de la Ley General de Migración y Extranjería. Al igual que en las disposiciones anteriores, la decisión del órgano jurisdiccional de no continuar con el trámite en un proceso laboral en razón de la falta de documento de identidad idóneo de una persona migrante, debe hacerse mediante resolución fundamentada y debidamente notificada a las partes, luego de haber agotado las posibilidades de identificación y documentación.

El sustento jurídico de éstas disposiciones se ve respaldado, entre otros, en el artículo 33 de la Constitución Política de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949, el cual reza: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. También en el artículo 31 de la Ley General de Migración y Extranjería No. 8764 de 19 de agosto de 2009, el cual establece que: “1) *Toda persona tendrá derecho de acceso a la justicia al respecto de las garantías del debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de petición y respuesta*”. Así también, en la Opinión Consultiva n. OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003). Esta informa que “*los Estados deben garantizar a toda persona, independientemente de su estatus migratorio, el debido proceso legal donde está implícito el derecho de acceso a la justicia como un derecho instrumental para amparar los demás derechos fundamentales de las personas migrantes y refugiadas*”. Por su parte, la Política Migratoria Integral de Costa Rica, aprobada en el 2013, establece que se debe dar protección, atención y defensa a las poblaciones vulnerables, mejorando su acceso a la justicia. Bajo el eje de Integración y desarrollo, en el Subtema Empleo, la política establece la obligación del Estado costarricense de “*Promover mejores condiciones de empleo y el respeto a los derechos laborales de las personas migrantes y refugiadas*”. Vincula dos estrategias a este objetivo:

“Informar en formatos accesibles a personas trabajadoras migrantes (en condición regular o irregular), a personas refugiadas, patronos y funcionarios públicos sobre sus obligaciones y derechos en materia laboral; capacitar y sensibilizar a operadores de justicia sobre el reconocimiento de derechos laborales a población migrante y

refugiada”⁸⁴.

La CONAMAJ, en asocio con la OIT, como se señaló, decidieron profundizar en la investigación de las barreras existentes para la población migrante en el ejercicio de su derecho a la justicia laboral, esto a partir de los resultados de los datos cualitativos y cuantitativos que daban cuenta de la violación a sus derechos, por un lado, y de la poca disposición para incoar demandas laborales. Para esos efectos, se elaboró un diagnóstico.

2.2. Diagnóstico sobre acceso a la justicia laboral por parte de trabajadores y trabajadoras migrantes

Es así como se llevó a cabo el *Diagnóstico sobre acceso a la justicia laboral por parte de trabajadores y trabajadoras migrantes, elaborado por la CONAMAJ y la OIT*⁸⁵. Este identifica los obstáculos de las personas trabajadoras migrantes, especialmente nicaragüenses, para acudir a las instancias judiciales y los nudos críticos que se presentan en el desarrollo del proceso ordinario laboral. Se integró a la consulta a población Ngobe de origen panameño, quienes se insertan principalmente en la cosecha de café en la zona sur y en la de banano, en la región Atlántica. El estudio obtuvo información cualitativa de tres actores: personal judicial, población trabajadora migrante – en el norte del país, donde se encuentra un gran número de trabajadores nicaragüenses – y en San Marcos de Tarrazú – zona de alta presencia de indígenas Ngobe – y personas clave del sector público y privado que brindan servicios o asesoramiento a estas poblaciones.

Como resultados generales se obtuvieron los siguientes:

- La mayoría de los migrantes que acuden a la justicia laboral son nicaragüenses – los indígenas Ngobe mostraron un casi nulo acceso – y casi todos cuentan con status migratorio regular (cédula de residencia, permiso de trabajo).
- Quienes están en situación irregular acuden menos a los estrados judiciales y son pocos los que no tienen ningún documento de identidad.
- Son más hombres que mujeres los que plantean demandas laborales,

⁸⁴ Consejo Nacional de Migración, *Política Migratoria Integral para Costa Rica*, 2013-2023, San José, 2013, p. 69.

⁸⁵ Frean, S., *Diagnóstico sobre acceso a la justicia laboral por parte de trabajadores y trabajadoras migrantes*, Organización Internacional del Trabajo, San José, OIT, 1era. Edición, 2015. http://www.ilo.org/sanjose/publicaciones/WCMS_347995/lang-es/index.htm.

sobre todo en la zona rural.

- La mayor parte de las mujeres migrantes, como se mencionó antes, se insertan en el trabajo doméstico. Al laborar en un recinto privado tienen menos acceso a la información y un menor empoderamiento que les posibilite, oriente y facilite el reclamo de sus derechos. Esta es una de las causas que propone el diagnóstico para explicar esta diferencia.
- Derechos que reclaman: salarios dejados de percibir, incumplimiento del salario mínimo, pago de horas extraordinarias, vacaciones y aguinaldo. Son estos derechos, precisamente, lo que de acuerdo con el Estado de la Nación – ya mencionado – se violentan más.
- Los indígenas, como se señaló, no acceden casi del todo a la sede judicial y quienes lo hacen son trabajadores permanentes que se desempeñan en labores agrícolas, no los temporales que laboran durante el período de recolecta de café.

2.2.1. Obstáculos para acceder a la justicia laboral

Como obstáculos o barreras para acceder a la justicia laboral se mencionan:

- Desconocimiento sobre la normativa y el proceso laboral y el temor de hacer valer sus derechos como cualquier otra persona nacional, sobre todo si se está en situación irregular.
- Temor a acudir a las instancias judiciales.
- Costos económicos y de tiempo para realizar las gestiones y mantenerse en el proceso.
- Intimidación de enfrentarse a su patrono y a un juicio.
- La mala atención que a veces reciben por su propia preparación y su nacionalidad.
- Desconfianza en el sistema de justicia.
- Lentitud de los procesos.
- Temor a quedar en una lista de personas sospechosas entre los patronos, quienes las comparten y no los contratan si constan en esas listas.
- Creencia de que necesitan documentos válidos para que los casos prosperen, limitaciones del idioma y barreras culturales (indígenas).
- Desconocimiento por parte de los funcionarios sobre las especificidades de los pueblos indígenas.
- Percepción de las personas indígenas de que el aparato judicial dista

mucho de sus prácticas y tradiciones para resolver sus conflictos.

- Desestímulo frente el Poder Judicial debido a la diferencia entre el cálculo efectuado en sede administrativa (Ministerio de Trabajo) y el que determina una sentencia judicial. Señalan los grupos entrevistados que la diferencia suele ser importante.

2.2.2. Nudos críticos

Los nudos críticos identificados durante el proceso son:

- Interposición de la demanda: definir con claridad las pretensiones, contar con la prueba necesaria y testigos idóneos, identificación del patrono.
- Conciliación y fase demostrativa: intimidación y desbalance entre las partes, cuando no tiene representación letrada; poca comprensión del desarrollo de un proceso; dificultades para expresarse y entender el lenguaje técnico, interrogar a los testigos o negociar con el empleador.
- Ejecución de la sentencia: depósito a su favor que por no tener documento de identidad vigente o no tenerlo del todo, no puede retirarlo en el banco.

2.2.3. Estrategia de intervención

Frente a estos resultados es que se desarrolló toda una estrategia de intervención ejecutada por la CONAMAJ y la OIT, que consistió fundamentalmente en lo siguiente:

- Divulgación de los derechos laborales y de las diferentes fases del proceso laboral en idioma Ngobe y en español: como el desconocimiento sobre estos aspectos resultaba medular, se produjeron materiales informativos en lenguaje popular y con ilustraciones para facilitar su comprensión. Todos fueron validados por los grupos meta (indígenas y migrantes nicaragüenses). Las instancias que integran la Subcomisión de Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas del Poder Judicial, facilitó su distribución en zonas geográficas con alta presencia de estas poblaciones, así como la CONAMAJ a lo interno del Poder Judicial, con el fin de que estuviera a disposición de estas personas en oficinas clave como las Contralorías de Servicios.
- Elaboración de materiales dirigidos a operadores judiciales para dar a

conocer la política y las directrices aprobadas, con el fin de promover su aplicación.

- Capacitación a jueces de trabajo sobre la migración laboral, las políticas y directrices aprobadas por el Poder Judicial.
- Formación a los Facilitadores Judiciales sobre la temática migratoria y la mediación en casos laborales. “Se trata de un Programa nacional del Poder Judicial, dentro del marco de la aplicación de políticas públicas de acceso a Justicia para grupos en condición de vulnerabilidad, que cuenta con el apoyo técnico de la Organización de Estados Americanos (OEA) para su implementación. Significa la creación de una red nacional de líderes comunitarios, quienes de manera voluntaria y de forma gratuita para los usuarios del servicio, trabajan para mejorar el acceso a la justicia, superando las barreras a las que se enfrentan las personas en condición de vulnerabilidad al momento de querer hacer valer sus derechos ante la misma.
- Autorización de permanencia migratoria provisional de quienes deban apersonarse al proceso, cuando medie orden judicial”⁸⁶.
- Conversatorio entre Ministerio de Trabajo y el Poder Judicial para coordinar lo referente a la estimación de derechos laborales que se hace en sede administrativa.

Es quizás el gran número de personas migrantes trabajadoras que habitan de manera permanente o temporal en Costa Rica, así como los estudios y diagnósticos realizados los que han concientizado y sensibilizado a la población y en particular a grupos defensores de los derechos de esta población, a promover el reconocimiento y el respeto a sus derechos. A ello debe sumarse el compromiso del Poder Judicial en la identificación de los obstáculos y en las respuestas institucionales que se requieren para posibilitar en la práctica cotidiana, un ejercicio instrumental en tanto garantiza el ejercicio de todos los demás derechos: el derecho de acceso a la justicia. Para concretizarlo se han aprobado una serie de políticas y disposiciones que facilitan su ejercicio. Tratándose de poblaciones vulnerables, es preciso incidir mediante acciones afirmativas como las aquí descritas, que constituyen además de un buen ejemplo a seguir, un medio para promover el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, *Facilitadores Judiciales*, <http://www.pj.gov.py/contenido/149-facilitadores-judiciales/149>.

3. Bibliografía

- Acuña, G., *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana*, Informe de Costa Rica, San José, OIT, OIM, CECC/SICA, MTSS, 2011.
- Buonomo, M., *Mercados laborales, migración laboral intrarregional y desafíos de la protección social en los países de Centroamérica y la República Dominicana*, México, CEPAL, 2013.
- Consejo Nacional de Migración, *Política Migratoria Integral para Costa Rica, 2013-2023*, San José, 2013.
- Frean, S., *Diagnóstico sobre acceso a la justicia laboral por parte de trabajadores y trabajadoras migrantes*, San José, OIT, 2015.
- Poder Judicial de Costa Rica, *Política Institucional de Acceso a la Justicia para Población Migrante y Refugiada*, Sesión n. 32-10 del 8 de noviembre de 2010, 2010.
- Programa Estado de la Nación., *Decimonoveno Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*, San José, 2013.
- Voorend, K.E., *Nicaragienses en el Norte: condiciones laborales y prácticas de contratación de hombres y mujeres migrantes en la Región Huetar Norte*, San José, OIT y MTSS, 2013.

Web sites

- Corte Suprema de Justicia. (s.f.). Facilitadores Judiciales. Obtenido de <http://www.pj.gov.py/contenido/149-facilitadores-judiciales/149>
- Organización de las Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. (s.f.), *Trends in International Migrant Stock: the 2015 revision*. Obtenido de <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/index.shtml>

Trabajadores migrantes y derecho social: estado de la protección en el contexto latinoamericano

Pablo ARELLANO ORTIZ*

RESUMEN: Este trabajo se ocupa de estudiar el problema de la protección de los trabajadores migrantes y sus familiar. Para ello, se parte de la base que dicha protección debe ser hecha en función del carácter de derecho humano que posee. Se cuestiona el nivel de protección que se le entrega en la región latinoamericana. Se postula que dos factores deben ser estudiados con mayor profundidad a fin de entregar una mayor y mejor protección: la informalidad y la cobertura de seguridad social.

Palabras clave: Trabajadores migrantes, informalidad, seguridad social, coordinación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El trabajador informal migrante: un desafío de cobertura. 3. La protección de seguridad social al trabajador migrante: un camino hacia un acuerdo pluri-regional. 4. A modo de reflexión futura. 5. Bibliografía.

* Profesor de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, Avenida Brasil 2950, segundo piso, Valparaíso, Chile. email: pablo.arellano@pucv.cl

Migrant workers and social law: status of the protection in the Latin-American context

ABSTRACT: This paper aims at studying the issue of the protection of migrant workers and their families. To this end, the basic premise is that this protection must be ensured according to the nature of human right which is based on. We call into question the level of migrant workers protection in the Latin American region. There are two factors which should be studied in more depth in order to provide a greater and better protection: informal employment and social security cover.

Key Words: Migrant workers, informal employment, social security, coordination.

1. Introducción

En estos tiempos convulsionados por la globalización y sus múltiples efectos en el trabajo la cuestión acerca de la protección de los trabajadores migrantes y sus familias reaparece en el discurso público con gran fuerza. Las imágenes de grupos de familias que se mueven de una frontera a otra en busca de mejores expectativas de vida llegan al fondo de la opinión pública. Sin embargo, las razones de esta movilidad son de diversa índole. Algunas asociadas a conflictos bélicos o a ideologías políticas o religiosas diferentes, en lo que atañe a este trabajo nos ocuparemos de aquellos que se movilizan por motivos laborales. Debiendo en estos casos entregarle protección tanto al trabajador así como también a sus dependientes.

El mal llamado fenómeno migratorio no puede resultar ajeno al jurista latinoamericano. En este sentido Ruiz Moreno señala que “la migración es un fenómeno constante y de larga data en la historia de la humanidad. La historia misma establece que los grandes movimientos culturales, económicos, geográficos y políticos – tanto espontáneo como forzado –, dieron origen a desplazamientos en masa de la población; múltiples migraciones han ocurrido desde épocas inmemoriales y la historia de cada país lo constata. No se trata pues de un fenómeno nuevo, ni tampoco de un tema poco analizado desde el ámbito científico, excepto acaso por nosotros los juristas y, en especial, por quienes cultivamos el Derecho Laboral”⁸⁷.

De hecho, en términos cuantitativos la cantidad de nacionales latinos que migran dentro de América Latina es superior a la cantidad de nacionales europeos que lo hacen dentro del continente europeo. En este sentido, la OIT ha establecido que a nivel mundial hay 150,3 millones de trabajadores migrantes. Del total de trabajadores migrantes, 83,7 millones son hombres y 66,6 millones son mujeres, el equivalente al 55,7 por ciento y al 44,3 por ciento del total respectivamente. Se establece además que los migrantes representan el 3,9 por ciento de la población mundial total⁸⁸.

Por su parte la Cepal ha establecido que en América Latina y el Caribe se

⁸⁷ Ruiz Moreno, Á. G., “El derecho humano al trabajo de los migrantes”, *Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, n. 1, año 2016, p. 34.

⁸⁸ OIT, *Global estimates of migrant workers and migrant domestic workers: results and methodology*, International Labour Office, Geneva: ILO, 2015. Sobre estas cifras ver también: OIT, *Promoting fair migration, General Survey concerning the migrant workers instruments*, International Labour Conference, 105th Session, 2016, Third item on the agenda, Information and reports on the application of Conventions and Recommendations, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), Report III (Part 1B), International Labour Office, Geneva, p. 4-5.

ha registrado una reducción de la emigración a países fuera de la región y un incremento de los flujos intrarregionales entre 2000 y 2010. En ese año, unos 28,5 millones de latinoamericanos y caribeños residían en países distintos a los de su nacimiento⁸⁹.

En relación al fenómeno en general se ha señalado que “la movilidad internacional de mano de obra ha aumentado bajo las condiciones contemporáneas de globalización, al tiempo que se han acelerado los niveles de explotación y de desregulación”⁹⁰. Así se ha aumentado los niveles de desprotección de los trabajadores, y ello ligado al movimiento migratorio.

Uno de los cambios de mayor alcance que han producido la globalización y el proceso de creciente interacción social y de interdependencia en las relaciones económicas es el cambio cuantitativo y cualitativo de los movimientos migratorios, de esta manera se ha incluso hablado de una nueva era de las migraciones⁹¹. Nosotros creemos que no se trata de una nueva era de migraciones. Esta siempre han existido y es natural que las cifras aumenten. Lo que sucede es algo muy diferente: las migraciones se han convertido en un proceso cada vez más complejo. De migración para asentarse permanentemente se ha pasado a migraciones temporales⁹². Además, los migrantes han variado y se han convertido en un grupo muy variado: trabajadores temporales, subcontratados, trabajadores calificados, estudiantes, buscadores de asilo, refugiados políticos, etc.

De esta manera, los problemas que ha traído la migración hoy en día han llevado a sostener que “se requiere una comprensión mucho mayor del fenómeno actual de la migración, con objeto de que la comunidad internacional pueda idear los medios e instrumentos necesarios para una mejor gestión de la migración”⁹³. No se puede seguir pensando en los

⁸⁹ Según información publicada el 5 de octubre de 2015 <http://www.cepal.org/es/print/34095>

⁹⁰ Taran, P. y Geronimi, E., “Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección”, *Perspectivas sobre las migraciones laborales*, 3 S, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, p. 1.

⁹¹ Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, M., “La OIT y los trabajadores migrantes”, en Javillier, J.-C. y Gernigon, B. (sous la direction de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau International du Travail, Geneva, 2004, p. 541.

⁹² Hirose, K., Nikac, M. y Tamagno, E., *Social security for migrant workers. A right-based approach*, International Labour Organization, Decent Work Technical Support Team, and Country Office for Central and Eastern Europe, Budapest, ILO, 2011, p. 1

⁹³ OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Informe VI, Sexto punto del orden del día Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004, p. 4.

migrantes como hace algunas décadas.

En cuanto a la protección que entrega el derecho social al trabajador migrante Ruiz Moreno acierta cuando señala que “todo inmigrante, tenga o no papeles que acrediten su legal estancia en el país al que migra en búsqueda de empleo, cuente o no con el permiso expreso del Gobierno receptor que le autorice a laborar en su territorio, e incluso por ilegal que sea su internamiento en cualquier país, al tratarse de una persona humana que tiene derechos irrenunciables e inalienables que le siguen a donde quiera que vaya (portabilidad de derechos), merece ser tratado con humanidad y respeto a su dignidad como persona humana”⁹⁴. Este autor en su trabajo indica como fundamento de la protección en tanto derecho humano a las normas de la Organización Internacional del Trabajo, sin embargo a nivel internacional estas son la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) de la OIT. Estos tres instrumentos son considerados como los instrumentos clave en esta materia⁹⁵.

Se puede notar que se ha estimado que “estos tres instrumentos en su conjunto proveen una definición y una base ético-jurídica, para la política y práctica nacionales respecto de los trabajadores migrantes extranjeros y los miembros de sus familias, así como herramientas para alentar a los Estados a adoptar y mejorar una legislación nacional, conforme a estas normas. No se trata sólo de instrumentos de derechos humanos, sino que numerosas disposiciones sientan principios para la elaboración de una política nacional y para la consulta y cooperación interestatales, con miras a la formulación de una política sobre migraciones laborales, al intercambio de información, al suministro de información a los migrantes, a la gestión de retornos ordenados o a la reintegración”⁹⁶.

⁹⁴ Ruiz Moreno, Á. G., “El derecho humano al trabajo de los migrantes”, *Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, n. 1, año 2016, pp. 40-41.

⁹⁵ Arellano Ortiz, P., *Marco teórico de la coordinación de seguridad social: Comparación Unión Europea e Iberoamérica*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 53-53. Ver también: Dupper, O., “The Human Rights of (Irregular) Migrants: An International, Regional and South African Perspective (Part 1)”, *International Journal of Social Security and Workers Compensation*, 2010, n. 2(1), p. 61; Dupper, O., “The Human Rights of (Irregular) Migrants: An International, Regional and South African Perspective (Part 2)”, *International Journal of Social Security and Workers Compensation*, 2011, n. 3(1), p. 55.

⁹⁶ Taran, P. y Geronimi, E., “Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección”, *Perspectivas sobre las migraciones laborales*, 3 S, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, p. 16.

A nuestro parecer debemos destacar el valor de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares de las Naciones Unidas, de 1990, que según nosotros constituye uno de los instrumentos más importantes en materia de derechos humanos de las personas migrantes.

Esta convención contiene disposiciones específicas relativas a las prestaciones sociales para las personas migrantes y sus familias. A saber, en el artículo 27 se señala que: “Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma”. El mismo artículo agrega: “Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones”.

A nivel regional, se debe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Chile, la cual contiene normas relativas a la seguridad social, a la migración laboral y protección de los derechos de las personas trabajadoras migrantes y de sus familiares. Debe destacarse, además, el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyas opiniones y resoluciones definen estándares que deben ser atendidos por los países miembros de dicha Corte. Dentro de estas cobra especial importancia la opinión consultiva 18/03 de la CIDH, de 17 de septiembre de 2003, relativa a la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados⁹⁷, la cual define y detalla con claridad estándares de derechos humanos en el ámbito laboral, que son vinculantes para los Estados y por tanto deben ser adoptados y aplicados en el ámbito nacional. Se señala en su párrafo 101:

“El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un

⁹⁷ En relación a esta Opinión Consultiva se sugiere ver: Muñoz Lean, F., “Trabajadores migrantes y discriminación”, en Arellano Ortiz, P. (ed.), *Trabajadores Migrantes y seguridad social*, Librotecnia, Santiago, 2015, pp. 17-30.

principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*⁹⁸.

Con base en los argumentos que se exponen, la CIDH emite la Opinión en forma unánime en 11 puntos. De estos resulta importante destacar el número 6 que señala: “*Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas*”. El número 8, por su parte, indica: “*Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral*”. En el número 9: “*Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador) (...)*”. Y finalmente, el número 10: “*Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica*”.

Teniendo en cuenta esta perspectiva protectora de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, considerado así por un instrumento internacional específico y por normas particulares de la OIT, cabe preguntarse cuáles son entonces los problemas que hacen que los migrantes en América Latina tengan un estatus protector inferior a los de la región europea⁹⁸.

⁹⁸ En este sentido ver Stuhldreher, A., “La migración: cambio de ciclo en las relaciones entre la Unión Europea y América Latina y el Caribe”, en *Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, n. 181, 2015, pp. 95-114.

A nuestro entender el contexto actual de la migración en la región latinoamericana se ve confrontada particularmente a dos desafíos para las políticas públicas. Por un lado, la conformación del mercado de trabajo en donde se constata un alto nivel de informalidad en los mercados nacionales y a su vez en los migrantes. Por otro lado, la protección de seguridad social de los trabajadores migrantes se ve confrontada a una mayor integración dentro de la región pero a la vez con Iberoamérica y en lo posible con Europa.

La búsqueda de protección del trabajador informal beneficiará directamente la situación de los migrantes irregulares que son muchas veces trabajadores informales. La solución del déficit de protección de seguridad social permitirá que la movilidad de trabajadores en la región no siga afectando a trabajadores migrantes y a sus familiares. A continuación se intentará realizar una breve revisión de estas problemáticas.

2. El trabajador informal migrante: un desafío de cobertura

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de las Naciones Unidas, 1990, por su parte en su artículo 2, 1), establece también una definición que “*se entenderá por "trabajador migratorio" toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional*”. Esta definición es bastante amplia ya que incluye a toda persona trabajadora, sin distinguir si se trata de aquellos que pertenecen a la economía informal o a la formal.

Además, esta norma señala en su artículo número 2, una serie de definiciones de diversas categorías de trabajadores migratorios, de acuerdo a la naturaleza de la prestación de servicios. Estas definiciones permiten determinar si se trata o no trabajadores migrantes propiamente tales: “2. a) *Se entenderá por "trabajador fronterizo" todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana;*

b) Se entenderá por "trabajador de temporada" todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año;

c) Se entenderá por "marino", término que incluye a los pescadores, todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional;

d) Se entenderá por "trabajador en una estructura marina" todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado

del que no sea nacional;

e) Se entenderá por "trabajador itinerante" todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación".

Bajo esta definición cabe preguntarse qué sucede cuando un trabajador migrante se encuentra dentro de la llamada economía informal. Entonces al respecto cabe precisar que la informalidad conoce varias denominaciones⁹⁹, la doctrina habla por ejemplo del sector informal, la economía informal o sector no estructurado para referirse a grupos de trabajadores casi idénticos. Este término ha sido introducido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁰⁰, señalando que «El término 'economía informal' hace referencia al conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto. Las actividades de esas personas y empresas no están recogidas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella; o no están contempladas en la práctica, es decir que, si bien estas personas operan dentro del ámbito de la ley, ésta no se aplica o no se cumple; o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, engorrosa o imponer costos excesivos». El origen de este concepto de la OIT lo encontramos en los trabajos realizados por esta organización en relación a los mercados de trabajo en el continente africano en los años 1960 y 1970¹⁰¹. Sin embargo hoy es utilizado en forma global debido a que su objeto no solo puede ser encontrado en dicho continente.

⁹⁹ Para el origen del termino sector informal ver: Kucera, D. y Roncolato, L., "L'emploi informel: deux questions de politique controversées", *Revue internationale du travail*, vol. 147, n. 4, 2008, pp. 347-377; Saavedra, J. y Tommasi, M., "Informalité, Etat et contrat social en Amérique latine: étude préliminaire", *Revue internationale du travail*, 2007, vol. 146, n. 3-4, p. 301; Tokman, V., "Informality: exclusion and precariousness", paper prepared for the *Tripartite interregional Symposium on the Informal Economy: Enabling Transition to Formalization*, ILO, Geneva, 27-29 November 2007; Tokman, V., "Economie informelle, insécurité et cohésion sociale en Amérique latine", *Revue internationale du travail*, 2007, vol. 146, n. 1-2, p. 89; Servais, J.-M., "Secteur informel: un avenir pour le droit du travail", *Actualités du droit*, 1994, pp. 661-685.

¹⁰⁰ OIT, *Rapport de la Commission de l'économie informelle*, Conférence internationale du Travail, 90^e session, Genève, 2002, p. 58. Ver también: OIT, *Rapport VI, Travail décent et économie informelle*, Conférence internationale du Travail, 90^e session, Genève, 2002; OIT, *L'économie informelle: permettre une transition vers la formalisation*, Document du travail, *Colloque interrégional tripartite sur l'économie informelle: Permettre une transition vers la formalisation*, Genève, 27-29 novembre 2007.

¹⁰¹ OIT, *Employment incomes and equality: A strategy for increasing productive employment in Kenya*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1972.

Más recientemente, la OIT ha entregado una definición de empleo informal que es usualmente aceptada y que incluye a los siguientes tipos de empleo¹⁰²:

- i) trabajadores por cuenta propia dueños de sus propias empresas del sector informal;
- ii) empleadores dueños de sus propias empresas del sector informal;
- iii) trabajadores familiares auxiliares, independientemente de si trabajan en empresas del sector formal o informal;
- iv) miembros de cooperativas de productores informales;
- v) asalariados que tienen empleos informales, ya sea que estén empleados por empresas del sector formal, por empresas del sector informal, o por hogares que les emplean como trabajadores domésticos asalariados; y
- vi) trabajadores por cuenta propia que producen bienes exclusivamente para el propio uso final de su hogar.

Por su parte la doctrina también se ha ocupado de intentar especificar el contenido de esta categoría de trabajadores. Para el professor Marius Olivier¹⁰³ las relaciones de empleo informal encapsulan aquellas actividades que caen de facto o de jure, fuera del alcance de la ley, incluida la seguridad social. La economía informal no es una condición individual sino un proceso de generación de ingresos que se caracteriza por un rasgo central: no está regulado por las instituciones de la sociedad, en un entorno jurídico y social en el que actividades similares están reguladas. Por otro lado, según Victor Tokman¹⁰⁴ dos factores han probablemente contribuido a aumentar el interés por la informalidad. El primero sería el fuerte vínculo entre la informalidad, la pobreza y el subempleo, así como una fuerte absorción de los grupos más vulnerables de la sociedad, incluidas las mujeres y los jóvenes. El segundo es la capacidad de adaptación del concepto a los cambios económicos y sociales en el mundo.

Para Monereo *et al.* existe una distinción entre relaciones laborales “formales” y las relaciones laborales “informales”.¹⁰⁵ Según estos autores

¹⁰² OIT, “Directrices sobre una definición estadística de empleo informal, adoptadas por la Decimoséptima Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (noviembre – diciembre de 2003)”.

¹⁰³ Olivier, M., “Work at the margins of social security: Expanding the boundaries of social protection in the developing world”, in Van Oorschot, W.; Peeters, Hans y Boos, K. (eds.), *Invisible Social Security Revisited*, Essays in Honour of Jos Berghman, Lannoo Publishers, Lovaina, Bélgica, 2014, p. 215.

¹⁰⁴ Tokman, V., “Informality: exclusion and precariousness”, paper prepared for the *Tripartite interregional Symposium on the Informal Economy: Enabling Transition to Formalization*, ILO, Geneva, 27-29 November 2007, p. 2.

¹⁰⁵ Monereo Pérez, J.L. *et al.*, *Manual de teoría de las relaciones laborales*, Ed. Tecnos, Madrid,

la primera de ellas son las que se formalizan contractualmente y están sujetas a reglas legales y convencionales rigiéndose por un estatuto jurídico profesional, en tanto que las segundas se rigen por reglas más difusas, y ocultas, dentro de una gama creciente de modalidades de trabajo que abren el análisis a otras perspectivas: relaciones laborales irregulares o “trabajo en negro”, relaciones laborales de hecho, relaciones laborales infraprotegidas, trabajo en sectores informales de la economía. Esta “economía oculta” se aleja del rasgo de residualidad en muchas economías – incluidas las europeas – de manera que no es posible comprender el mundo socio-laboral de hoy al margen de esta realidad informal. Agregan estos autores que el análisis de las relaciones laborales informales posee una dificultad en relación a las estadísticas, como también de orden jurídico. Hacen alusión también a que la terminología económica que se utiliza distinta entre economía formal y la economía informal, dejando fuera las relación de trabajo no remunerado tales como el trabajo domestico, el trabajo voluntario, el trabajo de cuidados no profesional.

Teniendo entonces en cuenta que se trata de una categoría compleja con múltiples aristas, y considerando su caracterización y sus consecuencias en relación al status de los trabajadores incluidos en este sector, se pueden reconocer dos grandes formas de unidades productivas¹⁰⁶:

- Las empresas familiares, integradas por un trabajador cuentapropista (dador de trabajo), y otros que colaboran con él (no necesariamente de forma permanente, sin la existencia legal de relaciones laborales de dependencia, pero sí de hecho, incluyendo una remuneración fija, normal y habitual.

- Las microempresas, con similar tamaño y grado de organización que las anteriores, pero con la crucial diferencia que el titular proporciona a terceros empleo asalariado de manera continua.

En suma, la informalidad laboral puede incluir a trabajadores independientes como a dependientes, el rasgo común es la precariedad en que se encuentran y su desprotección, tanto de derechos laborales como de seguridad social. En relación a esto último cabe señalar que si el sistema de seguridad social esta basado en contribuciones esto genera brechas en la cobertura¹⁰⁷, ya que no todos los miembros de ese mercado de trabajo podrán cotizar, quedando un grupo excluido por defecto.

2011, pp. 24 y 25.

¹⁰⁶ Lacchini, C. y Zuccotti, G., *Importancia de la contributividad en el sistema de Seguridad Social: Elementos de análisis para la inclusión social en América Latina*, Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009, p 27.

¹⁰⁷ Bertranou, F. (ed.), *Envejecimiento, empleo y protección social en América Latina*, Santiago, Organización Internacional del Trabajo, 2006.

También cabe considerar que existe una creciente desregulación del trabajo, un número importante de trabajadores del sector formal poseen contratos precarios¹⁰⁸, con los riesgos que ello implica.

En el artículo 1.2. se establece qué se entenderá para los efectos de la Recomendación, por «economía informal», a saber:

“a) hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que – en la legislación o en la práctica – están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto, y

b) no abarca las actividades ilícitas, en particular la prestación de servicios y la producción, venta, posesión o consumo de bienes prohibidos por la legislación, incluyendo la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, la trata de personas y el blanqueo de dinero, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes”.

El 12 de junio de 2015 la Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado un nuevo instrumento internacional del trabajo. Esta vez abocándose a la protección de la economía informal. Este instrumento es la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2015 (núm. 204)¹⁰⁹.

Éste es el primer instrumento internacional que intenta entregar una protección desde el punto de vista del derecho del trabajo a aquellos que se encuentran dentro de la economía informal. Sin embargo, este instrumento puede ser criticado ya que se basa en la lógica que el informal debe pasar a la formalidad. Creemos que es una aproximación que dista de la realidad. Esto debido a que muchos informales no les interesa formalizarse sino que se les proteja dentro de su informalidad. He aquí el desafío para el derecho del trabajo: proteger al informal en su

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁹ En relación a esta recomendación revisar los siguientes informes: OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe V (1), Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra; OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe V (2A), Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra; OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe V (2B), Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra; OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014, Informe V(1) Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra; OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014, Informe V (2), Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

informalidad¹¹⁰.

Entonces retomando la relación de la informalidad con la protección del trabajador migrante, encontraremos que los trabajadores migrantes son muchas veces expulsados de la protección formal muchas veces de iure o de facto quedando sus anhelos de un mejor pasar tan solo en sueños. Se debe innovar aun más en los mecanismos de protección buscando proteger al trabajador migrante informal en su situación de tal y no forzarlos a ser lo que no es. Una aproximación más holística del derecho del trabajo se requiere entonces, una que incluya a todos los trabajadores.

3. La protección de seguridad social al trabajador migrante: un camino hacia un acuerdo pluri-regional

La situación precaria de las y los trabajadores migrantes y su relación con la seguridad social formal, se puede resumir como un asunto que compete a la legislación nacional¹¹¹. De esta manera, el país de acogida regula en su legislación interna los beneficios a los cuales tienen acceso y las condiciones que deben cumplir para acceder a ellos. Sin embargo, aun cuando la legislación nacional prescriba que se deben aplicar por igual sus reglas, su protección puede estar limitada. Esto tiene que ver con la aplicación de la ley, pero también con el alto porcentaje de migrantes que ejercen labores dentro de la economía informal, como es el caso de los países de América Latina.

Los mecanismos que pueden entregar continuidad a las prestaciones de seguridad social para las personas trabajadoras migrantes y sus familias, pueden ser clasificados en unilaterales, bilaterales y multilaterales. Tan solo las bilaterales y multilaterales implican un cierto grado de coordinación. Concentrémonos en estos últimos ya que implican una aproximación regional a la protección de los trabajadores migrantes.

La coordinación de sistemas de seguridad social en Europa lleva ya cierto tiempo y se encuentra bastante consolidada. El mecanismo parte con los inicios de la creación de la Unión Europea en las primitivas Comunidades. Así, los mecanismos de coordinación de sistemas de seguridad social más complejos y completos son los europeos¹¹². Ello no es producto del azar

¹¹⁰ Walker Errázuriz, F. y Arellano Ortiz, P., *Derecho de las relaciones laborales*, Tomo 1, Derecho Individual del Trabajo, Librotecnia, Santiago, 2016, pp. 77-78.

¹¹¹ Sabates-Wheeler, R. y Koettl, J., "Protección social para los migrantes: los desafíos de la prestación en el contexto del cambio en los flujos migratorios", *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 63, 3-4, 2010, p. 135.

¹¹² Al respecto ver: Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.), *La Coordinación de los Sistemas de*

sino que de una larga evolución legislativa tendiente a proteger los derechos de los migrantes.

En el continente europeo, el origen de la coordinación se puede encontrar en la migración de trabajadores que llevó a los acuerdos bilaterales de seguridad social desde el inicio del siglo 20. De esta manera, el acuerdo de seguridad social de 1904 entre Francia e Italia, destinado a regular el problema de los trabajadores migrantes en relación a los accidentes de trabajo suele ser considerado el primer tratado internacional de la seguridad social y se convirtió en un modelo para posteriores acuerdos bilaterales de seguridad social¹¹³.

Los nuevos Reglamentos 883/04 y 987/09 entran en vigor el 1 de mayo de 2010¹¹⁴. De esta manera luego de toda esta evolución hoy en día la Unión Europea cuenta con un complejo mecanismo de coordinación de sus sistemas de seguridad social bajo el alero del principio de permitir la movilidad de su población. A continuación se hará una breve referencia a las principales características de la reglamentación vigente y luego se mencionará algunas evoluciones recientes de la legislación europea en materia de protección del trabajador migrante que a nuestro parecer afectan la protección de migrantes en América Latina. Las que al menos servirán para mejorar las políticas vigentes.

Los Reglamentos Comunitarios (CE) n° 883/04 y n° 987/09 se aplican para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea desde el 01 de mayo 2010. Por otro lado,

Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009, Murcia, Laborum, 2010; Pennings, F., *European Social Security Law*, Wolter Kluwer Law & Business, Holanda, 2012; Nogueira Guastavino, M., “La progresiva política social de la Unión Europea”, en Nogueira Guastavino, M., Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto J.M., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Ediciones Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 27-58; Jorens, Y., *50 years of social security coordination. Past – Present – Future*, Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security. European Commission, Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Publication Office of the European Union, 2010; Cornelissen, R., “Les axes de réforme les principes généraux du règlement 883/2004”, *RDSS*, 2010, dossier spécial Le nouveau droit communautaire de la sécurité sociale, p. 5.

¹¹³ Ver. Holloway, J., *Social policy harmonization in the European Community*, Farnborough, Gower, 1981; Watson, P., *Social security law of the European Communities*, London, Mansell, 1980; Nagel, S. y Thalamy, C., *Le droit international de la sécurité sociale*. Paris, Presses Universitaires de France, 1994.

¹¹⁴ Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.), *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum, 2010; Pennings, F., *European Social Security Law*, Wolter Kluwer Law & Business, Holanda, 2012; Cornelissen, R., “Les axes de réforme les principes généraux du règlement 883/2004”, *RDSS*, 2010, dossier spécial Le nouveau droit communautaire de la sécurité sociale, p. 5.

estos Reglamentos son igualmente aplicables en las relaciones con Suiza desde el 01 de abril de 2012, y en las relaciones con los Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo, a partir del 01 de junio de 2012, los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo son: Islandia, Liechtenstein y Noruega.

En cuanto al campo de aplicación personal de la reglamentación europea el artículo 2 del Reglamento 883/2004 establece que “1. *El presente Reglamento se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus derechohabientes. 2. Asimismo, el presente Reglamento se aplicará a los derechohabientes de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos derechohabientes sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros*”.

A esta disposición se debe agregar lo dispuesto en el Reglamento N° 1231/2010 de 24 de noviembre de 2010 mediante el cual se extienden las disposiciones del Reglamento n° 883/04 a los nacionales de terceros países con residencia legal en un Estado miembro de la Unión Europea (salvo Dinamarca y Reino Unido), esto según lo dispuesto en su artículo 1, a saber: “*El Reglamento (CE) n° 883/2004 y el Reglamento (CE) no 987/2009 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aún cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no esté circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro*”. Sin embargo, esta extensión tiene las siguientes excepciones: En la relaciones con Dinamarca, es decir, si el interesado en su aplicación está o ha estado sujeto tanto a la legislación danesa como a la de otro u otros Estados miembros, en este país en definitiva los Reglamentos Comunitarios de Seguridad Social no son aplicables a los nacionales de terceros países.

Este Reglamento N° 1231/2010 que extiende los beneficios de la coordinación a nacionales de terceros países ha llamado fuertemente la atención¹¹⁵. Pero no solo esta cuestión se ha tratado a partir de este

¹¹⁵ Al respecto se sugiere revisar: Vonk, G., “Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres”, in Blanpain, R., Arellano, P. and Olivier & Gisjbert Vonk, M. (eds.), *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer, vol. 84, 2013, pp. 47-68; Pennings, F., “Coordination of Social Security within the EU Context”, in Blanpain, R.,

reglamento. Una importantísima sentencia ha sido dictada hace ya algún tiempo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se trata del caso Gotardo de 15.1.2002, -55/00 Rec.; p.I-413134, en la que se modifica el criterio que existía previamente¹¹⁶.

Los hechos de este caso consisten en que la Sra Gottardo, de nacionalidad italiana, adquirió la nacionalidad francesa tras haber contraído matrimonio. Trabajó sucesivamente por cuenta ajena en Italia, Suiza y Francia. De estos últimos dos países percibía sendas pensiones de vejez que le fueron reconocidas sin necesidad de recurrir a la técnica de totalización de períodos de seguro. Pero, su solicitud de pensión de vejez en Italia fue denegada por no reunir el período de carencia exigido. Este último requisito que sólo podría cumplir en caso de que se le computaran los períodos de seguro cubiertos en Suiza, por aplicación del Convenio Italo-Suizo que entró en vigor el 1 de septiembre de 1964. Según dicho convenio se restringe el principio de igualdad de trato a los ciudadanos italianos y suizos. Así entonces se planteo una cuestión prejudicial ante el TJCE(hoy TJUE) fundada en la duda de que si la denegación de la totalización de períodos por razón de la nacionalidad de la solicitante vulnera, o no, la interdicción de discriminación por razón de la nacionalidad que consagra el artículo 39 del Tratado de la CE (actual artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la UE). El Tribunal falló que “las autoridades de Seguridad Social competentes de un primer Estado deben, con arreglo a las obligaciones comunitarias que les incumben en virtud del artículo 39 CE, computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero

Arellano, P. and Olivier & Gisjbert Vonk. M. (eds.), *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer, vol. 84, 2013, pp. 117-132; Pieters, D. y Schoukens, P. (eds.), *The social security Co-ordination between the EU and Non-EU countries*, Intersentia, Metro, Antwerp, Cambridge, Portland, 2009.

¹¹⁶ Al respecto ver: Vonk, G., “Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres”, in Blanpain, R., Arellano, P. and Olivier & Gisjbert Vonk, M. (eds.), *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer, vol. 84, 2013, pp. 47-68; Pieters, D. y Schoukens, P. (eds.), *The social security Co-ordination between the EU and Non-EU countries*, Intersentia, Metro, Antwerp, Cambridge, Portland, 2009; Pennings, F., *European Social Security Law*, Wolter Kluwer Law & Business, Holanda, 2012; Sánchez-Rodas Navarro, C., “Libre circulación de personas y prestaciones en metálico no contributivas”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.), *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum, 2010, pp. 91-100; Perez Yañez, R., “La extensión del ámbito subjetivo de los convenios bilaterales, en materia de Seguridad Social, suscritos entre un estado miembro y un tercer estado”, *Temas Laborales*, n. 65, 2002, pp. 209-220.

por un nacional de un segundo Estado miembro cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales”.

Para llegar a dicha conclusión el Tribunal se basó en que “cuando un Estado miembro celebra con un tercer Estado un convenio internacional bilateral de Seguridad Social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho tercer Estado para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga al Estado miembro en cuestión a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación”.

Asimismo, el Tribunal señaló que “su interpretación del concepto de “legislación” recogido en la letra j) del artículo 1 del Reglamento 1408/71 no puede llevar al menoscabo de la obligación de todo Estado miembro de respetar el principio de igualdad de trato previsto en el artículo 39 del Tratado CE”. “Cuestionar el equilibrio y la reciprocidad de un convenio internacional bilateral celebrado entre un Estado miembro y un tercer Estado no puede ser una justificación objetiva para que el Estado miembro parte en dicho convenio se niegue a extender a los nacionales de los demás Estados miembros las ventajas que dicho convenio concede a sus propios nacionales”.

Sin lugar a dudas la extensión de las prestaciones mediante el Reglamento N° 1231/2010 y la jurisprudencia Gottardo constituyen una clara manifestación que la coordinación europea se encuentra en un proceso de extensión hacia otras nacionalidades. Se ha hecho notar que dicha extensión puede ocurrir para los nacionales pertenecientes a los países del Magreb que pueden pasar parte de su vida activa en la Unión Europea como por ejemplo los nacionales de Marruecos¹¹⁷.

Sin embargo lo que más ha llamado la atención es el establecimiento de un principio que permita a nacionales de terceros países beneficiarse de la coordinación europea. En este sentido, se ha postulado acertadamente la posibilidad de crear un vínculo entre los Reglamentos de coordinación europea y el CMISS. Una especie de acuerdo Euro-Ibero-Americano de

¹¹⁷ Ver sobre este punto: Vonk, G., “Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres”, in Blanpain, R., Arellano, P. and Olivier & Gisbert Vonk, M. (eds.), *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer, vol. 84, 2013, pp. 47-68.

Seguridad social¹¹⁸. Sin embargo, queda por determinar la voluntad política para su realización y la regla de conflicto que se aplicará.

Por su parte este tipo de mecanismo en nuestra región tiene su fundamento normativo en el origen del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), y su origen se encuentra en la V Conferencia de Ministros y Máximos Responsables de Seguridad Social de los países de Iberoamérica, celebrada en la ciudad de Segovia, España, en el año 2005, y en los acuerdos surgidos de la XV y XVI Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno, que condujeron a la aprobación del texto definitivo del Convenio Multilateral por parte de los Jefes de Estado y de Gobierno, en la XVII Cumbre Iberoamericana de Santiago de Chile, en noviembre de 2007. En el año 2009, en las reuniones de Lisboa, se dio vía libre al contenido del Acuerdo de Aplicación. Dicho acuerdo resulta importante para la determinación de la entrada en vigor efectiva del Convenio.

Hoy en día, 12 países han ratificado el Convenio y 9 de éstos, ya han depositado el instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), a la cual se había encomendado la responsabilidad técnica de la elaboración del instrumento y además la cumbre lo designó como organismo encargado de recibir el depósito de los instrumentos de ratificación y de organizar el proceso de elaboración de normas técnicas para su aplicación. Con el depósito del octavo instrumento de ratificación en la secretaria de la OISS se inicia el proceso de entrada en vigencia. Así, el convenio entró en vigencia el 1ro de mayo de 2011.

La coordinación de sistemas de seguridad social en América Latina debe ser mirada como un proceso evolutivo, tal como lo fue en Europa. En este sentido, se debe ir mejorando y completando, siendo el paso a seguir la incorporación de las prestaciones no contributivas. Se comparte lo propuesto por el profesor Vonk en el sentido de crear un gran marco de coordinación que una el CMISS y los Reglamentos europeos de coordinación¹¹⁹. Los elementos básicos de coordinación tal como se ha propuesto se encuentran en mayor o menor medida en ambos

¹¹⁸ Vonk, G., "Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres", in Blanpain, R., Arellano, P. and Olivier & Gisjbert Vonk, M. (eds.), *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer, vol. 84, 2013, pp. 47-68.

¹¹⁹ Vonk, G., "Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres", in Blanpain, R., Arellano, P. and Olivier & Gisjbert Vonk, M. (eds.), *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Bulletin of Comparative Labour Relations, Kluwer, vol. 84, 2013, pp. 47-68.

instrumentos. Lo que resta a determinar ahora es la regla de resolución de conflicto para lograr unir estos dos instrumentos¹²⁰.

4. A modo de reflexión futura

La OIT en sus estudios concluye que las nuevas estimaciones mundiales revelan la magnitud de la migración laboral en las diferentes regiones y los diferentes sectores. A la vez espera que con la información disponible se contribuya a comprender mejor la interrelación entre migración, políticas del mercado de trabajo, y el futuro del trabajo de modo más general¹²¹. Este trabajo desde una presentación más humilde ha pretendido poder aportar hacia el mismo fin, una mejor comprensión de dos puntos que se consideran relevantes en la región en relación a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias.

Compartimos lo señalado al comparar la región de América Latina con la europea, en cuanto a que en “la práctica, el espacio de maniobra es acotado: mientras que la UE enfatiza la prevención y lucha contra la “migración irregular”, los representantes de América Latina subrayan los derechos de los migrantes y los beneficios que aportan a las sociedades de acogida. La sensibilidad política del tema dificulta un enfoque innovador, lo que hipoteca un eventual efecto catalizador del asunto migratorio como propulsor de una nueva dinámica de relacionamiento”¹²².

Si bien ambos enfoques son distintos, a nuestro parecer no resultan incompatibles. Una acción más amplia acerca de las dificultades que conlleva la protección de los trabajadores migrantes y a sus familias resulta necesaria en América Latina. El efecto, de la informalidad en los mercados nacionales de trabajo y su correlato hacia los trabajadores migrantes implica una urgente política pública que comprenda el fenómeno y lo trate desde su propia naturaleza sin forzar su mutación a lo que no es. Por otro lado sin el soporte mínimo de protección que entrega la seguridad social cualquier efecto positivo de la migración laboral se ve disminuido por las precarias condiciones a las que se ven enfrentados. Sobre estos puntos a

¹²⁰ Sobre norma de conflicto en derecho del trabajo ver: Petel-Teyssié, I., “Les méthodes en droit international privé du travail”, en Teyssié, B. (dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Études Juridiques, Economica, Paris, 2011, pp. 309-326.

¹²¹ OIT, *Global estimates of migrant workers and migrant domestic workers: results and methodology*, International Labour Office, Geneva, ILO, 2015.

¹²² Stuhldreher, A., “La migración: cambio de ciclo en las relaciones entre la Unión Europea y América Latina y el Caribe”, *Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, n. 181, 2015, p. 110.

lo largo de este trabajo se han notado importantes avances, sin embargo los esfuerzos siguen siendo insuficientes.

Teniendo en cuenta que en la región el fenómeno de la migración laboral es uno de los más importantes en el mundo, se debe repensar las líneas de acción de las políticas públicas actuales y enfocarse en los déficits protectores existentes en la región, los que a nuestro parecer son la informalidad y la cobertura de seguridad social.

5. Bibliografía

- Arellano Ortiz, P., *Marco teórico de la coordinación de seguridad social: Comparación Unión Europea e Iberoamérica*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- Bertranou, F. (ed.), *Envejecimiento, empleo y protección social en América Latina*, Santiago, Organización Internacional del Trabajo, 2006.
- Cornelissen, R., “Les axes de réforme les principes généraux du règlement 883/2004”, *RDSJ*, 2010, dossier spécial Le nouveau droit communautaire de la sécurité sociale, p. 5.
- Dupper, O., “The Human Rights of (Irregular) Migrants: An International, Regional and South African Perspective (Part 1)”, *International Journal of Social Security and Workers Compensation*, 2010, n. 2(1), p. 61
- Dupper, O., “The Human Rights of (Irregular) Migrants: An International, Regional and South African Perspective (Part 2)”, *International Journal of Social Security and Workers Compensation*, 2011, n. 3(1), p. 55.
- Hirose, K., Nikac, M. y Tamagno, E., *Social security for migrant workers. A right-based approach*, International Labour Organization, Decent Work Technical Support Team, and Country Office for Central and Eastern Europe – Budapest, ILO, 2011.
- Holloway, J., *Social policy harmonization in the European Community*, Farnborough, Gower, 1981.
- Jorens, Y., *50 years of social security coordination. Past – Present – Future*, Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security. European Commission, Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Publication Office of the European Union”, 2010.
- Kucera, D. y Roncolato, L., “L’emploi informel: deux questions de politique controversées”, *Revue internationale du travail*, vol. 147, n. 4, 2008, pp. 347-377.

- Lacchini, C. y Zuccotti, G., *Importancia de la contributividad en el sistema de Seguridad Social: Elementos de análisis para la inclusión social en América Latina*, Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009.
- Mansell Nagel, S. y Thalamy, C., *Le droit international de la sécurité sociale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994.
- Monereo Pérez, J.L. et al., *Manual de teoría de las relaciones laborales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.
- Nogueira Guastavino, M., “La progresiva política social de la Unión Europea” en Nogueira Guastavino, M., Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J.M., *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Ediciones Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 27-58.
- Muñoz Lean, F., “Trabajadores migrantes y discriminación”, en Arellano Ortiz, P. (ed.), *Trabajadores Migrantes y seguridad social*, Librotecnia, Santiago, 2015, pp. 17-30.
- OIT, *Promoting fair migration, General Survey concerning the migrant workers instruments*, International Labour Conference, 105th Session, 2016, Third item on the agenda, Information and reports on the application of Conventions and Recommendations, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), Report III (Part 1B), International Labour Office, Geneva.
- OIT, *Global estimates of migrant workers and migrant domestic workers: results and methodology*, International Labour Office, Geneva, ILO, 2015.
- OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe V (1), Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe V (2A), Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe V (2B), Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014, Informe V(1) Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- OIT, *La transición de la economía informal a la economía formal*, Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014, Informe V (2), Quinto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

- OIT, *L'économie informelle: permettre une transition vers la formalisation*, Document du travail, *Colloque interrégional tripartite sur l'économie informelle: Permettre une transition vers la formalisation*, Genève, 27-29 novembre 2007.
- OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Informe VI, Sexto punto del orden del día Conferencia Internacional del Trabajo, 92.^a reunión, 2004.
- OIT, *Directrices sobre una definición estadística de empleo informal*, adoptadas por la Decimoséptima Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (noviembre-diciembre de 2003).
- OIT, *Rapport de la Commission de l'économie informelle*, Conférence internationale du Travail, 90^e session, Genève, 2002.
- OIT, *Travail décent et économie informelle*, Rapport VI, Conférence internationale du Travail, 90^e session, Genève, 2002.
- OIT, *Employment incomes and equality: A strategy for increasing productive employment in Kenya*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1972.
- Olivier, M., "Work at the margins of social security: Expanding the boundaries of social protection in the developing world", in Van Oorschot, W., Peeters, Hans y Boos, K. (eds.), *Invisible Social Security Revisited, Essays in Honour of Jos Bergman*, Lannoo Publishers, Lovaina, Bélgica, 2014.
- Pennings, F., *European Social Security Law*, Wolter Kluwer Law & Business, Holanda, 2012.
- Pennings, F., "Coordination of Social Security within the EU Context", in Blanpain, R., Arellano, P. and Olivier & Gisjbert Vonk, M. (eds.), *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Bulletin of Comparative Labour Relations, vol. 84, Kluwer, 2013, pp. 117-132.
- Perez Yañez, R., "La extensión del ámbito subjetivo de los convenios bilaterales, en materia de Seguridad Social, suscritos entre un estado miembro y un tercer estado", *Temas Laborales*, n. 65/2002, pp. 209-220.
- Petel-Teyssié, I., "Les méthodes en droit international privé du travail", en Teyssié, B. (sous la direction de), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Études Juridiques, Economica, Paris, 2011, pp. 309-326.
- Pieters, D. y Schoukens, P. (eds.), *The social security Co-ordination between the EU and Non-EU countries*, Intersentia, Metro, Antwerp, Cambridge, Portland, 2009.
- Pennings, F., *European Social Security Law*, Wolter Kluwer Law & Business, Holanda, 2012.
- Ruiz Moreno, Á.G., "El derecho humano al trabajo de los migrantes", *Estudios latinoamericanos de relaciones laborales y protección social*, n. 1, año 2016, pp. 31-44.

- Rodriguez-Piñeiro Bravo Ferrer, M., “La OIT y los trabajadores migrantes”, en Javillier, J.-C. y Gernigon, B. (sous la direction de), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau International du Travail, Geneva, 2004, p. 541.
- Saavedra, J. y Tommasi, M., “Informalité, Etat et contrat social en Amérique latine: étude préliminaire”, *Revue internationale du travail*, 2007, vol. 146, n. 3-4, p. 301.
- Sabates-Wheeler, R. y Koettl, J., “Protección social para los migrantes: los desafíos de la prestación en el contexto del cambio en los flujos migratorios”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 63, n. 3-4, 2010, p. 135.
- Sánchez-Rodas Navarro, Cr. (dir.), *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum, 2010.
- Sánchez-Rodas Navarro, C., “Libre circulación de personas y prestaciones en metálico no contributivas” en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.), *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum, 2010, pp. 91-100.
- Servais, J.-M. “Secteur informel: un avenir pour le droit du travail”, *Actualités du droit*, 1994, pp. 661-685.
- Stuhldreher, A., “La migración: cambio de ciclo en las relaciones entre la Unión Europea y América Latina y el Caribe”, en *Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, n. 181, 2015, pp. 95-114.
- Taran, P. y Geronimi, E., “Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección”, *Perspectivas sobre las migraciones laborales*, 3 S, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.
- Tokman, V., “*Informality: exclusion and precariousness*”, paper prepared for the *Tripartite interregional Symposium on the Informal Economy: Enabling Transition to Formalization*, ILO, Geneva, 27-29 November 2007.
- Tokman, V., “Economie informelle, insécurité et cohésion sociale en Amérique latine”, *Revue internationale du travail*, 2007, vol. 146, n. 1-2, p. 89.
- Vonk, G., “Social Security Rights of Migrants: Links between the Hemispheres”, in Blanpain, R., Arellano, P. and Olivier & Gisjbert Vonk, M. (eds.), *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Bulletin of Comparative Labour Relations, vol. 84, Kluwer, 2013, pp. 47-68.
- Walker Errázuriz, F. y Arellano Ortiz, P., *Derecho de las relaciones laborales*, Tomo 1, Derecho Individual del Trabajo, Librotecnia, Santiago, 2016.
- Watson, P., *Social security law of the European Communities*, London, 1980.

Una nueva Política Migratoria para los trabajadores migrantes en Chile

Rodrigo SANDOVAL DUCOING*

RESUMEN: Chile se ha posicionado paulatinamente como un país de acogida de una población migrante crecientemente heterogénea, que ha aumentado su representación de forma constante y que predominantemente está compuesta por migrantes laborales. El perfil laboral de estos flujos impone desafíos particulares al urgente cambio legislativo necesario en materia de política migratoria, lo cual incluye el aseguramiento de los derechos de los trabajadores migrantes, especialmente en relación a sus derechos laborales y de seguridad social. En el presente artículo se resume y analizan las acciones llevadas a cabo para el necesario cambio de paradigma en la legislación y política migratoria actual, las cuales se traducen en la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Migraciones del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y las modificaciones administrativas que permiten el acceso a derechos sociales, civiles y culturales a los migrantes, en espera de la nueva legislación. Se plantea que todas estas han constituido un aporte al aseguramiento de la titularidad de derechos de las personas migrantes, especialmente en materia laboral y de seguridad social.

Palabras clave: Migración internacional, migrantes laborales, legislación migratoria, política migratoria.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Panorama de la migración en Chile. 3. Caracterización de la fuerza laboral extranjera. 4. Marco institucional y legislativo en Chile. 5. El Chile que viene: una propuesta para los trabajadores y trabajadoras migrantes. 6. Avances en materia de política y gestión migratoria para un trabajo migrante de calidad. 7. Discusión y conclusiones. 8. Bibliografía.

* Abogado, Jefe Nacional del Departamento de Extranjería y Migración, rsandoval@interior.gov.cl.

A new right-based Migration Policy for migrant workers in Chile

ABSTRACT: The migration rate in Chile has especially increased over the last two decades. This trend is consistent with the positive migration inflows presented since 1990, when the country recovered its democracy. Along with this change, the recent migration inflows have proven to be more heterogeneous in term of the nationalities of people arriving to the country, consisting mainly of labour migrants. The positive and raising migration rates, its new composition and the high proportion of migrant aged 15 or more coming to settle in Chile, raise concerns regarding the actual legislation capacity for granting rights to the incomers, especially regarding labour and social security rights. Moreover, the Chilean legislation has proven to be antique, lacking a right-based approach, and does not provide the *ad hoc* institutional layout. Therefore, the urgency of a policy change is indisputable. In order to address this needed change a series of actions have been taken since 2008. These actions include a new legislative proposal and changes to the actual policy that allows migration inflow to be managed and assure migrant rights, while the new migration law is passed through Congress. The present article summarizes the work done in this regard, establishing that all these actions have meant an improvement in granting migrant rights, especially those concerned with labour and social security right.

Key Words: International migration, labour migrants, migration policy, migration legislation.

1. Introducción

El fenómeno de la migración internacional actualmente se expresa en una proporción que no ha sido observada con anterioridad. Para el año 2015 existía en el mundo un total de 244 millones de migrantes internacionales y refugiados, constituyendo este número un aumento respecto al año 2000, donde esta población equivalía a un 2,8% de la población mundial, en contraste con el 3,3% que alcanzó el pasado año¹²³. Las motivaciones y presiones para la migración han sido resumidas en tres principales razones: demografía, democracia y desarrollo¹²⁴. Sin embargo, éstas suelen no restringirse a ellas. Aparece entonces una amplia gama de motivaciones detrás de los proyectos migratorios individuales, incluyendo tanto los desplazamientos producto de violencia o conflictos internos, tal como lo ha evidenciado la presente crisis migratoria en Europa, así como la búsqueda de una mejor calidad de vida y oportunidades económicas.

Aun cuando se reconoce la diversidad y complejidad de motivaciones que pueden impulsar la migración, la dimensión económica se ha presentado de forma constante como un determinante relevante al momento de emprender trayectos migratorios internacionales. De forma congruente, los trabajadores migrantes¹²⁵ alcanzaron en el año 2013 un total de 150 millones y la población migrante económicamente activa sumó aproximadamente 207 millones de personas¹²⁶. Dada la magnitud del fenómeno de la migración laboral, los estados han de centrar sus esfuerzos tanto en comprender este fenómeno como en generar políticas públicas que permitan a las personas migrantes ejercer su derecho a trabajar de forma segura y productiva. Esto es aplicable para el caso chileno, especialmente en el nuevo contexto migratorio que hoy enfrenta. Si bien Chile ha sido típicamente un país emisor de migración internacional, desde el retorno a la democracia el trayecto usual se revierte,

¹²³ Naciones Unidas, Asamblea General, *En condiciones de seguridad y dignidad: respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes: Informe del Secretario General*, A/70/59, 21 de abril de 2016. Disponible en https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/sg_report_spanish.pdf.

¹²⁴ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Migración laboral internacional: un enfoque basado en los derechos*, Ginebra, 2010.

¹²⁵ Personas viviendo en un país diferente al de origen que se encuentran actualmente ocupados o desocupados.

¹²⁶ Organización internacional del trabajo (OIT), *Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes: Resultados y metodología* (Resumen), Ginebra, 2015. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_436339.pdf.

presentando la tasa neta de migración un saldo positivo¹²⁷. Sin embargo, la población migrante durante la década del noventa se mantuvo baja, alcanzando las 105.070 personas extranjeras residiendo en el país hacia el año 1992, no superando este grupo el 1% sobre la población total, según datos del Departamento de Extranjería y Migración¹²⁸ (en adelante DEM). Sin embargo, es en los últimos años donde de forma más notoria el país ha aumentado la representación de la población migrante sobre la población total. Es así como hacia el año 2014 ésta alcanzó un 2,3%, lo cual equivale a 410.988 personas migrantes residiendo en el país¹²⁹. Así, es evidente el hecho de que los flujos migratorios se han modificado de forma importante, no sólo respecto a su relevancia a nivel nacional, sino también en relación a los países de origen de las personas extranjeras y sus características socioeconómicas. Adicionalmente, y de manera coincidente con la tendencia mundial, la población extranjera que arriba al país posee un importante perfil laboral, correspondiendo en un 77% a migrantes laborales, según datos de la Encuesta CASEN 2013¹³⁰.

Considerando la nueva estructura de las migraciones en Chile, su renovada composición y la importancia de los trabajadores migrantes al interior de este grupo, hoy es más que nunca primordial actualizar el marco normativo vigente para que sea capaz de responder a este nuevo contexto y reforzar la capacidad que se ha instalado en estos años de gestionar la migración bajo un enfoque de derechos. Así, la generación y discusión de un proyecto de Ley de Migraciones que modifique no sólo el marco legislativo vigente sino también la forma de mirar la migración hacia un enfoque de derechos, ha concentrado gran parte de los esfuerzos de la

¹²⁷ Banco Mundial, *Databank de la División de Población de las Naciones Unidas, Perspectivas de la Población Mundial*. Disponible en http://datos.bancomundial.org/indicador/SM.POP.NETM?end=2012&locations=CL&start=1962&year_low_desc=false. Consultado el 8 de agosto 2016.

¹²⁸ Departamento de Extranjería y Migración, *Anuario Estadístico Nacional 2005-2014*, Santiago de Chile, 2016.

¹²⁹ *Op cit.*

¹³⁰ La Encuesta CASEN es desarrollada por el Ministerio de Desarrollo Social en Chile, siendo representativa de la población residente en hogares particulares a nivel país, por áreas urbanas y rurales y por regiones, siendo las unidades muestrales viviendas, las cuales fueron seleccionadas de manera probabilística, estratificada y en múltiples etapas. Sin embargo, la encuesta no es representativa de la población migrante de forma particular, siendo ésta definida a partir de la variable r1a, que pregunta por el lugar de residencia de la madre al nacer. Asimismo, esta variable es autodeclarada y presenta alta no respuesta. No obstante las limitaciones metodológicas de esta encuesta, resulta ser hasta el momento la más idónea para caracterizar a esta población en sus variables sociodemográficas, poseyendo un conjunto amplio de variable relativas a empleo, salud e ingresos, entre otras.

gestión del DEM. Asimismo, la política migratoria en Chile, en base al Plan de Gobierno 2014-2018, ha buscado dar respuesta a estos desafíos a través de procesos de regularización de los flujos laborales actuales y las correspondientes modificaciones administrativas necesarias para su cumplimiento, junto con la implementación de acciones de sensibilización y capacitación de actores relevantes en el proceso migratorio, entre ellos varios servicios públicos.

Esta propuesta y acciones buscan un cambio de paradigma sobre el tema migratorio y asegurar de forma sostenible el goce de sus derechos a los trabajadores y trabajadoras migrantes que llegan a nuestro país. Todas ellas son expuestas y analizadas a continuación con el fin de revisar los avances en esta materia y los desafíos futuros, con la convicción de que constituyen un paso importante en el camino al cumplimiento con la normativa internacional y en asegurar trabajos dignos a las personas migrantes, entendiendo la importancia del trabajo para el alcance del bienestar de las personas y medio para su integración social.

2. Panorama de la Migración en Chile

Según estimaciones del DEM¹³¹, la migración en Chile ha crecido en los últimos años llegando a representar en el 2014 el 2,3% de la población nacional, lo que equivale a alrededor de 411.000 personas migrantes viviendo en el territorio. Este número contrasta con la baja representación de población migrante para los años anteriores, donde en el Censo del año 2002 esta población equivalía al 1,2% a nivel nacional. Si bien el país comienza de forma muy paulatina a aumentar sus tasas migratorias, mostrando valores parecidos a los que presentan países como Ecuador, Paraguay y Uruguay dentro de la región¹³², la proporción de personas migrantes es aún baja en comparación con las medias internacionales, donde el promedio de la proporción de migrantes de los países OECD es de 12,7% sobre el total nacional para el año 2013¹³³. Sin embargo, la migración internacional muestra un considerable potencial de crecimiento

¹³¹ *Op. cit.*, nota 6.

¹³² Banco Mundial, "Databank", *División de Población de las Naciones Unidas, Trends in Total Migrant Stock: 2008 Revision*. Disponible en <http://data.worldbank.org/indicator/SM.POP.TOTL.ZS?view=map>. Consultado el 8 de agosto 2016.

¹³³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), "International Migration Outlook 2015", 2015. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/888933260821>.

de continuar la tendencia actual.

Al considerar la población antes descrita, es importante decir que existe una preferencia al asentamiento en ciertas regiones del país por parte de ésta, concentrándose especialmente en la Región Metropolitana, con un 61,5%, en la Región de Antofagasta, con un 6,9% y de Tarapacá, con un 6%. Por su parte, la Región de Valparaíso es la cuarta con mayor asentamiento de extranjeros, alcanzando un 5,8% en el 2014¹³⁴. Esta concentración en parte podría explicar la percepción en la ciudadanía de que se ha producido un alto crecimiento de la migración internacional, dado que la representación de la población migrante sobre la población total en las regiones nombradas va desde un 1,3% hasta un 7,4% sobre la población regional¹³⁵. Adicionalmente, al revisar los permisos de Permanencia Definitiva¹³⁶, vemos que ellos se concentran en determinadas comunas¹³⁷, haciéndose así el fenómeno migratorio más perceptible en estos territorios, tanto a nivel regional como comunal.

Adicionalmente a los cambios en términos de la importancia relativa de la migración en Chile, en los años recientes ésta ha tendido a modificar su composición en relación a las nacionalidades de la personas ingresando al país. La población migrante en Chile tradicionalmente ha provenido de ciertos países sudamericanos, siendo nacionales de estos países 3 de cada 4 migrantes ingresando al país. Entre ellos destaca la presencia de extranjeros de Perú, Argentina y Bolivia, quienes componen respectivamente el 31,7%, 16,3% y 8,8% de la población de extranjeros en el país. No obstante, los españoles, estadounidenses y chinos, representan cada uno el 3,5%, 3,1% y 1,9% de las personas migrantes en Chile hacia el

¹³⁴ *Op. cit.*, nota 6.

¹³⁵ El porcentaje de población migrante sobre la población regional es de 5,8% en la Región de Arica y Parinacota, 7,4% en la Región de Tarapacá, 4,6% en la Región de Antofagasta, 1,3% en la Región de Valparaíso y 3,5% en Santiago.

¹³⁶ Los permisos de Permanencia Definitiva corresponden a actos administrativos que otorgan a ciudadanos extranjeros el permiso de residir indefinidamente en Chile y desarrollar cualquier actividad lícita en él. Las personas solicitantes de estos permisos han de tener vigente una Visa de Residencia Temporal y haber cumplido con los requisitos que cada una de ellas requiere para optar a un permiso de Permanencia Definitiva en el país.

¹³⁷ Respecto a las comunas con mayor presencia relativa de población migrante encontramos que una gran cantidad de permisos de Permanencia Definitiva son solicitados por las personas migrantes declarando como comuna de residencia las siguientes unidades territoriales: Santiago (6.906 permisos), Antofagasta (5.122 permisos), Calama (3.516 permisos), Las Condes (3.072) e Iquique (2.823), representando el 14,1%, 10,5%, 7,2%, 6,3% y 5,8% sobre el total de permisos de Permanencia Definitiva para el año 2015 respectivamente.

año 2014¹³⁸. Asimismo, los flujos recientes, observados en las Visas de Residencia Temporal¹³⁹ del período 2014-2015, muestran que la presencia de nacionales de países como Haití, Venezuela y República Dominicana ha aumentado su importancia respecto a años anteriores. De manera tal que, aun cuando los flujos migratorios se componen principalmente de migrantes sudamericanos, de manera reciente se han incorporado a ellos personas nacionales del Caribe y Norteamérica, así como de algunos países de Europa y Asia, lo cual implica una creciente heterogeneidad de la migración.

Respecto a las características sociodemográficas de esta población, la Encuesta CASEN 2013 nos muestra cómo la migración hacia el país ha tendido a estar feminizada y a poseer un perfil laboral¹⁴⁰, poseyendo además un mayor nivel educacional en promedio. Aun así, es importante mencionar la tendencia que se ha presentado entre las Visas de Residencia Temporal, ya que el 51,6% de ellas fue otorgada a hombres en el año 2015.

Tabla 1 Características sociodemográficas de la población nacional y migrante, CASEN 2013

	CASEN 2013		
	Nacional	Inmigrante	Total
Mujer	52,6% (8.935.994)	53,8% (146.705)	52,7% (9.082.699)
Edad Media (sd)	35,5 (22,4)	33,8 (15,9)	35,5 (22,3)
Escolaridad (sd)	10,7 (4,2)	12,7 (3,6)	10,8 (4,2)
Nivel educacional			
Sin educación formal	11,4% (1.933.857)	3,9% (10.455)	11,3% (1.944.312)
Educación básica	30,4% (5.137.673)	15,3% (41.524)	30,1% (5.179.197)
Educación Media*	37,5% (6.335.295)	46,3% (125.450)	37,6% (6.460.745)
Educación superior	20,7% (3.505.597)	34,5% (93.509)	21,0% (3.599.106)
NS/NR**	0,4% (66.113)	0,7% (1.874)	0,4% (67.987)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos Encuesta CASEN 2013. * Incluye media Técnica Profesional y Científica humanista. **No sabe o no responde.

¹³⁸ *Ídem.*

¹³⁹ Las Visas de Residencia son aquellos permisos que otorgan a ciudadanos extranjeros la autorización de residencia temporal en Chile, extendiéndose este normalmente por uno a dos años, dependiendo del tipo de visa otorgada. Asimismo, estas visas de residencia permiten la realización de actividades expresamente contempladas por ellas.

¹⁴⁰ Dado que la edad media rodea los 34 años de edad.

En suma, la población migrante es una población crecientemente heterogénea respecto a los países de procedencia, incorporándose en flujos recientes personas originarias del Caribe y otros puntos del globo distintos a Sudamérica. Asimismo, está compuesta tradicionalmente por mujeres, aun cuando ha cambiado su estructura hacia una mayor presencia masculina en los flujos recientes. Finalmente, ella se nos presenta como una migración con una vocación fuertemente laboral, mostrando las personas migrantes un mayor nivel educacional, lo cual plantea el desafío de lograr una adecuada inserción laboral, que reconozca las capacidades de los trabajadores y trabajadoras migrantes.

3. Caracterización de la fuerza laboral extranjera

El alto porcentaje de migrantes laborales registrado y la proporción mayoritaria que representan las visas por motivos relacionados al empleo entre las Visas de Residencia Temporal para en el año 2015, nos permiten vislumbrar la elevada importancia que puede tener en el bienestar e integración social de las personas migrantes el garantizar el acceso a sus derechos laborales y el comprender el fenómeno de la migración laboral. Por esta razón a continuación se caracteriza en su dimensión socioeconómica la población migrante en edad de trabajar y se establecen comparaciones para este grupo nacional.

Tabla 2 Categoría de Visas de Residencia Temporal, año 2015

	Categoría de Visas de Residencia Temporal 2015
Acuerdos Bilaterales	0,0% (5)
Empleo	57,6% (95.877)
Empleo Temporal	0,6% (987)
MERCOSUR	13,9% (23.191)
Estudiante	1,4% (2.276)
Humanitaria	1,5% (2.550)
Motivos Familiares	8,6% (14.242)
Otras Visas de Residencia Temporal	16,4% (27.331)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del DEM.

La fuerza laboral migrante, es decir, las personas extranjeras que se encuentran en edad de trabajar (15 años o más), representa el 89,7% del total para esta población. Dentro de la fuerza laboral, la población migrante aparece como ocupada en mayor proporción que la media nacional. En consecuencia la proporción de personas extranjeras que se

encuentra desocupada e inactiva tiende a ser menor. Así, las personas migrantes se encuentran en gran medida en el país trabajando, especialmente como empleados u obreros en el mundo público y privado. Así también, un 2,8% de ellos se inserta en el mercado en calidad de empleador o patrón, donde estarían por sobre la proporción nacional, siendo una contribución a la economía emprendedora.

Las condiciones contractuales que presentan los extranjeros son bastante positivas, probablemente incentivado por los tipos de visa que piden como requisito la existencia de un contrato de trabajo para residir en el país¹⁴¹. No obstante, vemos que las personas migrantes de 15 años o más tienden a trabajar más horas, lo cual no significa una mejora sustancial respecto a la población nacional en los indicadores de pobreza; donde para el 2013 la pobreza extrema y no extrema entre las personas migrantes suele ser menor que entre las personas nacionales y sin embargo en el caso de la pobreza multidimensional¹⁴² el grupo migrante se encontraría en peores condiciones.

Esta tendencia es tremendamente paradójica, y si bien el carácter laboral de esta población puede explicar que muestren mayores ingresos y que, por lo tanto, reporten mejores cifras en cuanto a pobreza en las mediciones ligadas a éste, levanta la pregunta de por qué una población que presenta buenos índices de empleabilidad, una situación contractual

¹⁴¹ Como sería el caso de la Visa Sujeta a Contrato, la cual otorga a los ciudadanos extranjeros el permiso de trabajar y residir en Chile, a condición de mantener un vínculo contractual en el país con un empleador único.

¹⁴² En el año 2013 la Encuesta CASEN realiza una innovación en su metodología de medición de pobreza. En primera instancia, la Encuesta CASEN utiliza tradicionalmente la medición basada en el Método de Línea de Pobreza o Método de Ingreso, el cual considera el costo de la canasta básica alimentaria y no alimentaria para estimar la línea de pobreza extrema y no extrema, estableciendo que un hogar cae en estas categorías cuando sus ingresos totales per cápita no son suficientes para cubrir sus necesidades básicas, siendo estos equivalentes al valor de dicha canasta. El valor de esta canasta para el cálculo de pobreza tradicional, fue establecido con los patrones de consumo que se registra en la Encuesta de Presupuesto Familiares 1986-1987. En cambio, la medición por este mismo método en la Encuesta CASEN 2013 actualiza estos valores a partir de la Encuesta de Presupuesto Familiares 2011-2012, modificando el umbral de pobreza hasta ahora vigente. La segunda innovación dice relación con la medición de pobreza multidimensional en la versión 2013 de la Encuesta CASEN. Este tipo de medición permite establecer umbrales en distintas dimensiones de bienestar de las personas, que van más allá del ingreso, en las cuales pueden presentar carencias. Así, entregan un diagnóstico más completo de la situación de pobreza, que permite identificar en cuáles dimensiones (salud, vivienda, educación, etc.) presenta déficits un determinado hogar y, adicionalmente provee de un indicador agregado de pobreza multidimensional, que condensa la información en las distintas dimensiones en un solo valor, que es el cual se reporta en el presente artículo.

favorable, mayor escolaridad en relación a la media nacional y suele trabajar más horas, no alcanza mejores niveles al mirar la pobreza en sus múltiples dimensiones.

Esta pregunta ha de ser indagada en mayor profundidad, estableciendo un desafío futuro. No obstante, es importante plantear que las características del trabajo, como su calidad y no sólo la empleabilidad, son un determinante importante en los niveles de bienestar de las personas, ya que en contextos como el chileno afectan las posibilidades de acceder a políticas sociales y económicas que influirían en estos¹⁴³. Asimismo, las formas en que las personas migrantes residen en el país también determinan en qué parte de la estructura social se insertarán, al afectar su capacidad de trabajar y el tipo de trabajo a optar. Por ejemplo, si la política migratoria prohíbe el ejercicio profesional a estudiantes profesionales, es probable que estos se encuentren en peores condiciones económicas y con un menor acceso a servicios, tanto sociales como privados. De ésta forma cabe preguntarse cómo la actual legislación y su implementación logran garantizar el derecho a trabajar de forma productiva, entendiendo como ello podría repercutir en el bienestar de la población migrante.

¹⁴³ Sehnbruch, K., "From the quantity to the quality of employment: An application of the Capability Approach to the Chilean labour market", *Center for Latin American Studies, Working Papers*, Berkeley, Paper n. 9, 2004.

Tabla 3 Características sociodemográficas de la fuerza laboral nacional y migrante, CASEN 2013

	CASEN 2013		
	Nacional	Inmigrante	Total
Actividad			
Ocupados	52,9% (7.091.410)	74,2% (181.597)	53,3% (7.273.007)
Desocupados	4,1% (543.732)	2,8% (6.860)	4,03% (550.592)
Inactivos	43,1% (5.777.351)	23,0% (56.194)	42,7% (5.833.545)
Categoría ocupacional			
Patrón o empleador	2% (140.549)	2,8% (5.012)	2,0% (145.561)
Trabajador por cuenta Propia	19,4% (1.376.381)	18,3% (33.285)	19,4% (1.409.666)
Empleado u obrero	73,8% (5.236.136)	69,5% (126.171)	73,7% (5.362.307)
Servicio doméstico	3,6% (255.418)	9,0% (16,392)	3,7% (271.810)
Otro	1,2% (82.926)	0,4% (737)	1,2% (83,663)
Tiene contrato	83,9% (4.651.040)	87,8% (125.233)	84,0% (4.776.273)
Tipo de contrato			
Plazo indefinido	74,3% (4.118.765)	82,6% (117.929)	74,5% (4.236.694)
Plazo fijo	25,5% (1.412.744)	17,2% (24.553)	25,3% (1.437.297)
NS/NR**	0,2% (11.191)	0,2% (220)	0,2% (11.411)
Horas trabajadas (sd)	45,5 (58,4)	67,6 (153,8)	46,1 (62,7)
Pobreza tradicional			
Pobres extremos	2,1% (275.775)	1,8% (4.300)	2,1% (280.075)
Pobres no extremos	4,4% (585.183)	2,7% (6.442)	4,3% (591.625)
No pobres	93,6% (12.537.950)	95,6% (231.753)	93,6% (12.769.703)
Pobreza nueva metodología			
Pobres extremos	3,7% (489.994)	3,6% (8.684)	3,7% (498.678)
Pobres no extremos	8,6% (1.149.768)	6,8% (16.462)	8,6% (1.166.230)
No pobres	87,8% (11.759.146)	89,6% (217.349)	87,8% (11.976.495)
Pobreza Multidimensional			
Pobre	20,3% (2.499.154)	24,1% (56.391)	19,5% (2.555.545)
No pobre	80,6% (10.351.303)	75,9% (195.867)	79,6% (13.134.548)

Fuente: Elaboración propia a partir de datos Encuesta CASEN 2013. **No sabe o no responde.

4. Marco institucional y legislativo en Chile

La historia legislativa en Chile se inicia en 1817, donde la primera normativa en esta materia establecía medidas de restricción del ingreso a migrantes según

nacionalidad. Esto inaugura una serie de documentos legales, que en suma componen la historia legislativa en materia migratoria en Chile, desde esta fecha y hasta el Decreto Ley n. 1.094 de 1975, hoy en vigencia. En términos generales, el cuerpo legal de este período se ha caracterizado por la regulación de los movimientos internacionales con un criterio de alta selectividad de la migración, en pos de la consecución de la seguridad y bien nacional, y por entregar una elevada discrecionalidad a la autoridad competente, que ha llevado a presentar un componente discriminatorio y, en gran parte de las circunstancias, racista en la gestión migratoria.

Asimismo, el carácter utilitarista y el foco en la seguridad nacional se ven ambos reflejados en una serie de leyes y normas. La denominada Ley de Colonias Naturales y Extranjeros de 1845 es un claro ejemplo de lo anterior, ya que tiene el triple propósito de seleccionar a la población migrante que hace ingreso al país en base a un criterio de nacionalidad, permitir el ejercicio de la soberanía nacional y el desarrollo económico del país. Lo anterior, al exigir a los colonos de origen europeo que ingresaren al país bajo el amparo de esta ley, habitar el territorio despoblado y fomentar el desarrollo económico, mediante la instalación de capacidad industrial. Asimismo, en la línea de la Doctrina de la Seguridad Nacional, la Ley n. 3.446 promulgada el año 1918, buscó regular la entrada de extranjeros con el fin de evitar el ingreso de personas migrantes que difundieran las ideas que encarnaban la revolución dirigida por Vladimir Lenin, las cuales se consideraban contrarias al bien nacional. El enfoque reflejado en estos dos ejemplos se presenta de forma constante en el resto de las disposiciones del período considerado, siendo la selectividad, la securitización y el utilitarismo, los ejes principales de la política migratoria.

Los ejemplos aquí nombrados vislumbran ya las prácticas discriminatorias que la legislación permitió, al seleccionar a las personas extranjeras que pueden ingresar al país en base a su origen nacional e ideología. Sin embargo, es el Decreto Fuerza de Ley n. 69 del año 1953 el que de forma más evidente se funda en criterios de selección racistas, al promover el ingreso de personas provenientes de ciertos países europeos, con rasgos principalmente caucásicos, con el fin de “perfeccionar las condiciones biológicas de la raza”¹⁴⁴, atribuyendo a los inmigrantes escogidos superiores capacidades técnicas y una ética de consumo ascética. Así, sumado a los ejes nombrados con anterioridad, podemos encontrar en la legislación principios de extrema discrecionalidad, lo que ha conllevado prácticas discriminatorias.

El actual marco normativo no dista de manera importante de los ejes antes nombrados, profundizando especialmente en el principio de securitización y discrecionalidad. Lo anterior dado que es en el contexto de la Dictadura Militar del General Augusto Pinochet cuando se promulga el Decreto Ley n. 1.094 de 1975, denominada Ley de Extranjería y el Decreto n. 597 de 1984, correspondiente a su reglamento. Ambos instrumentos componen el actual

¹⁴⁴ Decreto Fuerza de Ley n. 69, Crea el Departamento de Inmigración y establece norma sobre la materia, Santiago, 27 de abril de 1953.

marco normativo que regula el ingreso y egreso del territorio chileno, incluyendo las medidas de expulsión y reingreso, la residencia en el país de los extranjeros y su control a lo largo de su experiencia migratoria en Chile. Asimismo, el citado Decreto Ley establece las facultades y atribuciones de los distintos organismos involucrados en el proceso migratorio, pero primordialmente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Esta ley y su reglamento sirven actualmente de fundamento a la política migratoria, cumpliendo el pasado julio cuarenta y un años de existencia, lo que demuestra en sí una desactualización importante con respecto al nuevo fenómeno transnacional.

Es posible apreciar que los criterios para la regulación se basan en la idea de salvaguardar el interés y orden nacional. De esta manera, las decisiones están supeditadas a la existencia de un beneficio para el país, lo cual introduce un carácter discrecional al no especificarse cuales estos fueran y al tener como único límite en estas decisiones la reciprocidad internacional.

De forma concordante, la ley promueve un enfoque de securitización al establecer los criterios y procedimientos para el control fronterizo y de los migrantes que se encuentren en el territorio y las infracciones y sanciones en caso de incumplimiento de dichos procedimientos. Este carácter de control presente en la legislación, se expresa también en el hecho de que todas las funciones respecto a la regulación del proceso migratorio competen a organismos de seguridad pública.

Esto implica que no se incluya otros organismos del Estado, y por ende ningún aspecto que apunte a garantizar los derechos civiles, sociales o culturales a las personas migrantes quede consagrado en la ley, careciendo completamente de un enfoque de derechos. Esto se explica en parte porque los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos no habían sido suscritos al tiempo de la promulgación de la legislación, pero que hoy en día hace evidente la urgencia de la actualización de la normativa para el respeto de tales acuerdos y de los derechos de los migrantes.

Las falencias mencionadas, a saber, el enfoque de securitización y utilitarista en el planteamiento de la normativa, los altos grados de discrecionalidad entregados a la autoridad competente en temas migratorios y la carencia de garantías relativas a los derechos de los migrantes, han sido evidenciadas en distintos informes nacionales e internacionales¹⁴⁵. Así, pese a las iniciativas y trabajo activo del Estado, se constata que la actual legislación y política migratoria presentan una limitación insoslayable para la protección de las personas migrantes en el país y sus derechos. En particular se menciona cómo éstas determinarían condiciones de mayor vulnerabilidad para los migrantes trabajadores y sus familias, exponiéndolos a abusos en sus espacios laborales, y por consecuencia a la

¹⁴⁵ Véase el Informe Anual 2013: Situación de los Derechos Humanos en Chile, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013. Véase también los comentarios sobre jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013, de Godoy y Didier, 2014.

exclusión social¹⁴⁶.

En vista de estos desafíos, desde el año 2014 se encuentra en elaboración el Anteproyecto de Ley de Migraciones del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (en adelante el Anteproyecto), el cual vendría a cambiar el paradigma hasta entonces presente, generando una nueva base para definir una Política Migratoria.

5. El Chile que viene: una propuesta para los trabajadores y trabajadoras migrantes

El Anteproyecto, actualmente en etapa de estudio, realiza un reconocimiento explícito de la migración como un elemento que aporta al desarrollo económico, social y cultural del país. Al mismo tiempo, asegura la igualdad entre chilenos y extranjeros al consagrar como uno de sus principios rectores el reconocimiento que hace el Estado a la igual dignidad de todas las personas, debiendo respetar, promover y asegurar los derechos humanos consagrados en la Constitución y los diversos Tratados Internacionales ratificados por Chile. De esta manera, el nuevo modelo migratorio que se busca establecer contiene diversos criterios institucionales que pretenden dar respuesta a las diferentes razones por las cuales las personas migran, sin olvidar los grupos que necesitan de protección específica, como son los niños, niñas y adolescentes (NNA).

En este orden de ideas, uno de los aspectos más significativos del Anteproyecto dice relación con la consagración explícita de un catálogo de derechos a favor de los trabajadores migrantes, los que de convertirse en ley producirán una evidente mejora cualitativa de las condiciones laborales de las personas migrantes, igualándose éstas con las presentes en la población nacional. A continuación, haremos una referencia a los principales derechos en materia laboral y previsional consagrados en el Anteproyecto.

En primer lugar, su artículo 19, al consagrar el Derecho a la Seguridad Social¹⁴⁷, indica que los extranjeros podrán gozar de las prestaciones y

¹⁴⁶ Naciones Unidas, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19° a 21° de Chile, aprobadas por el Comité en su 83° período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013)*, CERD/C/CHL/CO/19-12, 2013. Disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fCHL%2fCO%2f19-21&Lang=en.

¹⁴⁷ La normativa sobre seguridad social aplicable a los extranjeros que trabajan en Chile se encuentra regulada por las normas comunes sobre esta materia, esto es el Decreto Ley n. 3.500 de 1980, el D.F.L. n.1 de 2005 del Ministerio de Salud, la Ley n. 19.728 y la Ley

beneficios de seguridad social, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley para acceder a ellos. Asimismo, los NNA tendrán acceso incondicionado a las prestaciones y beneficios de la seguridad social¹⁴⁸. Si bien este artículo consagra la regularidad migratoria como requisito para el goce de éstas prestaciones, en nuestro país no hay diferencias desde el punto de vista jurídico entre un trabajador extranjero regular e irregular para efectos del cumplimiento de las leyes previsionales y de seguridad social, sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el DEM.

Cabe señalar que en la práctica, esta materia es regida por una serie de convenios bilaterales suscritos por nuestro país con diversos países americanos, europeos y oceánicos, los que se basan en principios tales como la igualdad de trato entre el trabajador nacional y aquel del trabajador del Estado contraparte, la continuidad de la historia previsual de los trabajadores entre la registrada en el país de origen y la generada en el país de inmigración y la exportación de los beneficios al país de residencia.

El artículo 20, por su parte, consagra una serie de derechos laborales señalando, en primer lugar, que los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los nacionales en materia laboral y previsual. Del mismo modo, se les reconoce la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, siempre que cuenten con la autorización pertinente y sin más limitaciones que las señaladas en el ordenamiento jurídico nacional.

Si bien este es un principio que cuenta con reconocimiento a nivel legal en nuestro país¹⁴⁹, con esta explicitación se intenta adaptar los derechos a la

n. 16.744.

¹⁴⁸ En este sentido el Tribunal Constitucional de Chile ha sostenido que “El derecho a la seguridad social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal. Así, el derecho a la seguridad social constituye una directa y estrecha proyección de la dignidad humana a que alude el art. 1º, inc. 1º, CPR. (STC 790, c. 31) (En el mismo sentido STC 1710, c. 85). En Carmona Carlos y Navarro Enrique, “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015”, Tribunal Constitucional de Chile, Santiago de Chile, año 2015, p. 21.

¹⁴⁹ En efecto, el Código del Trabajo expresa que son contrarias a los principios de las leyes laborales las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, de modo que los trabajadores extranjeros gozan de los derechos establecidos en el citado texto legal, las que por ser de orden público son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo.

especial realidad del trabajador migratorio. Por otra parte, el artículo 16 del Anteproyecto, en el contexto de la consagración del derecho al debido proceso, garantiza a los trabajadores extranjeros su derecho a procedimientos racionales y justos establecidos para determinar sus derechos en materia laboral.

No obstante uno de los principios fundamentales del Anteproyecto es promover la regularidad migratoria, y del hecho de que de la lectura de diversos artículos se desprende que estos derechos están consagrados a favor de aquellos trabajadores que cuenten con un permiso de residencia válido, en el citado Anteproyecto la protección de los trabajadores migrantes no se circunscribe solo a quienes tengan regularizada su situación migratoria. En efecto, en el artículo 20 se reconoce a los extranjeros el derecho a formular denuncias ante la Inspección del Trabajo ante faltas que cometa el empleador en el transcurso de la relación laboral o para requerir cualquier otra actuación de dicha institución, aun cuando se encuentre en situación migratoria irregular. Asimismo, en el artículo 88 se establecen obligaciones claras a la Dirección del Trabajo, a través de sus inspecciones, de recibir las denuncias, reclamos, consultas y solicitudes presentadas por trabajadores extranjeros, independientemente de su situación migratoria. De esta manera, se consagra una protección clara en favor de toda clase de trabajadores migratorios, reconociendo diversos derechos que antes solo se limitaban a personas con residencia regular.

Otro de los temas regulados en el Anteproyecto, dice relación con que el empleador sea un sujeto normado, quien debe cumplir con las obligaciones legales en materia laboral y previsional no importando la situación migratoria del extranjero contratado. Es así como el art. 82 establece una prohibición a los empleadores de contratar extranjeros que se encuentren en situación migratoria irregular, pero estableciéndose como contrapartida que si los contratan el empleador tendrá la obligación de cumplir con la legislación laboral vigente, cualquiera sea la situación migratoria del extranjero, durante todo el transcurso de la relación laboral.

Del mismo modo, se consagran sanciones a aquellos empleadores que incurrieren en declaraciones falsas a favor de un extranjero con la finalidad de que obtenga un permiso de residencia, o a quienes empleen extranjeros que no estuvieren debidamente autorizados para trabajar. Este enfoque busca evitar abusos por parte de empleadores que pretenden verse beneficiados de la contratación de personal indocumentado.

Finalmente, un aspecto interesante del Anteproyecto, y que se relaciona con el cumplimiento de deberes del Estado tendientes a fortalecer la institucionalidad migratoria aumentando la coordinación entre las distintas

instituciones, es el robustecimiento de las atribuciones fiscalizadoras de la Inspección del Trabajo respecto del cumplimiento de obligaciones laborales de los empleadores con sus trabajadores extranjeros, aplicando las sanciones que correspondan en casos de incumplimiento, consagrándose, asimismo, su obligación de llevar un Registro de Contratación de Extranjeros, el que tendrá por objeto contar con información necesaria para la adopción de medidas y el desarrollo de políticas y acciones destinadas resguardar sus derechos.

6. Avances en materia de política y gestión migratoria para un trabajo migrante de calidad

De forma conjunta al proceso legislativo que entregaría al país un nuevo marco normativo basado en los principios descritos con anterioridad, una serie de medidas han sido implementadas con el fin de caminar hacia el aseguramiento de una vida digna a los trabajadores y trabajadoras migrantes en el territorio nacional, y aquellos por venir.

Tres hitos han marcado el cambio hacia un nuevo paradigma en la política migratoria y su consecuente implementación: el Instructivo Presidencial n. 9 del 2 de septiembre del año 2008, el Programa de Gobierno 2014-2018 y el Instructivo Presidencial n. 5 del día 6 de noviembre de año 2015. El primer instructivo tiene como propósito impartir instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria de manera intersectorial al interior del Estado. En este instrumento se reconocen los cambios en la magnitud de los flujos transnacionales en los que el país se ve involucrado, la necesidad de una nueva mirada basada en el reconocimiento de los Derechos Humanos de las personas migrantes y las contribuciones al desarrollo de las mismas, tanto en los países de origen como de destino. Asimismo, se plantea por primera vez a Chile como país de acogida, definiéndose como un país abierto a la migración, que busca la integración de los extranjeros y la cooperación multilateral en esta materia, sin perjuicio del legítimo ejercicio de la soberanía nacional sobre el territorio a través de medidas regulatorias y administrativas.

Este instructivo inspiró una serie de propuestas y documentos en los años siguientes, entre ellos el Programa de Gobierno 2014-2018, donde estas ideas son retomadas y cristalizadas en iniciativas que concretamente contribuyen al aseguramiento de garantías laborales a las personas migrantes. En materia laboral, tanto el Instructivo n. 9 como el Programa de Gobierno 2014-2018, reafirman el interés en abordar el desafío de la actualización de la normativa a los estándares internacionales y el

compromiso con la integración migrante en el ámbito del trabajo, lo que implica un esfuerzo en la regularización de los migrantes y la entrega de las mismas garantías en relación a los nacionales con independencia de su situación de residencia, entre ellos el derecho a la sindicalización. Así, desde esta fecha y hasta el 6 noviembre del 2015, fecha en que se publica el segundo instructivo presidencial en materia migratoria, se pueden enumerar una serie de iniciativas que van contribuyendo al cambio de paradigma en materia de política migratoria¹⁵⁰, las cuales fueron planteadas considerando las demandas desde la sociedad civil.

Entre ellas destaca la Circular Interna n. 7, de fecha 26 de febrero de 2015 sobre visación temporaria por Motivos Laborales. Bajo esta categoría de visa, las personas que mantengan una relación contractual con un empleador domiciliado en Chile podrán residir en el país de forma temporal, pudiendo desempeñarse en cualquier actividad lícita, con uno o más empleadores. A diferencia de la Visa Sujeta a Contrato, la cual condicionaba el permiso a la existencia de un contrato con un único empleador e imponía una cláusula de viaje¹⁵¹, esta nueva Visa por Motivos Laborales exige que el trabajador contratado sea remunerado en Chile, sin imponer más restricciones al empleador que ser una persona natural o poseer personalidad jurídica, y que el contrato sea suscrito por ambas partes ante un ministro de fe en territorio chileno.

El primer año de aplicación esta visa representó cerca de 7 de cada 10 visas relativas al empleo¹⁵², equivaliendo esto a un total de 64.917 permisos otorgados, versus la Visa Sujeta a Contrato la cual alcanzó los 21.934 permisos otorgados, es decir, algo menos de 3 de cada 10 permisos temporarios relacionados con empleo. Esta tendencia es un claro signo de que la Visa por Motivos Laborales reporta beneficios tanto a los

¹⁵⁰ Cabe destacar dos líneas de acción que se plasman en una serie de iniciativas que, si bien se construyen bajo un enfoque sobre la gestión migratoria diferente al aquí revisado, constituyen aporte relevantes en materia de avances en la calidad de vida e integración de las personas migrantes laborales y sus familias. La primera línea de acción hace referencia al envío del proyecto de ley de Migración y Extranjería bajo el mandato del Presidente Sebastián Piñera (2010-2014), el día 4 de junio de 2013. Este hecho vuelve a posicionar los cambios necesarios en esta materia en el debate público y en la agenda legislativa nacional. La segunda línea de acción dice relación con una serie de iniciativas desarrolladas en este período que promueven reformas en la gestión migratoria y en atención al público.

¹⁵¹ Esta cláusula establecía que al terminar el contrato el empleador debía pagar el viaje de retorno del empleado extranjero, lo que constituía un desincentivo a la contratación de personas migrantes.

¹⁵² Entre estas visas encontramos la Visa con Dos Contratos, la Visa para Profesionales o Técnicos, la Visa Sujeta a Contrato y la Visa Sujeta a Contrato con Patrocinio.

trabajadores migrantes como a sus empleadores, dado que al término de un contrato o cambio de empleador no es necesaria la solicitud de una nueva visa, pudiendo cambiar además de empleador sin costo adicional, ni se impone la obligación del pago del pasaje de retorno al empleador. Así, la relación de dependencia que existía entre empleado y empleador, que derivada del hecho de que el empleado migrante sólo podía permanecer en el país en cuanto mantuviera el contrato con este último, se ve eliminada, pudiendo establecerse relaciones más horizontales, que eliminen las diferencias de poder que pudieran sentar las bases para relaciones laborales de explotación.

En la misma línea, la circular del Departamento de Inspección, promulgada el 14 de abril del año 2015, establece la independencia de la condición de regularidad migratoria en el acceso a información laboral, la recepción de denuncias y reclamos ante la Inspección del Trabajo y Centros de Conciliación y Mediación, de la Dirección del Trabajo. Así, esta institución se ha comprometido a igualar las condiciones ante la ley de las personas migrantes en materia laboral y entregar información oportuna en respuesta a sus necesidades y requerimiento, en línea con lo planteado en el Anteproyecto. De forma adicional, la Dirección del Trabajo ha realizado un autodiagnóstico de su labor en relación a la atención de la población migrante que antecede a la elaboración de un Plan de Acción en esta materia. Asimismo, la Circular aquí revisada incorpora la problemática de trata de personas, la cual se complementa con la línea de trabajo realizada en materia de Trata Laboral.

En términos de faltas graves a los derechos humanos, como es la Trata Laboral, la Ley n. 20.507, promulgada el año 2011, ha sido implementada a través de la conformación de la Mesa Intersectorial sobre Trata de Personas (en adelante, MITP), cuya Secretaría Ejecutiva y Secretaría Técnica es coordinada por el DEM. La MITP ha realizado una serie de acciones, entre ellas la capacitación durante el año 2014 de 1.288 funcionarios provenientes de 13 servicios públicos. En estas instancias el 25% de los inspectores del trabajo fue capacitado en esta materia. Adicionalmente, esta ley tipifica la trata de personas, incluyendo situaciones de trabajo o servicios forzado, servidumbre, esclavitud o condiciones de similar índole¹⁵³ y se distingue de situaciones que

¹⁵³ Se define trabajos forzados como todo trabajo o servicio que se realice en condiciones de amenaza de una pena de no ser cumplida. Por otra parte, se entiende como servidumbre aquellas situaciones de dependencia entre personas donde una establece una obligación sobre la otra de prestar un servicio, sin dejar espacio al libre albedrío de la persona subyugada. Finalmente, se entiende como esclavitud cuando un individuo ostenta derechos de propiedad sobre otro individuo.

constituyen vulneraciones de los derechos laborales de los trabajadores, como las jornadas excesivas de trabajo, falta de condiciones de higiene aceptable y el no pago de salarios e imposiciones, dado que ella, no obstante su gravedad, no implican limitaciones a la libertad de la persona. Adicionalmente, con el fin de conocer la realidad en relación a la trata laboral, se han formalizado al 31 de julio de 2015 cinco investigaciones por esta situación, obteniéndose sentencia condenatoria en una de ellas. Asimismo, se elaboró una guía de detección y derivación de víctimas de trata de personas, la cual fue difundida entre las instituciones miembros de la MITP en distintas regiones del país, y se generaron campañas de sensibilización sobre trata de personas a nivel nacional, entre otras acciones.

En relación a la seguridad social, cabe destacar la firma de diversos acuerdos y tratados internacionales. Adicionalmente, el Instituto de Previsión Social (en adelante, IPS), ha puesto énfasis en el ejercicio de su rol de forma no discriminatoria, facilitando el acceso universal. En añadidura, el IPS ha incorporado recomendaciones para una adecuada atención de las personas migrantes usuarias. Un ejemplo de ello es el caso del diagnóstico con la comunidad peruana y ecuatoriana, que derivó en algunas iniciativas de promoción de derechos en materia de seguridad social, traducándose en una serie de instancias informativas del sistema previsional que incluyeron a la población migrante. Asimismo, la posibilidad de eximirse de la obligación de cotizar para pensión y salud para los profesionales técnicos extranjeros¹⁵⁴ y el mecanismo de portabilidad de fondos entre Sistemas de Capitalización Individual, como es el caso del Convenio firmado entre Chile y Perú, han sido mecanismos complementarios para el acceso a seguridad social, que además cumple la función de facilitar el retorno a las personas migrantes que así lo estimasen conveniente.

Otras medidas que apuntan a la mejora de la situación de las personas migrantes trabajadoras y sus familias se relacionan con la firma de acuerdos bilaterales y multilaterales que eliminen restricciones para el movimiento de las personas y determinen procedimientos para ello. Un ejemplo de esto son los acuerdos bilaterales de cooperación firmados con Perú, Argentina y Colombia, cada uno en el marco de diferentes Acuerdos o Tratados de Libre Comercio, donde destacan entre sus objetivos el compromiso con la promoción de condiciones que posibiliten el goce de

¹⁵⁴ Ley n. 18.156, establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y deroga la Ley n. 9.705, Santiago, 25 de agosto de 1982.

sus derecho y de mejores condiciones laborales a los trabajadores migrantes. Siguiendo tal espíritu, en base al Acuerdo sobre Residencia para los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, se permite el otorgamiento de una Visa de Residencia Temporal a nacionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay hasta por dos años, pudiendo desempeñar cualquier actividad lícita en el territorio y solicitar la Permanencia Definitiva al cabo del tiempo exigido de residencia y cumpliendo con las condiciones que para ello se determinaran. Esto, al igual como ocurre en el caso de la Visa por Motivos Laborales, permite facilitar el acceso a empleo y mejorar sus condiciones, representado la Visa MERCOSUR cerca del 14% del total de las visas otorgadas para el año 2015, lo que equivale a 21.191 permisos.

Finalmente, una de las iniciativas más relevantes es la creación el día 11 de julio del año 2014 del Consejo de Política Migratoria (en adelante CPM), mediante el Decreto n. 1.393. El CPM es presidido por el Ministro del Interior y Seguridad Pública, siendo su Secretario Ejecutivo el Subsecretario del Interior, y participando en él ocho ministros de los sectores del Estado más relevantes en esta temática¹⁵⁵. Este consejo tiene como misión “elaborar la Política Nacional Migratoria y coordinar las acciones, planes y programas de los distintos actores institucionales en materia migratoria”¹⁵⁶. Con el fin de servir de comisión asesora al CPM, se crea el 27 de enero del 2015 el Consejo Técnico de Política Migratoria (en adelante CTPM) el cual debe proponer una agenda temática y proveer de insumos técnicos sectoriales, específicamente debe “analizar los efectos de la migración en materia laboral e innovación y generar propuestas y regulaciones que impulsen el desarrollo del país”¹⁵⁷.

Luego de la promulgación y difusión del Instructivo Presidencial n. 5, el cual confirma los ejes establecidos en el Instructivo Presidencial n. 9 y agrega nuevos, se retoma el trabajo en materia laboral desde el CTPM con acciones concretas con el fin de garantizar el acceso de las personas migrantes al mercado laboral, entendiendo que éste es un determinante fundamental en el proceso de inclusión social y en equiparar las condiciones en materia de derechos laborales y protección social entre las personas migrantes y los nacionales.

En primera instancia, en el Ministerio del Trabajo y Previsión Social se

¹⁵⁵ Ministro de Relaciones Exteriores, Ministro Secretario General de la Presidencia, Ministro de Educación, Ministro de Justicia, Ministro del Trabajo, Ministro de Salud, Ministro de Desarrollo Social y Ministra Directora del Servicio Nacional de la Mujer.

¹⁵⁶ Decreto 1.393, Crea Consejo de Política Migratoria, Santiago, 11 de julio de 2014.

¹⁵⁷ Decreto n. 108, Crea Consejo Técnico de Política Migratoria, Santiago, 27 de enero de 2015.

crea el Comité Asesor Ministerial sobre Migraciones y Asuntos Internacionales el 29 de enero del presente año a través del Decreto n. 5 del mismo ministerio. Éste tiene por objetivo abordar la temática migratoria relativa a trabajo y previsión social de manera integral, participando a los distintos servicios dependientes, asociaciones de trabajadores y gremiales, en conjunto con la sociedad civil. De forma paralela se establece que en los Convenios de Desempeño Colectivo (CDC) los servicios del MINTRAB deben suscribir un diagnóstico, que incluyera el estado del arte de los diversos planes programas e iniciativas existentes en materia migratoria y un indicador migratorio base¹⁵⁸, y la generación de plan del servicio en materia.

El primer producto de esta iniciativa lo constituye el Informe de Autodiagnóstico de la Dirección del Trabajo, realizado en conjunto con la asistencia técnica de la Organización Internacional del Trabajo. Este informe es el resultado del trabajo realizado en la Mesa Técnica de Trabajo Migrante de la Dirección del Trabajo, donde participaron la OIT, la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), y la Confederación de Producción Fomento del Comercio (CPC). En paralelo algunas unidades han establecido metas de desempeño para el año 2016, tales como la elaboración de una propuesta de programa de capacitación con focalización hacia el grupo migrante que presenta mayor vulnerabilidad por parte del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo o la implementación de un piloto de certificación de competencias para ésta población por parte de Chile Valora.

Es así que se han dispuesto medidas administrativas tendientes a la regularización de la población migrante y protección de sus derechos, que además facilitan los flujos laborales, permitiendo que la población extranjera desarrolle su potencial económico, social y cultural en Chile, en mejores condiciones, mientras se avanza en materia legislativa, en espera de la definición del Proyecto de Ley de Migraciones a partir del Anteproyecto revisado.

7. Discusión y conclusiones

La actual situación migratoria del país impone nuevos desafíos a la política pública para el cumplimiento de las obligaciones estatales respecto a su rol en el respeto a la dignidad y Derechos Humanos de los migrantes, en especial en relación a los migrantes laborales y sus familias, y con los

¹⁵⁸ Se eximen de este la SUSESO, SUPEN y Chile Valora.

compromisos internacionales, suscritos a través de diversos tratados y convenios bilaterales y multilaterales. Teniendo en consideración el elevado número que los migrantes laborales representan en el país, se aborda esta materia tanto en el Anteproyecto como en las políticas relativas a migración que se han venido desarrollando bajo el alero de los tres hitos nombrados, a saber, el Instructivo Presidencial n. 9, el Programa de Gobierno 2014-2018 y el Instructivo Presidencial n. 5.

El Anteproyecto busca consagrar la igualdad ante el Estado de la personas migrantes, estableciendo disposiciones que de forma general tendría como efecto el equiparamiento de condiciones entre la población extranjera y nacional, asegurando el respeto y promoción de los derechos de las personas migrantes, y en específico de sus derecho laborales y en seguridad social. En estas dos últimas materias, en virtud del principio general de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución, en Chile los trabajadores que son autorizados para prestar servicios se rigen por las mismas reglas aplicables a los nacionales. Sin embargo, no existen principios generales ni en la actual Ley de Extranjería ni en su Reglamento, siendo la temática laboral tratada solo de manera tangencial y para efectos de regular el otorgamiento de permisos de residencia, pero no con el objeto de consagrar estos derechos a favor de los trabajadores migrantes. Este panorama busca ser revertido por el actual Anteproyecto, el cual aborda de manera específica estos derechos. En específico éste aseguraría, de llegar a ser promulgado, una serie de garantías en materia de derecho laboral y de seguridad social, estableciendo medios e incentivos concretos para la regularización de los movimientos transnacionales y obligaciones por parte de los empleadores y organismos fiscalizadores, como los revisados en apartados anteriores.

En apoyo concreto a la realización de este proceso legislativo se han establecido medios específicos, tales como el CMP y el CTPM. Ambos consejos se encuentran trabajando en la versión de la ley que será llevada al Congreso, la cual recoge los comentarios de distintos organismos del Estado en una propuesta intersectorial. Asimismo, ésta considerará las observaciones de organizaciones de la sociedad civil, las cuales se recogen en distintas instancias pero especialmente en el Consejo Consultivo coordinado por el DEM. Así el Anteproyecto camina hacia la consecución de mejores condiciones para las personas migrantes llegando al país y el respeto de sus derechos humanos en general y laborales en particular.

Sin embargo, los requerimientos actuales de las personas migrantes y la protección de sus derechos no pueden esperar, por lo que a nivel administrativo se han realizado una serie de acciones que permiten facilitar los procesos de regularización, el acceso a bienestar social, a través de

Convenios con servicios específicos, tales como salud, vivienda y seguridad social. Así tanto el proceso legislativo como las acciones llevadas a cabo en el período revisado apuntan a un cambio de paradigma en torno a la política migratoria, transformando sus ejes desde la securitización, el control y la discrecionalidad hacia una basada en el enfoque de derechos, con una institucionalidad acorde y un moderno modelo de visas, que permita el desarrollo de una migración segura, donde las personas migrantes puedan desarrollarse laboralmente en condiciones que resguarden su dignidad humana y expresen sus capacidades productivas para la construcción de un Chile más justo e inclusivo.

8. Bibliografía

Carmona, C. y Navarro, E., *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015*, Tribunal Constitucional de Chile, Santiago de Chile, 2015.

Departamento de Extranjería y Migración, *Anuario Estadístico Nacional 2005-2014*, Santiago de Chile, 2016.

Godoy A.R. y Didier V.M., “Comentarios sobre jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013”, *Anuario de Derechos Humanos*, n. 10, 2014. Disponible en <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/31702/33502>.

Sehnbruch, K., “From the quantity to the quality of employment: An application of the Capability Approach to the Chilean labour market”, *Working Papers*, Center for Latin American Studies, Berkeley, Paper n. 9, 2004.

Web sites

Banco Mundial, “Databank”, División de Población de las Naciones Unidas, *Trends in Total Migrant Stock: 2008 Revision*. Disponible en <http://data.worldbank.org/indicador/SM.POP.TOTL.ZS?view=map>. Consultado el 8 de agosto 2016.

Banco Mundial, “Databank”, de la División de Población de las Naciones Unidas, *Perspectivas de la Población Mundial*. Disponible en http://datos.bancomundial.org/indicador/SM.POP.NETM?end=2012&locations=CL&start=1962&year_low_desc=false. Consultado el 8 de agosto 2016.

Instituto Nacional de Derechos Humano, *Informe Anual 2013: Situación de los Derechos Humanos en Chile*, Santiago, 2013. Disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/605/INFORME%20ANUAL%202013.pdf?sequence=4>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *International Migration Outlook 2015*, 2015. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/888933260821>.

Naciones Unidas, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 19º a 21º de Chile, aprobadas por el Comité en su 83º período de sesiones (12 a 30 de agosto de 2013)*, CERD/C/CHL/CO/19-12, 2013. Disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fCHL%2fCO%2f19-21&Lang=en.

Naciones Unidas, Asamblea General, *En condiciones de seguridad y dignidad: respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes: Informe del Secretario General*, A/70/59, 21 de abril de 2016. Disponible en https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/sg_report_spanish.pdf.

Documentos legales

Decreto n. 1.393, Crea Consejo de Política Migratoria, Santiago, 11 de julio de 2014.

Decreto n. 108, Crea Consejo Técnico de Política Migratoria, Santiago, 27 de enero de 2015.

Decreto Con Fuerza de Ley n. 69, Crea el Departamento de inmigración y establece norma sobre la materia, Santiago, 27 de abril de 1953.

Decreto Con Fuerza de Ley n. 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley n. 2.763, de 1979 y de las leyes n. 18.933 y n. 18.469, Santiago 23 de septiembre de 2005.

Decreto Supremo n. 597 de 1984, Aprueba nuevo reglamento de extranjería, Santiago, 14 de junio de 1984.

Decreto Ley n. 1.094, Establece Normas sobre extranjeros en Chile, Santiago, 14 de julio de 1975.

Decreto Ley 3.500, Establece nuevo sistema de pensiones, 12 de noviembre de 1980.

Circular n. 46 del Departamento de Inspección, Modifica Anexo 10 “Normas y Criterios para resolver solicitudes de reconsideración de multas”, 2 de mayo de 2012.

- Circular n. 7, Instruye sobre visación temporaria por motivos laborales, Santiago, 26 de febrero de 2015.
- Instructivo Presidencial n. 9, Imparte Instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”, Santiago, 2 de septiembre de 2008.
- Instructivo Presidencial n. 5, Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria, Santiago, 6 de noviembre de 2015.
- Ley n. 3.446, Que impide la entrada al país o la residencia en él de elementos indeseables, 12 de diciembre de 1918.
- Ley n. 16.744, Establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1 febrero de 1968.
- Ley n. 19.728, Establece un seguro de desempleo, 14 mayo de 2001.
- Ley n. 20.507, Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, 8 de abril de 2011.
- Resolución exenta n. 10.330, Regula el funcionamiento y composición del Consejo Consultivo Nacional de Migraciones del Departamento de Extranjería y Migraciones del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 11 de diciembre 2015.

Migración Internacional y Estructura Social en Chile: un primer análisis*

Cristián DOÑA REVECO**

RESUMEN: Este artículo se centra en las consecuencias de la migración en la sociedad de destino; en este caso Chile. En particular pretende proponer una primera respuesta desde una perspectiva macro o estructural a los espacios en los cuales los inmigrantes se incorporan a la estructura social chilena. El estudio de la incorporación de los migrantes a las sociedades de acogida, en particular al mercado laboral es uno de los temas más debatidos y más clásicos en este campo de estudio. Las teorías que surgen de la economía neoclásica no han sido capaces de explicar efectivamente los orígenes de la migración internacional. Por el otro lado, las teorías que han conectado la migración con transformaciones globales de la economía y de las sociedades presentan mejores explicaciones de este fenómeno. Este artículo utiliza de manera general la teoría de los mercados segmentados para hipotetizar y explicar la participación de migrantes en edad laboral en la sociedad chilena.

Palabras clave: Migración internacional, Chile, estructura social, mercado laboral dual, incorporación segmentada.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Teoría del Mercado Dual o de los Mercados Segmentados. 3. Método. 4. Los inmigrantes y la estructura social en Chile. 4.1. Estructura por sexo y edad. 4.2. Niveles de Educación. 4.3. Categorías de Ocupación. 5. Conclusiones 6. Bibliografía.

* Esta investigación es parte del proyecto CONICYT+PAI/ Concurso Nacional Apoyo al Retorno de Investigadores/as desde el Extranjero. Convocatoria 2014 + 82140058 proyecto: “Globalización Neoliberal, transformación social y migración internacional: Migrantes estadounidenses y españoles en Chile”. El autor agradece la ayuda de Cristóbal Moya, Asistente de Investigación del Observatorio de Desigualdades de la Universidad Diego Portales en el procesamiento de los datos y análisis.

** Académico Escuela de Sociología, Director Observatorio de Desigualdades, Universidad Diego Portales, Chile.

International Migration and Social Structure in Chile: A Preliminary Analysis

ABSTRACT: This article focuses on the consequences of migration in the receiving societies, in this case Chile. In particular, uses a macro or structural approach to present an exploratory answer to the spaces in which immigrants participate and incorporate to the Chilean social structure. Research on immigrant incorporation to host societies, particularly on the labor market is one of the most debated topics within migration studies. Classical theories that arise from neoclassical economics have not been able to explain how migration originates. On the other hand, theories that connect migration to global transformation perspective have been able to provide better explanations to migration and immigrant incorporation. This research uses dual-market theory or segmented labor theory to explain the participation of working age migrants in Chilean society.

Key Words: International Migration, Chile, Social Structure, Dual Labor Market, Segmented incorporation.

1. Introducción

Reconociendo la necesidad de comprender que los flujos migratorios son influidos por diferentes factores, Castles¹⁵⁹ propone usar una propuesta teórica de transformaciones sociales para estudiar la migración internacional. Esta perspectiva argumenta que la migración es un sólo un componente más de un proceso complejo de transformaciones de las estructuras e instituciones sociales que surgen de cambios globales en los ámbitos políticos, sociales, económicos y culturales de las sociedades¹⁶⁰. En este artículo parto del análisis de las transformaciones globales para proponer una primera respuesta a la forma en que los migrantes se incorporan a la sociedad chilena. En particular analizo la relación de la inmigración reciente al país con tres aspectos de la estructura social de Chile. Estas son la estructura por sexo y edad, la estructura del sistema de calificaciones, es decir el capital educacional de los inmigrantes, y la participación en la estructura ocupacional. Mi argumento central es que es posible observar una incorporación segmentada a la sociedad chilena, producto de un mercado laboral segmentado.

Chile se ha convertido recientemente en una opción popular para migrantes regionales y también desde el norte global¹⁶¹. De acuerdo a las estimaciones existentes, la cantidad de extranjeros en Chile hacia 2013 es la más alta en la historia del país así como la proporción sobre la población total es también la más alta del último medio siglo. Estos flujos migratorios están asociados a cambios estructurales en los países de origen y de destino ocurridos desde la década de los noventa, pero acelerados en el nuevo milenio. Las estimaciones a partir de las encuestas CASEN hacia el año 2013 indican que los nacidos en el exterior residentes en Chile eran más de 350 mil personas, lo que implica un aumento de más de un 130% entre 2006 y 2013. De estos nacidos en el exterior muestran que más del 70% provienen de países fronterizos (Argentina, Perú y Bolivia), además de Colombia y Ecuador. En total, los países de las Américas componen más 80% de los nacidos en el exterior.

¹⁵⁹ Castles, S., "International migration at a crossroads", *Citizenship Studies*, 2014, vol. 18, n. 2, pp. 190-207.

¹⁶⁰ Castles, S., "International migration at a crossroads", *op. cit.*; Castles, S., "Understanding Global Migration: A Social Transformation Perspective", *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2010, vol. 36, n. 10, pp. 1565-1586.

¹⁶¹ Cano, V. y Soffia, M., "Los estudios sobre migración internacional en Chile: Apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada", *Papeles De Población*, vol.15, n. 61, Toluca, jul./sep., 2009; Doña-Reveco, C., y Levinson, A., "The Chilean State and the search for a new migration policy", *Discusiones Públicas*, 2012, vol. 4, n. 1, pp. 67-89.

Los actuales estudios sobre migrantes internacionales en Chile se han enfocado principalmente en la migración vecinal. Lo cual se explica, por una parte, por la cantidad y visibilidad de estas migraciones¹⁶². Por otra parte, la falta de datos estadísticos longitudinales y de buena calidad ha hecho que gran parte de las investigaciones sobre migración hayan sido estudios de casos sobre países de origen o grupos particulares. Si bien ha habido una muy buena producción de conocimiento a partir de estos estudios, aún faltan miradas macro sobre la migración internacional. Este estudio pretende comenzar a llenar ese espacio al usar la encuesta de hogares CASEN del año 2013 para analizar la migración internacional.

Este artículo se divide en tres partes. En el siguiente apartado se describen de manera general las propuestas teóricas a utilizar, en particular las teorías del mercado dual o segmentado. Seguido de esto se describe el método de análisis utilizado en este estudio. En tercer lugar, se analiza la incorporación a Chile de estos inmigrantes a partir de las estructuras de sexo y edad, educacional y de ocupación. El artículo concluye observando las características e implicaciones de la segmentación de la sociedad chilena.

2. La Teoría del Mercado Dual o de los Mercados Segmentados

Esta investigación parte de la premisa *wallersteiniana* que existe un sistema de estratificación global en el cual existen países centrales, países periféricos y países semi-periféricos y que las relaciones entre estos países están dadas por relaciones de poder en el sistema-mundo o en el sistema internacional¹⁶³. En este sentido, Chile sería un país semi-periférico, que tendría componentes de país desarrollado, crecimiento económico alto, por ejemplo y otras de país en vías de desarrollo, como la alta desigualdad. En este sentido, propongo que la actual migración hacia Chile en el cual la llegada de inmigrantes podría ser explicada usando la perspectiva del

¹⁶² Cano, V. y Soffia, M., “Los estudios sobre migración internacional en Chile: Apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada”, *op cit.*; Staab, S. y Maher, K.H., “The Dual Discourse about Peruvian Domestic Workers in Santiago de Chile: Class, Race, and a Nationalist Project”, *Latin American Politics & Society*, 2006, vol. 48, n. 1, pp. 87-116; Stefoni, C., “Mujeres inmigrantes peruanas en Chile”, *Papeles de Población*, 2002, n. 33, pp. 118-145; Stefoni, C., *Inmigración peruana en Chile: una oportunidad a la integración*, Santiago de Chile, FLACSO-Chile, 2003.

¹⁶³ Paret, M. & S. Gleeson. “International Migration in Macro-Stratification Perspective: Bringing Power Back In”. *Berkeley Journal of Sociology*. 50: 120-146, 2006.

mercado laboral dual de Piore¹⁶⁴.

Esta perspectiva se basa en un análisis macro estructural que sostiene que la migración se debe más a la demanda de trabajadores de los países receptores que a las decisiones migratorias tomadas bajo los supuestos de la economía neoclásica. Así, propone que en los países desarrollados coexistirían dos mercados laborales; el primario, de altos ingresos y alta calificación y uno secundario de baja calificación y bajos ingresos. En el mercado laboral secundario existirían aquellos trabajos que por ser considerados peligrosos o sucios ya no quieren ser ocupados por trabajadores nacionales. Y cuando lo son es sólo marginalmente o temporalmente por estudiantes u otros que están en proceso de ascender socialmente.

Esta propuesta teórica incluye la importancia que tienen factores institucionales como el género y la raza/etnia en la segmentación del mercado laboral. Por lo tanto, los mercados laborales se segmentarían también a partir de las características de quienes buscan trabajo en esos mercados.

En este sentido considero que usar esta teoría poder ser útil para proponer una primera explicación sobre la incorporación de los migrantes a la sociedad chilena. En términos de desarrollo, Chile está en una posición intermedia que yo llamo “periférica del Norte Global”. Esto se debe a que según el Banco Mundial y a partir del ingreso per cápita Chile es un país de alto ingreso, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo lo clasifica como país de muy alto Índice de Desarrollo Humano y es miembro de la OECD. Por otra parte, y debido a los niveles de desigualdad entre otras variables el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas lo define como país del Sur Global¹⁶⁵; teniendo, en términos migratorios, características similares a España durante la década de los noventa¹⁶⁶. Por esta razón, la construcción de estereotipos raciales o étnicos a partir de los lugares de origen sería la base de la aceptación de ciertos inmigrantes en ciertos trabajos, así como la concentración de inmigrantes en otros mercados

¹⁶⁴ Piore, M.J., *Birds of passage: migrant labor and industrial societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; Piore, M.J., “The Shifting Grounds for Immigration”. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 1986, vol. 485, n. 1, pp. 23-33; Massey, D., Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A., Pellegrino, A. y Taylor, J.E., *Worlds in Motion: Understanding International Migration at the End of the Millennium*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

¹⁶⁵ Laczko, F. y Brian. T., “North-South migration: A different look at the migration and development debate”, *Migration Policy Practice*, June-July 2013, vol. 3, n. 3, pp.14-19.

¹⁶⁶ Alonso, M. y Furio Blasco, E., *España: de la emigración a la inmigración*, 2007.

laborales.

3. Método

En este artículo analizo los datos de la encuesta CASEN 2013, disponibles libremente, pero con registro, en el sitio web del Ministerio de Desarrollo Social de Chile. Esta encuesta se realizó entre el 11 de noviembre 2013 y el 02 de febrero 2014 a cerca de 219 mil individuos en todo Chile. Para este estudio consideré solamente las personas nacidas en Chile y en el exterior que tenían a la fecha entre 18 y 65 años de edad. Para el caso de la población total del país esto corresponde al 63,2% y en el caso de los nacidos en el exterior al 64,6% del total. Tome esta decisión ya que es en este subconjunto poblacional en que gran parte de la educación ha sido completada y la participación en el mercado laboral es mayoritaria.

De esta población en edades laborales activas utilicé para el caso de los nacidos en el exterior aquellos nacidos en América Latina y en el “Norte Global”. Esto lo hice por varias razones. Por una parte, como se observa en la tabla 1 estos grupos corresponden al 97,5% de todos los nacidos en el exterior. Por otro lado, se puede construir categorías de región de origen como suma de países de manera de convertir a esta variable en un proxy para explicar discriminación racial o étnica.

Tabla 1: Población de 18 a 65 años nacida en Chile y en el exterior

	Hombre	Mujer	Total
Total población entre 18 y 65 años	5.116.425	5.805.291	10.921.716
Nacidos en el exterior	101.252	127.761	229.013
% Nacidos en el exterior sobre población total	1,98	2,20	2,10
Población analizada	98.398	124.913	223.311
% Población analizada sobre población total	1,92	2,15	2,04
% Población analizada sobre total nacidos en el exterior	97,2	97,8	97,5

Fuente: Elaboración propia a partir de CASEN 2013.

Así el análisis se centró en la variable región de origen, a partir de la

pregunta por la residencia de la madre al momento de nacer el encuestado. Esta variable se recodificó en las categorías Chile; Cono Sur (Argentina, Uruguay y Brasil); Países Andinos (Otros países de América del Sur); Resto de América Latina (América Central, México, Cuba y República Dominicana) y el “Norte Global” (Europa, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica). La construcción de esta variable se debe a que existiría un continuo de aceptación racial y/o étnica entre el más aceptable “Norte Global” al menos aceptable Países Andinos, con el Cono Sur más cercano al polo aceptable y el resto de América Latina cercana al polo poco aceptable. Esta construcción tiene sentido con la teoría de los mercados duales y de la asimilación segmentada propuesta más arriba.

Junto con esta variable se analizaron las variables de sexo del encuestado y edad, categorizada en grupo de entre 18 y 30 años, 31 a 40 años, 41 a 50 años, y 51 a 65 años para el análisis de la estructura por sexo y edad. Para el análisis de educación se utilizó la variable años de estudio recodificada como básica completa, media completa, y educación superior. Para el análisis del mercado laboral directamente se ocuparon las variables ocupación u oficio y la variable categoría ocupacional. Se compararon los intervalos de confianza de las variables bajo el supuesto que si en esta comparación los intervalos no se tocan, entonces las diferencias entre las variables son estadísticamente significativas¹⁶⁷.

Finalmente, la pregunta por lugar de nacimiento mencionada arriba da lugar a la noción de “nacido en el exterior”. Si bien esta otorga a quien responde la condición de extranjero, en este análisis y como es aceptado en la literatura, se usa indistintamente nacido en el exterior e inmigrante.

4. Los inmigrantes y la estructura social en Chile

El análisis que presento a continuación, se centra en tres aspectos que permiten hipotetizar sobre las características actuales y futuras de la estructura social de Chile. Como todo análisis, este también tiene limitaciones que iré señalando cuando corresponda. La pregunta que nutre este análisis es cómo se compara Chile a las principales regiones de origen de los inmigrantes. Parto este análisis describiendo las características de la estructura por sexo y edad, seguida por la educación y termino con el mercado laboral.

¹⁶⁷ Las diferencias estadísticamente significativas están señalizadas en las tablas usando negrillas.

4.1. La estructura por sexo y edad

La estructura por sexo y edad de una población es una de las características más relevantes para analizar el futuro demográfico de una sociedad determinada. Cuando se analiza en su totalidad, es decir incluyendo todos los grupos de edad permite observar la existencia de posibles bonos demográficos y estudiar relaciones de dependencia.

El primero describe aquellos momentos en que hay una sobrepoblación en edades laborales la que coincide con una baja proporción de personas en edades no laborales y que, si existen las políticas adecuadas pueden promover el desarrollo de los países. Las relaciones de dependencia se refieren básicamente a la cantidad de población no económicamente activa que debe mantener la población económicamente activa.

La migración internacional juega un rol clave en aquellos países donde la relación de dependencia adulta, es decir aquella entre la población activa y los mayores de 65 años, es alta¹⁶⁸. También por que históricamente en los países con baja fecundidad, las migrantes tienden a tener una fecundidad más alta por lo que incide en la estructura por sexo y edad. En el caso que analizo acá no presento los datos para el total de la población, sólo lo hago para la población activa. Esto ya que no hay datos suficientes disponibles para analizar la fecundidad de la población migrante en Chile, y porque la población inmigrante no tiene un tamaño tal que permite prever cambios demográficos relevantes en el corto plazo.

Tabla 2: Región de origen por sexo.

Región de origen (% del total)		Estimación	Error estándar	95% de intervalo de confianza	
				Inferior	Superior
Cono sur	Hombre	46.9%	3.0%	41.0%	52.8%
	Mujer	53.1%	3.0%	47.2%	59.0%
	Total	100.0%	0.0%	100.0%	100.0%
Países andinos	Hombre	40.0%	2.3%	35.6%	44.6%
	Mujer	60.0%	2.3%	55.4%	64.4%
	Total	100.0%	0.0%	100.0%	100.0%
Resto de	Hombre	60.3%	5.8%	48.5%	71.0%

¹⁶⁸ Canales, A., *E pur si muove: elementos para una teoría de las migraciones en el capitalismo global*, México, Universidad de Guadalajara, 2015.

América Latina	Mujer	39.7%	5.8%	29.0%	51.5%
	Total	100.0%	0.0%	100.0%	100.0%
Norte Global	Hombre	55.0%	4.8%	45.6%	64.2%
	Mujer	45.0%	4.8%	35.8%	54.4%
	Total	100.0%	0.0%	100.0%	100.0%
Chile	Hombre	46.9%	.2%	46.5%	47.3%
	Mujer	53.1%	.2%	52.7%	53.5%
	Total	100.0%	0.0%	100.0%	100.0%

Fuente: Elaboración propia a partir de los resultados de CASEN 2013

La tabla 2 nos muestra que no hay diferencias significativas en la distribución por sexo entre Chile, el Cono Sur y el Norte Global. Esto significa que la estructura por sexo de estos tres grupos es similar. Si hay diferencias significativas entre Chile y los Países Andinos y entre Chile y el Resto de América Latina. En el primer caso es posible observar una clara feminización cuantitativa de la migración, ya que un 60% de los inmigrantes en edad laboral de estos países son mujeres. También está asociado a una feminización cualitativa de la migración, ya que son las mujeres provenientes de estos países las que se estarían dedicando a labores de “cuidado”, como el servicio doméstico entre otras¹⁶⁹.

Por el contrario, en el caso de los países del resto de América Latina se observa una marcada presencia de hombres (60%). Esto puede indicar una migración laboral o los inicios de una migración familiar. Sería interesante observar esta migración en detalle para ver que características tiene. La encuesta CASEN, como es una encuesta por muestreo y los migrantes son una proporción pequeña del universo, no permite sacar conclusiones representativas de este grupo.

La estructura por edad de la migración en Chile es aún más interesante, toda vez que América Latina se encuentra en un marcado proceso de transición demográfica que va a llevar a que muchos de sus países entren en el corto plazo en procesos de envejecimiento poblacional. Chile es uno de los primeros países en entrar en este proceso y se espera que el bono demográfico en Chile se acabe alrededor del 2025¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Stefoni, C., *Mujeres inmigrantes en Chile: ¿mano de obra o trabajadores con derechos?*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2011.

¹⁷⁰ Saad, P., Miller, T. y Martínez, C., “Impacto de los cambios demográficos en las demandas sectoriales en América Latina”, *Revista Brasileira De Estudos De População*, 2009, vol. 26, n. 2, pp. 237-261.

Tabla 3: Región de origen y grupo de edad

Región de origen		Grupos de edad				Total
		18-30 años	31-40 años	41-50 años	51-65 años	
Total	Cono sur	45.4%	26.2%	14.3%	14.1%	100.0%
	Países andinos	39.1%	34.3%	16.9%	9.7%	100.0%
	Resto de América Latina	35.4%	33.6%	22.1%	8.9%	100.0%
	Norte Global	31.0%	26.7%	15.7%	26.5%	100.0%
	Chile	33.1%	19.0%	21.6%	26.3%	100.0%
Hombres	Cono sur	48.5%	24.8%	13.4%	13.4%	100.0%
	Países andinos	41.1%	31.0%	18.3%	9.6%	100.0%
	Resto de América Latina	39.4%	35.2%	20.6%	4.8%	100.0%
	Norte Global	32.6%	18.6%	17.9%	30.8%	100.0%
	Chile	34.7%	18.9%	21.1%	25.3%	100.0%
Mujeres	Cono sur	42.6%	27.5%	15.1%	14.8%	100.0%
	Países andinos	37.7%	36.5%	16.0%	9.8%	100.0%
	Resto de América Latina	29.3%	31.1%	24.3%	15.3%	100.0%
	Norte Global	29.0%	36.7%	13.0%	21.3%	100.0%
	Chile	31.7%	19.1%	22.1%	27.2%	100.0%

Fuente: Elaboración propia a partir de los resultados de CASEN 2013

La tabla 3 nos muestra la comparación por edad entre la población nacida en Chile con la población nacida en el exterior. Lo primero que resalta es que los países del Cono Sur y de los países Andinos, es decir de todos los países sudamericanos e significativamente diferente a la de Chile, y por el contrario la de los países del Norte es similar a la chilena. La proporción de nacidos en América del Sur que tienen entre 18 y 40 años, es decir están al principio de sus edades productivas es mayor a la de Chile. Por el contrario, la población que está entre 41 y 65 años, es mayor en el caso de Chile.

Si bien esto se da tanto para hombres como para mujeres hay algunas diferencias respecto a los sexos que son interesantes de mencionar. En el caso de aquellos hombres nacidos en el Cono Sur las diferencias son sólo significativas en las edades extremas, entre 18 y 30 años y entre 51 y 65 años. En el caso de los países Andinos las diferencias son significativas en todos los grupos de edad excepto en el de 41 a 50 años. En el caso de los otros países de América Latina la diferencia es sólo significativa en el

grupo entre 31 y 40 años. Este grupo también es el que tiene la menor proporción de mayores de 51 años (4.8%). Por otro lado, no hay ninguna diferencia significativa entre los nacidos en el Norte Global y los nacidos en Chile.

Respecto de las mujeres, la tendencia es similar al caso de los hombres con algunas interesantes diferencias. Los países Andinos tienen diferencias significativas en los grupos entre 31 y 40 años y entre 51 y 65 años y el Cono Sur en todos los grupos excepto en el de 41 a 50 años. Interesantemente, las mujeres entre 31 y 41 años nacidas en el norte global son significativamente diferente a las nacidas en Chile.

Estos resultados se podrían refinar teniendo acceso a muestras más grandes y que nos permitieran, por ejemplo, ver los patrones de nupcialidad entre los diferentes grupos. Es importante notar que las diferencias significativas en edades reproductivas entre las mujeres sudamericanas y chilenas podría llevar a hipotetizar que hay diferencias interesantes en los patrones de fecundidad, si bien, como se mencionó no tendrían todavía una injerencia decisiva en el país de recepción.

4.2. Niveles de educación

Uno de los temas claves en la incorporación de los inmigrantes es el nivel de educación de estos, es decir el nivel de capital social que traen al país de destino. Si bien la prensa y comentaristas anti-inmigración frecuentemente argumentan que Chile no está recibiendo migración con adecuados niveles de calificación, la inmigración a Chile tiene en promedio niveles de educación más altos que la población nacida en el país. Si bien esta es información que es importante de matizar, los comparativamente elevados niveles de educación de los inmigrantes permitirían hipotetizar que es un recurso humano que no está siendo ocupado de acuerdo al capital educacional que estos tienen. Esto se observa de manera más clara en la tabla siguiente.

Tabla 4: Región de origen y nivel de educación

Región de origen		Nivel de Educación			
		Primaria	Secundaria	Superior	Total
Total	Cono sur	8.2%	49.3%	42.5%	100.0%
	Países andinos	10.8%	55.9%	33.3%	100.0%
	Resto de América Latina	8.0%	39.2%	52.8%	100.0%

	Norte Global	8.0%	19.0%	73.0%	100.0%
	Chile	22.5%	47.2%	30.2%	100.0%
Hombres	Cono sur	7.0%	46.1%	46.9%	100.0%
	Países andinos	9.9%	58.6%	31.5%	100.0%
	Resto de América Latina	9.1%	41.3%	49.6%	100.0%
	Norte Global	8.2%	22.7%	69.2%	100.0%
	Chile	22.0%	47.7%	30.3%	100.0%
Mujeres	Cono sur	9.2%	52.2%	38.6%	100.0%
	Países andinos	11.4%	54.2%	34.4%	100.0%
	Resto de América Latina	6.4%	36.0%	57.6%	100.0%
	Norte Global	7.8%	14.5%	77.6%	100.0%
	Chile	23.0%	46.9%	30.1%	100.0%

Fuente: Elaboración propia a partir de los resultados de CASEN 2013

En la tabla 4 se observa que en casi todas las categorías hay diferencias estadísticamente significativas entre los nacidos en Chile y los inmigrantes y que esas diferencias son positivas para los nacidos en el exterior. Así, mientras casi un 23% de los nacidos en Chile que tienen entre 18 y 65 años tienen sólo educación primaria, este porcentaje apenas sobre pasa el 10% en el caso de los países Andinos. Es decir, hay una proporción significativamente superior de nacidos en Chile que sólo tienen educación primaria. Esta característica mantiene patrones similares para los que tienen educación secundaria completa. Casi la mitad de los chilenos tienen educación secundaria completa, similar al caso de los nacidos en el Cono Sur, mientras que los nacidos en los países Andino es significativamente superior y los nacidos en el Norte Global es significativamente inferior. En este caso esto se debe al elevado porcentaje que tiene educación superior; un 73% de los nacidos en el Norte Global tienen educación superior, contra un 30% de los nacidos en Chile, un 42% de los nacidos en el Cono Sur y más de la mitad de los nacidos en el resto de América Latina.

Al comparar por sexo se dan algunas diferencias interesantes. En el caso de los hombres, las diferencias más interesantes y estadísticamente significativas son que hay una mayor proporción de nacidos en los países Andinos que completaron su educación secundaria, mientras que la educación superior en este caso es similar a la chilena. La proporción de nacidos en el Cono Sur que tienen educación superior es mayor en 18 puntos porcentuales a la de los nacidos en Chile; esta diferencia es aún

mayor en el caso de los nacidos en el Norte Global, que es casi 40 puntos más alta. Esta diferencia se mantiene en el caso de las mujeres con particularidades respecto de la región de origen. Las nacidas en el norte global tienen en este caso más de 47 puntos de diferencia con las nacidas en Chile, mientras que las nacidas en otros países de América Latina tienen casi 28 puntos sobre las nacidas en Chile. No hay diferencias significativas entre las nacidas en Chile y las nacidas en América del Sur.

A partir de los niveles de educación se observa la segmentación de las posibilidades de inserción de los inmigrantes a la sociedad chilena. Mientras por una parte aquellos nacidos en países Andinos son más similares a los nacidos en Chile y tienen menores niveles de educación relativa, los nacidos en el Cono Sur y los del Norte Global tienen claramente mejores niveles de educación. Estas diferencias, sin embargo, son más relevantes en el caso de los países desarrollados del Norte.

4.3. Categorías de ocupación

Es en las categorías de ocupación donde la segmentación del mercado laboral se demuestra de manera más clara. Como detallaré en las conclusiones esta segmentación tiene una clara y definida influencia en las posibilidades de asimilación de los migrantes recientes. Es importante hacer notar que esta es una auto-identificación de categorías de ocupación, es decir que en determinados casos podría haber discordancia entre la ocupación señalada y los años de estudio, habiendo migrantes sobre calificados para sus actuales trabajos.

Los nacidos en el Norte Global tienen una participación significativamente superior a la de los nacidos en Chile en las categorías que corresponden a migración calificada (ver tabla 5). Así, un 48% de los nacidos en el Norte global son profesionales contra sólo un 10% de los nacidos en Chile. Es interesante notar que, si bien ninguna región de origen es superior a Chile en la categoría de técnicos superiores, las mujeres del Norte Global sobrepasan a las chilenas en 10 puntos porcentuales, con la única diferencia estadísticamente significativa relevante. En el extremo opuesto, el de los trabajadores no calificados, se da la relación que los nacidos en los países Andinos son significativamente más que los nacidos en Chile, con un 25% y un 20% respectivamente. Por el contrario, aquellos nacidos en los países del Norte Global no sobrepasan el 7%. Los nacidos en el Cono Sur presentan características relativamente similares a las de los nacidos en Chile con excepción de los niveles extremos, donde presentan un porcentaje mayor en los

profesionales y uno menor en el caso de la migración no calificada. Estas diferencias, sin embargo, no son estadísticamente significativas.

Estas formas de segmentación se mantienen e incluso se exageran al analizar las categorías de ocupación de los inmigrantes (ver tabla 6). Así es posible observar que la proporción de patrones y empleadores de los nacidos en el Cono Sur (4,1%), y de los nacidos en el Norte Global (6,2%) es significativamente superior a los nacidos en Chile (1,8%). También se pueden observar diferencias en quienes trabajan por cuenta propia. Esta medida, que puede significar una mayor propensión al riesgo, “emprendimientos” migrantes y el surgimiento de “negocios étnicos” también es superior en el caso de los migrantes del Norte Global (26,8%), principalmente en las mujeres (35%). Esto es muy superior al caso de los nacidos en Chile donde los porcentajes no superan el 18%.

En el extremo opuesto de la estructura de segmentación están los países Andinos, un 78% de los hombres nacidos en estos países son empleados u obreros del sector privado, comparado con un 70% de los nacidos en Chile. En el caso de las mujeres se observa aún más esta segmentación; un 3,5% de las nacidas en los países Andinos trabajan en el servicio doméstico puertas adentro, contra un 0,4% de las nacidas en Chile. Las otras regiones de origen no tienen trabajadores en esta categoría. Igualmente, un 15,7% de las mujeres nacidas en países Andinos trabajan en el servicio doméstico puertas afuera, contra un 8% de las nacidas en Chile.

Tabla 5: Región de origen y ocupación u oficio

Región de origen	Ocupación u oficio							
	Prof. y similares	Técnicos y similares	Empleados de oficina	Trab. de los servicios	Agricultores y similares	Operarios y artesanos	Operarios de máq.	Trab. no calificados
Cono sur	16.6%	11.4%	10.4%	22.6%	.7%	7.4%	11.2%	14.5%
Países andinos	11.7%	6.0%	7.6%	25.0%	1.8%	15.6%	4.0%	25.3%
Resto de América Latina	13.8%	9.6%	7.8%	17.8%		10.4%	6.7%	24.5%
Norte Global	48.1%	14.6%	1.2%	5.0%	.9%	10.8%	3.0%	6.3%
Chile	10.9%	8.9%	9.9%	16.7%	4.7%	15.5%	9.6%	19.5%

Fuente: Elaboración propia a partir de los resultados de CASEN 2013

Tabla 6: Región de origen y categoría ocupacional

Región de origen	Categoría ocupacional						
	Patrón o empleador	Trab. cuenta propia	Empleado obrero sector público	Empleado obrero empresas públicas	Empleado obrero sector privado	Serv. dom. puertas adentro	Serv. dom. puertas afuera
Cono sur	4.1%	21.6%	3.6%	5.0%	62.5%		1.5%
Países andinos	1.6%	20.3%	2.8%	1.9%	62.6%	2.1%	8.5%
Resto de América Latina	2.5%	12.3%	1.7%	2.1%	79.6%		1.7%
Norte Global	6.2%	26.8%	11.0%	3.8%	50.2%		1.0%
Chile	1.8%	18.0%	7.4%	3.1%	65.0%	.2%	3.5%

Fuente: Elaboración propia a partir de los resultados de CASEN 2013

5. Conclusiones

El objetivo de esta investigación fue observar y analizar una posible forma de incorporación de inmigrantes en edad laboral en la estructura social de Chile. Para lograr esto se utilizó la teoría de los mercados laborales duales o segmentados desarrollada por Piore en el análisis de datos secundarios provenientes de la encuesta CASEN 2013.

Este estudio, como todos, presenta una serie de limitaciones. Por un lado, los datos disponibles provienen de una encuesta con muestreo, lo que implica que grupos pequeños de población, como los inmigrantes, pueden no ser representativos a escala menor a la nacional, teniendo que dejar de lado países específicos, regiones del país de destino, o áreas de la economía. Por otro lado, la teoría en sí requiere de datos no necesariamente disponibles. Por ejemplo, la encuesta CASEN no pregunta por auto-clasificación racial – tampoco lo hace el Censo – por lo que fue necesario definir un proxy para esto. Así en este estudio raza o pertenencia a un grupo étnico es reemplazado por región de origen.

La teoría de los mercados duales es una de las teorías que Massey y sus colegas¹⁷¹ llaman de determinantes de la migración, es decir teorías que

¹⁷¹ Massey, D., Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A., Pellegrino, A. y Taylor, J.E., *Worlds in Motion: Understanding International Migration at the End of the Millennium*, Oxford, Clarendon

tratan de explicar porque se origina la migración. En este sentido el uso de esta teoría es efectivo, los cambios en el nivel de desarrollo de Chile permiten ver que se ha formado un mercado laboral segmentado en el cual inmigrantes tienen también entradas segmentadas. Así en el mercado primario de alta calificación entran migrantes del norte global y en menor medida del Cono Sur, mientras que en el mercado secundario entran migrantes de los Países Andinos. Es interesante proponer que esta dualidad no sólo se centra en los mercados laborales, sino también en la estructura por sexo y edad y en los niveles de educación; como se muestra más arriba.

El problema es que sólo da cuenta de un aspecto del proceso migratorio y no explica los procesos de incorporación a la sociedad de acogida. En este sentido la teoría de los mercados duales o segmentados podría ser una base para utilizar la teoría de la asimilación segmentada de manera más amplia.

Esta teoría trata de explicar qué hace que ciertos grupos sean más propensos a asimilarse a un u otro segmento de la sociedad. Y plantea tres posibles resultados de esta asimilación segmentada: i) Creciente aculturación e integración paralela a la clase media dominante; ii) asimilación a las clases bajas y pobreza permanente; y iii) rápidos avances económicos junto con una deliberada preservación de los valores y solidaridad de la comunidad de origen¹⁷². Sin embargo, esta teoría sólo explica la incorporación de la segunda generación en adelante. A partir de los resultados presentados propongo acá que podría aplicarse también a la primera generación.

Como toda teoría que trata de explicar la incorporación de los inmigrantes a las sociedades de acogida, esta perspectiva trata de establecer cuáles son las posibilidades de desarrollo y de participación de los inmigrantes a partir de sus niveles de educación y ocupación entre otros. Los datos presentados y su análisis demuestran que la incorporación en mercados segmentados tiene efectos reales en la incorporación de los inmigrantes en la sociedad de acogida y por lo tanto va a influir en las posibilidades de desarrollo de los inmigrantes y sus descendientes.

Press, 1998.

¹⁷² Portes, A. y Zhou, M., "The New Second Generation: Segmented Assimilation and Its Variants", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1993, n. 530, pp. 74-96; Zhou, M., "Segmented Assimilation: Issues, Controversies, and Recent Research on the New Second Generation", *International Migration Review*, 1997, vol. 31, n. 4, pp. 975-1008.

6. Bibliografía

- Alonso, M. y Furio Blasco, E., *España: de la emigración a la inmigración*, 2007.
- Canales, A., *E pur si muove: elementos para una teoría de las migraciones en el capitalismo global*, México, Universidad de Guadalajara, 2015.
- Cano, V. y Soffia, M., “Los estudios sobre migración internacional en Chile: Apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada”, *Papeles De Población*, vol.15, n. 61, Toluca, jul./sep., 2009.
- Castles, S., “International migration at a crossroads”, *Citizenship Studies*, 2014, vol. 18, n. 2, pp. 190-207.
- Castles, S., “Understanding Global Migration: A Social Transformation Perspective”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2010, vol. 36, n. 10, pp. 1565-1586.
- Doña Reveco, C. y Mullan, B., “Migration Policy and Development in Chile”, *International Migration*, 2014, vol. 52, n. 5, pp. 1-14.
- Doña-Reveco, C., y Levinson, A., “The Chilean State and the search for a new migration policy”, *Discusiones Públicas*, 2012, vol. 4, n. 1, pp. 67-89.
- Laczko, F. y Brian. T., “North-South migration: A different look at the migration and development debate”, *Migration Policy Practice*, June-July 2013, vol. 3, n. 3, pp.14-19.
- Massey, D., Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A., Pellegrino, A. y Taylor, J.E., *Worlds in Motion: Understanding International Migration at the End of the Millennium*, Oxford, Clarendon Press, 1998.
- Paret, M. & S. Gleeson. “International Migration in Macro-Stratification Perspective: Bringing Power Back In”. *Berkeley Journal of Sociology*. 50: 120-146, 2006.
- Piore, M.J., *Birds of passage: migrant labor and industrial societies*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- Piore, M.J., “The Shifting Grounds for Immigration”. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 1986, vol. 485, n. 1, pp. 23-33.
- Portes, A. y Zhou, M., “The New Second Generation: Segmented Assimilation and Its Variants”, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1993, n. 530, pp. 74-96.
- Saad, P., Miller, T. y Martínez, C., “Impacto de los cambios demográficos en las demandas sectoriales en América Latina”, *Revista Brasileira De Estudos De População*, 2009, vol. 26, n. 2, pp. 237-261.
- Stefoni, C., *Mujeres inmigrantes en Chile: ¿mano de obra o trabajadores con derechos?*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2011.

Staab, S. y Maher, K.H., “The Dual Discourse about Peruvian Domestic Workers in Santiago de Chile: Class, Race, and a Nationalist Project”, *Latin American Politics & Society*, 2006, vol. 48, n. 1, pp. 87-116.

Stefoni, C., *Inmigración peruana en Chile: una oportunidad a la integración*, Santiago de Chile, FLACSO-Chile, 2003.

Stefoni, C., “Mujeres inmigrantes peruanas en Chile”, *Papeles de Población*, 2002, n. 33, pp. 118-145.

Zhou, M., “Segmented Assimilation: Issues, Controversies, and Recent Research on the New Second Generation”, *International Migration Review*, 1997, vol. 31, n. 4, pp. 975-1008.

Web sites

Observatorio Social, Ministerio de Desarrollo Social, República de Chile:

<http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/index.php>

Profesionales contratados a honorarios según Ley n. 18.883: algunas reflexiones sobre su acertado tratamiento jurisprudencial

Ivonne PONCE HEINSOHN*

RESUMEN: Los profesionales a honorarios contratados por las municipalidades en Chile se rigen, según lo estipulado en el artículo 4 de la Ley n. 18.883, por las normas del respectivo convenio que firman. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema mediante el conocimiento de recursos de unificación de jurisprudencia, ha mantenido una línea jurisprudencial en virtud de la cual ha sentenciado que si estas personas en la práctica ejercen funciones bajo un vínculo de subordinación y dependencia, deben ser amparadas por la normativa laboral. Ello, representa un claro avance en la protección que el ordenamiento jurídico puede entregar a los funcionarios que prestan labores a honorarios en la administración pública, quienes están en una clara situación de precariedad respecto a otras personas que prestan servicios para dichos entes.

Palabras clave: Contratación a honorarios, municipalidad, vínculo, subordinación, dependencia, primacía de la realidad.

SUMARIO: 1. Antecedentes previos. 2. Criterios que la Corte Suprema ha considerado para reconocer la existencia de relación laboral en el supuesto de contrataciones bajo el artículo 4 de la Ley n. 18.883. 3. Criterios que la Corte Suprema ha considerado para desconocer la existencia de relación laboral en el supuesto de contrataciones bajo el artículo 4 de la Ley n. 18.883. 4. Consideraciones personales sobre el tratamiento jurisprudencial realizado por la Corte Suprema respecto a los funcionarios contratados a honorarios por las municipalidades. 5. Bibliografía.

* Docente de Práctica Jurídica I, Universidad Bernardo OHiggins, Facultad de Derecho y Comunicación Social, Departamento de Derecho Privado.

Professional fees hired according to the law n. 18.883: Some reflections on its successful case law

ABSTRACT: The professional fees hired by the municipality of Chile are governed by the rules of the corresponding agreement they sign, according to the article 4 of the Law n.18.883. However, the case law of the Supreme Court, through the knowledge of resources of unification of jurisprudence, has been maintained a line of case law and in accordance with it the Supreme Court sentenced the if these people hold roles regulated by a relationship of subordination and dependence, must be covered by the labour standards. This represents an evident progress concerning the protection that the legal system can offer to the official fees hired in the Public Administration, who find themselves into a situation of job precariousness compared to the other people working for these entities.

Key Words: Hiring fees, municipality, relationship of subordination and dependence, primacy of reality.

1. Antecedentes previos

En el ordenamiento jurídico chileno existen normas que habilitan para que los entes de la administración local (municipalidades) contraten personal mediante distintos regímenes jurídicos: Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, Código del Trabajo y prestación de servicios a honorarios regida por la normativa civil^{173 174}.

Bajo esa perspectiva y, para el caso que se analizará en el presente trabajo, conforme lo indica el artículo 4 de la Ley n. 18.883, las municipalidades podrán contratar sobre la base de honorarios bajo tres supuestos:

- a) Cuando se requieran profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la municipalidad.
- b) Cuando se requieran extranjeros que posean título correspondiente a una determinada especialidad.
- c) Cuando se necesite de la prestación de servicios para cometidos específicos.

Las relaciones jurídicas antes mencionadas se regirán por las reglas que establezca el contrato respectivo y no les serán aplicables las disposiciones del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

El motivo que origina el presente análisis, es que los funcionarios a honorarios en la administración del estado de Chile, son los sujetos que se encuentran en la situación más precaria dentro del ámbito de las relaciones de servicios que se pueden dar en el ordenamiento jurídico. Ello, pues si bien en estas relaciones existe una contraprestación dineraria por los servicios, las personas que ejercen funciones en la administración bajo esta forma, no tienen beneficio alguno en materias de seguridad social y, menos aun, estabilidad en su relación contractual. A diferencia de lo que ocurre con el personal contratado por el Estatuto o mediante la normativa laboral.

Ante esa problemática, durante el último año la Corte Suprema de Chile

¹⁷³ La norma jurídica que regula esta materia es la Ley n. 18.883: "Estatuto Administrativo para Funcionarios municipales" (DO 29.12.1989). En particular, en los artículos 1 a 4 que se refieren al personal de planta y contrata regidos por ese estatuto, a los funcionarios de carácter transitorio que se pueden contratar bajo la normativa del Código del Trabajo y respecto a las personas que realizan labores accidentales o específicas que son contratadas a honorarios y sobre los cuales se centra el presente trabajo.

¹⁷⁴ En el ordenamiento jurídico chileno las prestaciones de servicios a honorarios se regulan por lo acordado por las partes o, en su defecto, por las normas del arrendamiento de servicios inmateriales consignadas en el Párrafo Noveno, Título XXVI, del Libro IV del Código Civil.

(Cuarta Sala Laboral) ha dictado una serie de sentencias de unificación de jurisprudencia en los que ha resuelto que, bajo ciertos supuestos, la contratación a honorarios basada en el mencionado artículo 4 de la ley n° 18.883 es verdaderamente una relación laboral que debe ser regulada por el Código del Trabajo¹⁷⁵.

Sin embargo, dicha línea jurisprudencial estuvo precedida de una serie de pronunciamientos en los cuales la Corte Suprema, denegó recursos sobre la misma materia y en base a supuestos de hecho similares. En dichas resoluciones razonaba, a grandes rasgos, que no era posible considerar que existía una relación jurídica laboral dado que las municipalidades solo pueden contratar a personas bajo la regulación del Código del Trabajo bajo ciertos supuestos, según las normas legales que regulan el funcionamiento de esos entes de la administración del estado, lo que no se presentaba en los supuestos de contratación a honorarios.

En consideración a lo señalado y a la importancia que la materia presenta en el ámbito de la efectiva protección que un ordenamiento jurídico le otorga a los trabajadores, es que resulta necesario analizar los criterios utilizados por la Corte Suprema (dictadas en ambos sentidos), sobre todo por la relevancia que en el derecho laboral tienen las sentencias dictadas ante la presentación de un recurso de unificación de jurisprudencia laboral.

2. Criterios que la Corte Suprema ha considerado para reconocer la existencia de relación laboral en el supuesto de contrataciones bajo el artículo 4 de la Ley n. 18.883

Antes de analizar los criterios que ha utilizado la Corte Suprema para determinar que existe una relación laboral y no un contrato a honorarios, se hace necesario manifestar o más bien explicitar la relevancia que tiene en, el ordenamiento jurídico laboral, que estas sentencias se hayan dictado ante el conocimiento de recursos de unificación de jurisprudencia.

El recurso de unificación de jurisprudencia se incorporó a la normativa

¹⁷⁵ En este punto es necesario hacer presente que con fecha 5 de agosto de 2015, en los autos caratulados Pradines con Ilustre Municipalidad de San Juan de la Costa (rol 24.904-2014) la Cuarta Sala Laboral de la Corte Suprema considera que funcionarios a honorarios se rigen por su respectivo contrato, entendiendo que no es posible declarar que existe una relación laboral, provocando así un quiebre en esa línea jurisprudencial. Con posterioridad continúa dictando fallos en los que reconoce relación laboral bajo supuestos similares, los que serán analizados en el presente trabajo.

laboral chilena en el año 2008 mediante la Ley n. 20.260¹⁷⁶ que introdujo una serie de modificaciones al Código del Trabajo. Dicho recurso tiene por finalidad obtener una interpretación uniforme por parte de la Corte Suprema para que, en definitiva, fije el sentido y el alcance de las normas laborales¹⁷⁷, cuando existan interpretaciones contradictorias sobre una idéntica materia de derecho por uno o más fallos firmes emanados de los tribunales superiores de justicia¹⁷⁸.

Así, queda en evidencia la importancia de los pronunciamientos de la Corte Suprema respecto a los profesionales a honorarios que se desempeñan en la administración local. Dichos pronunciamientos han tenido como base esencial el determinar si existe en la práctica un vínculo de subordinación y dependencia para dar aplicación a la presunción del artículo 8 inciso primero del Código del Trabajo¹⁷⁹.

Los supuestos de hecho son similares en estos casos, por regla general, se trata de funcionarios a honorarios contratados en virtud del artículo 4 de la ley n. 18.883 que se desempeñan por un lapso de tiempo prolongado en un ente municipal. Sus funciones por regla general la realizaban debiendo cumplir obligaciones, tales como, asistencia, horario, cumplimiento de directrices, entre otras.

La última sentencia dictada en esta materia, data de fecha 28 de abril de 2016, caratulada “Candia con Ilustre Municipalidad de Talca”, causa rol n. 7.091-2015¹⁸⁰. En dicha resolución se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia en base a las interpretaciones contradictorias que existen en la materia, siendo los argumentos principales para acoger el recurso:

¹⁷⁶ DO 29.03.2008.

¹⁷⁷ Historia de la Ley n. 20.260, p. 218. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=270178> (fecha última consulta: 24.08.2016).

¹⁷⁸ Véase, respecto al recurso de unificación de jurisprudencia: Lanata Fuenzalida, G., *El Sistema de Recursos en el Proceso Laboral Chileno*, Abeledo Perrot, LegalPublishing, Santiago, 2011, pp. 259 a 288.

¹⁷⁹ Art. 7. Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

Art. 8. Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.

¹⁸⁰ Amelia Candia González y la municipalidad de Talca mantuvieron un vínculo contractual, desde marzo de 2009 a diciembre de 2011, el cual se concretó a través de diversos contratos a plazo fijo y a partir de enero de 2012 y hasta agosto de 2014 en honorarios; cumpliendo las instrucciones y los horarios que dispuso la demandada, la que supervisó sus faenas; percibiendo mensualmente una remuneración y desempeñándose siempre en las mismas labores, pues sólo cambiaba el lugar (considerando 1º sentencia de reemplazo).

a) Que conforme a lo señalado en el artículo 1 del Código del Trabajo corresponde aplicar las normas que contiene el referido estatuto a todos los vínculos de orden laboral que se generen entre empleadores y trabajadores, debiendo entenderse por tal aquellos que reúnen las características que surgen de la definición de contrato de trabajo que consigna el artículo 7 del Código del Trabajo¹⁸¹ (considerando sexto).

b) La contratación a honorarios que puede realizar la municipalidad se encuentra regulada por el artículo 4 de la ley 18.883 y dice relación con una modalidad de servicios particulares, respecto a personas que desarrollan labores accidentales y no habituales de la municipalidad (considerando sexto). Sin embargo, manifiesta en el considerando séptimo que *“si una persona se incorpora a la dotación de una municipalidad bajo la modalidad contemplada en el artículo 4 de la Ley n. 18.883, pero, no obstante ello, en la práctica presta un determinado servicio que no tiene la característica específica y particular que expresa dicha norma, o que tampoco se desarrolla en las condiciones de temporalidad que indica, corresponde aplicar el Código del Trabajo si los servicios se han prestado bajo los supuestos fácticos ya señalados en el motivo anterior, que importan un concepto, para este caso, de subordinación clásico, esto es, a través de la verificación de indicios materiales que dan cuenta del cumplimiento de las ordenes, condiciones y fines que el empleador establece, y que conducen necesariamente a la conclusión que es de orden laboral. Lo anterior, porque dicho código constituye la regla general en el ámbito de las relaciones laborales, y, además, porque una conclusión en sentido contrario significaría admitir que, no obstante concurrir todos los elementos de un contrato de trabajo, el trabajador queda al margen del Estatuto Laboral, en una situación de precariedad que no tiene justificación alguna”*. En el caso en comento, en los considerandos octavo y noveno de la sentencia, se deja de manifiesto cómo de los supuestos fácticos se desprende que la demandante desarrolló sus labores bajo un vínculo de subordinación y dependencia.

c) Por otra parte, deja latente que a las personas contratadas a honorarios en una municipalidad se les aplica el ordenamiento laboral “siempre y cuando, se advierta que la labor que desempeñan no se enmarca dentro del tipo que el referido artículo 4 de la Ley n. 18.883 ordena – específicos y acotados en el tiempo – y se acredita, como se estableció precedentemente, la concurrencia de los requisitos que enumera el artículo 7 del Código del Trabajo – subordinación y dependencia –” (considerando décimo).

Por otra parte, la Cuarta Sala Laboral de la Corte Suprema ha utilizado otros argumentos para aplicar la normativa laboral a supuestas

¹⁸¹ Véase nota al pie n. 7.

contrataciones a honorarios cuando en la práctica implican una relación de trabajo. Entre ellos encontramos los siguientes:

- a) En los autos caratulados “Elgueta con Municipalidad de Talca”, causa rol n. 5.699-2015, la Corte Suprema ha sostenido que por aplicación del artículo 1 del Código del Trabajo¹⁸² y mediante la aplicación de la regla de interpretación a *contrario sensu*, se someten al Código del Trabajo y leyes complementarias los funcionarios de la Administración del Estado que no se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Es decir, “si se trata de una persona natural que no se encuentra sometida a estatuto especial, sea porque no ingresó a prestar servicios en la forma que dicha normativa especial prevé, o porque tampoco lo hizo en las condiciones que esa preceptiva establece – planta, contrata, suplente –, *inconscuso resulta que la disyuntiva se orienta hacia la aplicación del Código del Trabajo*, conclusión que deriva que en el caso se invoca el artículo 4 de la Ley n. 18.883, norma que, sustrayéndose del marco jurídico estatutario que establece para los funcionarios que regula, permite contratar sobre la base de honorarios en las condiciones que allí se describen y que se consignaron en el fundamento quinto, en especial, su inciso segundo, las que, en general, se asimilan al arrendamiento de servicios personales regulado en el Código Civil y *que, ausentes, excluyen de su ámbito las vinculaciones pertinentes, correspondiendo subsumirlas en la normativa del Código del Trabajo en el evento que se presenten los rasgos característicos de este tipo de relaciones – prestación de servicios personales, bajo subordinación y dependencia y a cambio de una remuneración*, según ya se dijo –, por cuanto la vigencia del Código del Trabajo, constituye la regla general en este tipo de relaciones personales y porque además, tratándose de un órgano de la administración del Estado, debe someter su actuar al principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República” (considerando noveno).
- b) En la misma sentencia citada anteriormente, expresa como en estos casos debe aplicarse el principio de primacía de la realidad que impera en el ordenamiento jurídico laboral señalando que “para determinar qué

¹⁸² Art. 1. Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias. Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos. Los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este Código.

estatuto es el aplicable a una persona que se desempeña en una Municipalidad – el que fija el respectivo contrato de honorarios, según lo indica el inciso final del artículo 4 de la Ley n. 18.883, o el que establece el Código del Trabajo, como se pretende, por la contra excepción consagrada en el inciso 3 de su artículo 1- *no corresponde considerar únicamente los términos de los respectivos documentos conforme a los cuales los trabajadores se incorporaron a la dotación municipal, tampoco los acuerdos arribados por las partes, sino lo que sucede en la práctica; criterio protector que la doctrina laboral denomina la primacía de la realidad*”, y cuya principal expresión se da “(...) cuando se contrata a un trabajador dependiente con la apariencia de ser uno independiente a honorarios, lo que obliga a establecer la verdadera naturaleza de la prestación a través de un análisis completo y razonable de la prueba sometida a conocimiento del juzgador” (considerando décimo quinto).

En este punto y antes de analizar los criterios de la Corte Suprema que negaron la existencia de relación laboral en supuestos similares, es preciso señalar, que la sentencia que dio origen a la línea jurisprudencial analizada es la dictada con fecha 1 de abril de 2015, en los autos caratulados “Vial con Municipalidad de Santiago”, causa rol n. 11.584 – 2014, cuyos argumentos son similares a los analizados, principalmente aquellos que constan en los autos “Elgueta con Municipalidad de Talca” recién transcritos.

3. Criterios que la Corte Suprema ha considerado para desconocer la existencia de relación laboral en el supuesto de contrataciones bajo el artículo 4 de la Ley n. 18.883

Ahora bien, tal como se ha expresado anteriormente, antes que se dictara la sentencia en los autos caratulados “Vial con Municipalidad de Santiago”, la Corte Suprema otorgaba una interpretación que se podría considerar más legalista o civilista respecto de la posible existencia en la realidad de una relación laboral frente a la existencia previa de un contrato a honorarios, aplicando inclusive la doctrina de los actos propios de marcado carácter civil a materias laborales¹⁸³.

En ese sentido, se manifiesta también uno de los quiebres en la línea jurisprudencial revisada en el punto anterior, el cual llevó a pensar que nuevamente existiría desprotección respecto a aquellos funcionarios

¹⁸³ Véase respecto a este punto: Caamaño Rojo, E., “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 2009, pp. 261-280.

contratados a honorarios en las municipalidades pero que en la práctica ejercen funciones bajo vínculo de subordinación y dependencia. Es el caso de la sentencia dictada en los autos “Pradines con Ilustre Municipalidad de San Juan de la Costa”, causa rol n. 24.904-2014, de fecha 5 de agosto de 2015. En esa resolución se niega el carácter de laboral a una prestación (supuestamente) a honorarios, principalmente, por los siguientes motivos:

a) Primero, consideran el tenor literal del artículo 4 de la Ley n. 18.883, que sostiene “las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato” y de la disposición contenida en el artículo 1 del Código del Trabajo, que previene que sus normas “no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquéllas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial”. De lo cual discurren que al ser la Municipalidad de San Juan de la Costa integra la Administración del Estado, conforme lo dice el artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional n. 18.575, sus relaciones con el personal que presta servicios en ella se sujetan a las disposiciones del Estatuto Administrativo Municipal, en virtud de lo ordenado por el artículo 1 de este mismo cuerpo de leyes (considerando quinto y sexto).

b) Que las disposiciones señaladas recogen, a su turno, la declaración formulada por el artículo 12 de la aludida Ley Orgánica Constitucional n. 18.575, en orden a que “el personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones.” Por lo cual resulta preciso considerar, que en virtud del principio de legalidad de la acción del Estado que enuncian los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, según el cual los órganos estatales no tienen más atribuciones que las conferidas expresamente por las leyes y que recoge, asimismo, el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, “*impide a los Municipios contratar personal sujeto al Código del Trabajo fuera de los casos específicamente señalados por la ley*, como ocurre en las situaciones a que alude el artículo 3 del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales” (considerando séptimo y octavo).

c) Que en estos casos, no puede recibir aplicación la regla que se consigna en el inciso tercero del artículo 1 del Código del Trabajo, según la cual, “los trabajadores” de las entidades señaladas en el inciso precedente –

entre ellas las que integran la Administración del Estado – se sujetará a las normas de dicho Código en las materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos, en la medida en que los actores precisamente no tenían la calidad de funcionarios o trabajadores del Municipio demandado, sino la de contratados sobre la base de honorarios de acuerdo con el artículo 4 de la referida Ley n. 18.883, la que excluye la condición de funcionarios afectos a este Estatuto Administrativo y los somete exclusivamente a las normas contenidas en el respectivo contrato de prestación de servicios (considerando noveno). En este punto, es menester señalar que en otros considerando llega a la conclusión que bajo ningún supuesto se puede considerar que las personas que prestan servicios a honorarios puedan ser considerados funcionarios públicos (considerando cuarto).

Similares argumentos, principalmente los relacionados con la imposibilidad desde el punto de vista legal de contratar a personas bajo la normativa laboral cuando no se encuentran en la situación del artículo 3 de la ley n. 18.883, se utilizaron en otras sentencias que denegaron la existencia de relación laboral pese a la existencia de indicios de subordinación, tales como: Soto con Municipalidad de Curicó, causa rol n. 3.310-2011, Zapata con Municipalidad de Maipú, causa rol n. 319-2010, entre otras.

4. Consideraciones personales sobre el tratamiento jurisprudencial realizado por la Corte Suprema respecto a los funcionarios contratados a honorarios por las municipalidades

Antes de analizar la apreciación personal respecto a la materia, es preciso señalar, que la calificación de ciertas relaciones que surgen a honorarios como relaciones regidas por el Código del Trabajo no implican en medida alguna (en palabras de la Corte Suprema) “desconocer la facultad de la administración para contratar bajo el régimen de honorarios que consulta el artículo 4 de la Ley n. 18.883, esto es, cuando necesite de profesionales o técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias y que deban realizar labores accidentales, no habituales, o se trate de la prestación de servicios para cometidos específicos “(...) siempre que el contrato a honorarios sea manifestación de un mecanismo de prestación de servicios, a través del cual la administración municipal, pueda contar con la asesoría de expertos en determinadas materias, cuando necesita llevar a cabo labores propias y que presentan el carácter de ocasional, específico, puntual y no habituales” (Considerando décimo, sentencia “Elgueta con Municipalidad de Talca”, causa rol n. 5.699-2015).

Así, el problema en cuestión es que existen situaciones en las que sujetos particulares suscriben contratos a honorarios con entes de la administración, pero dichas relaciones carecen de accidentalidad o no se refieren a servicios específicos (como lo exige el artículo 4 de la ley n. 18.881). Asimismo, en base a esos contratos están obligados a cumplir horarios, someter su actuar al cumplimiento de instrucciones, control de asistencia, permanencia en las dependencias municipales, autorización para ausentarse de sus funciones y otros deberes que discurren de una prestación a honorarios y que son claros indicios de la existencia de una relación laboral. Es más, por regla general, dichas funciones en ningún caso son accidentales o transitorias al prolongarse por años.

A mayor abundamiento, las obligaciones antes mencionadas difieren sustancialmente de aquellas que se encuentran presentes en una prestación de servicios a honorarios, en los cuales se contrata a una persona para la realización de un producto o servicio con prescindencia de horarios o lugar de prestación y en el cual se parte de la libertad que tiene el profesional para ejecutar los servicios.

En los casos antes mencionados (y en los contenidos en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema), se está claramente frente a un supuesto de subordinación al existir el cumplimiento por parte del sujeto contratado de obligaciones de puesta a disposición y de fiscalización¹⁸⁴.

Teniendo en cuenta lo analizado, las sentencias de la Corte Suprema que reconocen el vínculo laboral, aplican adecuadamente la normativa del ramo sobre todo en consideración a la finalidad protectora que ostenta¹⁸⁵.

Lo señalado no solo se basa en la correcta aplicación del principio protector, si no que se basa en otras consideraciones tales como:

a) *Aplicación supletoria del Código del Trabajo*: Procede según lo estipulado en el artículo 1 del Código del Trabajo, ya que los funcionarios a honorarios no se rigen en sus relaciones con la administración local por ninguna normal especial, siendo su base solo lo contenido en el contrato. Así, estas prestaciones no están reguladas por el estatuto administrativo para funcionarios municipales (el artículo 4 de la ley 18.883 lo dice expresamente), ni por otra norma dentro de la regulación pública. Ante ello al ser una prestación de servicios entre privados resulta

¹⁸⁴ Véase respecto a esta clasificación: Gamonal Contreras, S. y Guidi Moggia, C., *Manual del Contrato de Trabajo*, Thomson Reuters, LegalPublishing, Santiago, 2012, p. 33. En este punto resulta útil mencionar que en el ordenamiento jurídico chileno no existe un concepto de subordinación si no que los tribunales actúan mediante la técnica de indicios que revelan la posición de dependencia de un sujeto (trabajador) frente al empleador.

¹⁸⁵ En el mismo sentido se pronuncian: Walker Errazuriz, F. y Arellano Ortíz, P., *Derecho Individual del Trabajo, Tomo I*, Librotecnia, Santiago, 2016, p. 146.

completamente procedente la aplicación de la normativa laboral. Entender que los funcionarios a honorarios solo se encuentran regidos por su respectivo contrato y que ese es su estatuto especial, implica dejar bajo completa indefensión a estas personas sobre todo si respecto a ellos se presenta alguna de las situaciones de subordinación y dependencia contempladas en el artículo 7 de dicha normativa.

b) *Primacía de la realidad*: En virtud de este principio “ante posible situación de abusos se va a preferir lo que suceda en los hechos por sobre las formas, formalidades o apariencias”¹⁸⁶. En los casos que se analizan, la normativa que regula a las municipalidades les permite contratar a honorarios a sujetos sólo para labores accidentales o para cometidos específicos, sin embargo, cuando en la práctica carecen de esas características y además se presentan indicios de subordinación o dependencia, es imperativo aplicar en virtud de este principio la presunción de existencia de relación laboral del artículo 8 del Código del Trabajo.

c) *Correcta interpretación del principio de legalidad en esta materia*: La alegación recurrente por parte de las municipalidades (y en algunas ocasiones aceptadas por la Corte Suprema), versa sobre la posibilidad legal que ellas tienen de contratar a profesionales bajo la normativa laboral. Así, sostienen, a grandes rasgos, que en base a su estatuto (ley n. 18.883) no pueden contratar otras prestaciones reguladas por el Código del Trabajo, salvo en los supuestos en que se les habilita expresamente.

Ahora bien, es una cuestión indiscutida que en virtud del principio de legalidad la actuación de la administración debe realizarse previa habilitación o apoderamiento para actuar, dentro de su competencia y sin más atribuciones y potestades que las que les confiera la normativa vigente¹⁸⁷. No obstante ello, este principio o más bien dicho el cumplimiento estricto de él no puede implicar que los órganos de la administración puedan sustraer su actuar al resto de las normas del ordenamiento jurídico y verse eximidos de la presunción de existencia de relación laboral del artículo 8 del Código del Trabajo, la cual no contempla excepciones (menos aún por el tipo de personas que intervengan en la relación laboral).

Entenderlo de otra manera implicaría que los funcionarios a honorarios contratados por la administración del estado se encontrarían en una escala distinta a las otras personas contratadas a honorarios dentro del

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹⁸⁷ Cfr., Bermúdez Soto, J., *Derecho Administrativo General*, Abeledo Perrot, LegalPublishing, Santiago, 2010, pp. 49-51.

ordenamiento jurídico. Así, se puede plantear el siguiente escenario: un funcionario a honorarios que debe cumplir horarios, seguir instrucciones, presenta demanda ante un tribunal laboral y al no existir norma alguna como en el caso de las municipalidades, puede ser declarado trabajador con todos los derechos que ello implica, pero una persona contratada a honorarios por la administración local tendría vedada esa posibilidad atendido la existencia de una norma jurídica¹⁸⁸.

d) *Orden público laboral*: En directa relación con lo señalado en el acápite anterior, la línea jurisprudencial seguida en el último tiempo por la Corte Suprema, es acorde al orden público laboral. En virtud de este concepto, se busca impedir los abusos que puedan derivar de la disparidad del poder socioeconómico entre cada trabajador y su empleador¹⁸⁹. Esta idea conlleva en la práctica que las leyes laborales en caso de conflicto con un precepto procedente de otra fuente del derecho (en este caso las atribuciones legales de las municipales) ostentan un rango superior, salvo cuando la otra norma sea más favorable al trabajador¹⁹⁰. En estos casos, entender que prima la ley n. 18.883 por sobre la normativa laboral significa dejar en clara desventaja a aquellos funcionarios contratados bajo el supuesto de honorarios pero que desarrollan sus funciones bajo subordinación y dependencia.

e) *Elemento sistemático de interpretación*: La interpretación realizada por la Corte Suprema en los casos que reconoce la existencia de relación laboral respecto a situaciones que se originaron como prestaciones a honorarios, responde de mejor manera a la idea de coherencia que debe existir en el ordenamiento jurídico. En especial a lo que indica el elemento de interpretación sistemático, el cual impone al intérprete la labor de buscar la debida correspondencia entre la norma interpretada y la legislación existente¹⁹¹; en este caso la debida correspondencia entre lo contemplado en el artículo 4 de la ley n. 18.883 y la normativa laboral.

Finalmente, habiendo dejado latente la rectitud del tratamiento jurisprudencial que está realizando la Corte Suprema respecto a los funcionarios a honorarios que ejercen funciones para las municipalidades,

¹⁸⁸ En este sentido, la propia Corte Suprema, ha utilizado el principio de legalidad precisamente para señalar que los órganos de la administración debe someter su acción también a la normativa laboral. Véase en este texto los argumentos esgrimidos en el fallo “Elgueta con Municipalidad de Talca”.

¹⁸⁹ Thayer Arteaga, W. y Novoa Fuenzalida, P., *Manual del Derecho del Trabajo, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 34.

¹⁹⁰ Cfr., Camerlynck y Lyon-Caen citados en: Gamonal Contreras, S., *Fundamentos de Derecho Laboral*, Thomsom Reuters, La Ley, Santiago, 2014, p. 26.

¹⁹¹ Cfr., Ducci Claro, C., *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 93.

es preciso mencionar que se lograría una mejor protección si existiera un cambio legal que transparentara la situación que se presenta respecto a los funcionarios a honorarios en el sector de la administración pública. De lo contrario, aquellas situaciones como las analizadas en el presente trabajo solo encontrarán el amparo debido, mediante la interpretación judicial de la Corte Suprema con los costos que ello implica para un trabajador que debe llegar a esas instancias para ver protegidos sus derechos¹⁹².

5. Bibliografía

- Bermúdez Soto, J., *Derecho Administrativo General*, Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, 2010.
- Caamaño Rojo, E., “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII, 2009.
- Gamonal Contreras, S. y Guidi Moggia, C., *Manual del Contrato de Trabajo*, Thomsom Reuters, Legal Publishing, Santiago, 2012.
- Gamonal Contreras, S., *Fundamentos de Derecho Laboral*, Thomsom Reuters, La Ley, Santiago, 2014.
- Lanata Fuenzalida, G., *El Sistema de Recursos en el Proceso Laboral Chileno*, Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, 2011.
- Thayer Arteaga, W. y Novoa Fuenzalida, P., *Manual del Derecho del Trabajo, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- Walker Errazuriz, F. y Arellano Ortíz, P., *Derecho Individual del Trabajo, Tomo I*, Librotecnia, Santiago, 2016.

¹⁹² En este sentido resultan alentadoras las recientes sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 2 de junio de 2016, en causa rol n. 120-2016, en la cual aplica la línea jurisprudencial que ha seguido la Corte Suprema, citando expresamente en el considerando quinto de la sentencia a lo contemplado por dicho tribunal en la sentencia “Vial con Municipalidad de Santiago”, causa rol n. 11.584-2014. Por otra parte, el Juzgado de Letras de la ciudad de Osorno ha resuelto en el mismo sentido en sentencia de fecha 27 de julio de 2016, en Lefenda con Municipalidad de Purranque, causa rol n. O-80-2016, en la cual también se hace alusión a la línea jurisprudencial seguida actualmente por la Corte Suprema en esta materia.

Los trabajadores independientes en el sistema de seguridad social chileno

María Soledad JOFRÉ BUSTOS*

RESUMEN: En este trabajo se abordará la situación de los trabajadores independientes en el sistema de seguridad social chileno, teniendo como objetivos, en primer lugar, intentar dar un concepto de trabajador independiente que sea aplicable a la realidad, y así poder entender quienes se incorporan a sistema pero también a quiénes se excluye, y en segundo lugar, dar cuenta de la regulación que existe en el ordenamiento jurídico chileno respecto de este grupo, presentando los problemas y desafíos que pueden observarse atendiendo el estado actual de las relaciones de trabajo en Chile.

Palabras clave: Trabajador independiente, sistema de Seguridad Social.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Delimitación del concepto de trabajador independiente. 2.1. Nuevos supuestos para la determinación de trabajador dependiente o independiente. 2.2. El concepto de trabajador independiente para la Seguridad Social en Chile. 3. Marco regulatorio de los trabajadores independientes en el sistema jurídico chileno de seguridad social. 3.1. Regulación actual para los trabajadores independientes 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Talca, Chile, Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, por la Universidad de Talca y la Universidad de Valencia.

Independent workers at the Chilean social security system

ABSTRACT: This work will address the situation of independent workers at the Chilean social security system, having as purposes, firstly, to give a concept of independent worker that can be applicable to the real scenario, to help understand who are incorporated to the system but also who are excluded, and secondly, give account of the existing regulation regarding this group at the Chilean juridical system, presenting the problems and challenges that can be observed, considering the current state of labor relationships in Chile.

Key Words: Independent workers, Social Security.

1. Introducción

La ley n. 20.894 del 26 de enero de 2016, prorrogó la entrada en vigencia de la obligación de los trabajadores independientes a cotizar en el sistema de seguridad social, específicamente en el régimen de pensiones y de salud común y laboral.

Tal obligación había sido incorporada a través de la reforma previsional del año 2008¹⁹³, la que presentaba como uno de sus grandes avances la ampliación de la cobertura subjetiva del sistema de seguridad social a través de la inclusión de este grupo, el que hasta esa fecha sólo podía ingresar al sistema de forma voluntaria, ya que la obligatoriedad de la afiliación estaba restringida sólo para los trabajadores formales, es decir, sujetos a subordinación o dependientes.

La cotización obligatoria se implementaría de forma progresiva, culminando el año 2015, fecha en la cual todos los trabajadores independientes que declararan renta debían estar afiliados al sistema previsional, y durante el período intermedio se podía ejercer la opción de “renunciar a cotizar” al momento de realizar la declaración de impuestos respectiva.

Sin embargo, esta incorporación progresiva no obtuvo buenos resultados, demostrándose que sólo un porcentaje menor se afilió voluntariamente durante este período de marcha blanca, y que la gran mayoría de trabajadores independientes eludieron la cotización previsional, demostrando así la resistencia que existe por parte de este sector de incorporarse al sistema de seguridad social vigente¹⁹⁴, y que la inclusión y protección efectiva de los trabajadores independientes en el sistema chileno sigue siendo una materia problemática.

En este trabajo se abordará la situación de los trabajadores independientes

¹⁹³ Que entró en vigencia con la ley n. 20.255. Sin embargo, la calificación de reforma de esta ley resulta bastante cuestionable, por cuanto no modificó las bases del sistema previsional vigente en Chile a partir del año 1980, el que se caracteriza por ser un régimen de capitalización individual. En efecto, y sin perjuicio de introducir mejoras en algunos aspectos importantes del sistema, como su cobertura subjetiva, se siguen manteniendo sus bases. En el mismo sentido ver Cifuentes Lillo, H., Arellano Ortiz, P. y Walker Errázuriz, F., *Seguridad Social. Parte general y pensiones*, Librotecnia, Santiago, 2013, pp. 217 y ss.

¹⁹⁴ “La posibilidad de renunciar a la obligación de cotizar finalizó en la Operación Renta del año 2015, lo que obligará, a partir de la Operación Renta del año 2016, a un universo significativo de trabajadores independientes a honorarios, que consistentemente han efectuado su renuncia a cotizar, a hacerlo por el 100% de su renta imponible”. Mensaje de la ley n. 20.894, Historia de la ley, disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4824/>.

en el sistema de seguridad social chileno, intentando en primer lugar entregar un concepto de trabajador independiente que sea aplicable a la realidad, y así poder entender quienes se incorporan al sistema pero también a quiénes se excluye, y en segundo lugar, dar cuenta de la regulación que existe en el ordenamiento jurídico chileno respecto de este grupo, presentando los problemas y desafíos que se observan, atendiendo el estado actual de las relaciones de trabajo en Chile.

2. Delimitación del concepto de trabajador independiente

El código del trabajo define en su artículo 3° al trabajador independiente, señalando que es aquel que no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia. Además, existen otras normas legales que hacen referencia a este concepto¹⁹⁵.

Sin embargo, el concepto de trabajador independiente o autónomo¹⁹⁶ ha sido desarrollado por la doctrina nacional¹⁹⁷ y extranjera¹⁹⁸, estableciéndose las complejidades que involucra su delimitación y la identificación de los trabajadores incluidos y excluidos de dicha

¹⁹⁵ Por ejemplo, el artículo 216 letra c) del código del trabajo, define al Sindicato de trabajadores independientes como aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno. A su vez, el artículo 42 de la ley sobre impuesto a la renta, se refiere al impuesto que deben tributar los trabajadores independientes. Al respecto ver Cifuentes L., H., “Afilación obligatoria de los trabajadores independientes”, en *Reforma Previsional*, Legal Publishing, Santiago, 2007, p. 71.

¹⁹⁶ “(...) no existe una concepción única de trabajador independiente: la doctrina utiliza a menudo como sinónimos los términos de trabajador autónomo o de trabajador por cuenta ajena. Por lo tanto, la definición de la noción de trabajador independiente está lejos de ser fácil, porque establecer si pertenecen a la economía formal o no, es muy aventurado. La frontera de la formalidad, para estos trabajadores, es muy difícil de trazar”. Ver Cifuentes Lillo, H., Arellano Ortiz, P. y Walker Errázuriz, F., *op. cit.*, p. 70.

¹⁹⁷ “Por consiguiente, el trabajo autónomo no constituye una categoría general y unitaria, sino una abstracción teórica que incluye regímenes jurídicos múltiples y fragmentarios, por lo que constituye un fenómeno complejo y diversificado”. Caamaño R., E., “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo”, en *Revista Laboral Chilena*, diciembre 2004, p. 65.

¹⁹⁸ “Un trabajo autónomo, en definitiva, en el que coexiste una diversidad de figuras que abarcan desde los trabajadores autónomos propiamente dichos a los *autónomos dependientes* en su capacidad de decisión o su poder de mercado, desde los profesionales liberales a los emprendedores con o sin trabajadores a su servicio, y desde los agentes mercantiles o comerciales, a los administradores de sociedades mercantiles, los transportistas o los socios de cooperativas de trabajo asociado”. Cruz Villalón, J. y otros, *Un estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, p. 26.

clasificación, así como los problemas que de dicha limitación se generan, por cuanto determinará la aplicación o no del régimen protector del derecho del trabajo y también de la seguridad social.

Así, tradicionalmente se ha asociado al concepto de subordinación y dependencia laboral, entendiéndose que será trabajador independiente aquél que no se encuentra subordinado a un empleador, es decir, que en su actividad laboral no se verifica el cumplimiento del elemento típico del contrato de trabajo¹⁹⁹.

El problema que plantea dicha vinculación, es que en la actualidad es cada vez más difícil delimitar claramente la presencia de subordinación o dependencia. En efecto, dicha identificación ya no depende necesariamente de estar sujeto o no a un contrato de trabajo, por cuanto la forma de realizar y entender la actividad laboral ha cambiado drásticamente en las últimas décadas, producto de las nuevas formas de producción empresarial y de fenómenos como la descentralización productiva, la incorporación de nuevas tecnologías y la aplicación de diversos estatutos jurídicos a los trabajadores.

De esta manera, se hace más complejo determinar quiénes son trabajadores dependientes y por lo tanto están protegidos por la legislación social, y quienes en consecuencia deberán ser excluidos de la misma. Ello ha obligado a ampliar el concepto de subordinación laboral, para poder incorporar a nuevos grupos de trabajadores que bajo un concepto tradicional de dependencia, quedarían excluidos de acuerdo a la realidad del trabajo actual.

La tendencia en el derecho del trabajo ha sido entonces, la de extender su ámbito de aplicación, incorporando nuevas categorías de trabajadores que, sin estar sujetos a una subordinación en sentido estricto, necesitan estar protegidos por la regulación laboral y de seguridad social, como son los trabajadores parasubordinados o económicamente dependientes, por ejemplo²⁰⁰.

El ordenamiento jurídico chileno no se encuentra ajeno a esta nueva

¹⁹⁹ “Ahora bien, es interesante señalar que el trabajo autónomo o independiente es definido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos por la vía de la exclusión, es decir, se entiende por tal a todo aquel que no es trabajo subordinado, lo que es también una consecuencia de la noción tradicional o clásica del Derecho del Trabajo que se centra en la figura del trabajador subordinado”. Caamaño Rojo, E., *op. cit.*, p. 65.

²⁰⁰ “La concepción tradicional es la de que la legislación laboral sólo es aplicable en los casos en que el trabajador se encuentra en una situación de subordinación estricta. Sin embargo, el grupo de expertos defiende la idea de que es oportuno ampliar este campo de aplicación en algunos casos, con el objetivo de incluir otros tipos de contrato, y, relaciones laborales”. Supiot, A. (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 62.

realidad laboral, y sin perjuicio de que normativamente no se ha modificado el concepto de trabajador independiente a estos nuevos supuestos productivos o económicos, sí pueden observarse situaciones en las cuales se hace necesario el efecto expansivo del derecho del trabajo.

2.1. Nuevos supuestos para la determinación de trabajador dependiente o independiente

Un grupo que tradicionalmente ha quedado fuera de la protección laboral debido a su clasificación dentro del concepto de trabajador independiente, es el que se encuentra sujeto a un contrato a honorarios dentro de la Administración Pública del Estado²⁰¹.

Sin perjuicio de que la normativa vigente permite la contratación a honorarios, el aumento progresivo de este tipo de vinculación jurídica ha originado el cuestionamiento de su utilización en supuestos distintos a los señalados en el Estatuto Administrativo, particularmente cuando no se trata de funciones accidentales sino permanentes, y en las que en definitiva, existe claramente subordinación laboral²⁰².

La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha confirmado que, en los supuestos en que un trabajador se encuentre formalmente sujeto a un contrato a honorarios, pero pueda acreditar la existencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, dicha relación jurídica deberá calificarse como laboral, y por lo tanto será aplicable toda la legislación laboral y de seguridad social²⁰³.

También es posible observar supuestos en los cuales la relación jurídica entre trabajador y empleador se presenta bajo la modalidad de honorarios

²⁰¹ El artículo 11 de la ley n. 18.834 sobre Estatuto Administrativo, señala que: “Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean habituales de la institución, mediante la resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera. Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios específicos conforme a las normas generales. Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

²⁰² La doctrina señala que en estos casos se trataría de un “falso honorario”, debiendo declararse el carácter laboral de dicha vinculación. Ver Varas Marchant, K., *Laboralización de la función pública: admisión de personal laboral*, *Estudios Laborales*, n. 9, Legal Publishing, Santiago, 2013, p.153.

²⁰³ Ver sentencia de Recurso de Unificación de Jurisprudencia, Corte Suprema, Rol: 11.584-2011, de 1 de abril de 2015. Disponible en: www.poderjudicial.cl.

pero ya no en el marco de la Administración Pública, sino dentro de relaciones entre particulares, en las cuales se intenta disfrazar una verdadera relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios regulado por el derecho civil. En estos supuestos, también será posible calificar la relación como laboral y aplicar su ámbito de protección, siempre y cuando pueda acreditarse la existencia de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo²⁰⁴.

El problema que puede observarse en ambos supuestos, es que la apariencia de una forma jurídica diferente a la laboral se utiliza precisamente con el objetivo de no hacer aplicables las normas del derecho del trabajo y de la seguridad social, configurándose de esa manera en una simulación contractual, y que tiene como resultado la exclusión de trabajadores que en atención a la naturaleza de la prestación de servicios que desarrollan deberían clasificarse como trabajadores dependientes.

Otro fenómeno interesante que se ha presentado en la discusión nacional recientemente, es la aparición en el mercado chileno de la empresa de transporte que funciona a través la aplicación telefónica Uber, que con su innovadora estructura productiva²⁰⁵ ha obligado a preguntarse sobre los límites del trabajo subordinado e independiente en los países donde funciona. En efecto, se trata de un fenómeno que ha sido analizado desde el derecho comparado, entendiendo que estas nuevas tecnologías obligan a ampliar el concepto de trabajador dependiente para poder hacer extensivo el ámbito de aplicación del derecho del trabajo, a través de nuevas categorías, las que si bien no cumplen con el concepto de subordinación laboral en sentido estricto, tampoco pueden ser excluidos abiertamente de dicha noción²⁰⁶.

²⁰⁴ “Que acreditado que se cumplen los requisitos señalados en el artículo 7° del Código del Trabajo, por cuanto ambas partes se obligaron recíprocamente, el demandante a prestar servicios personales bajo vínculo de subordinación y dependencia y la demandada a pagar por estos servicios una remuneración determinada, es claro que el vínculo que unió a las partes es de carácter laboral, no siendo óbice para ello la emisión por parte del actora de boletas de honorarios ni la suscripción de un contrato de concesión u "arriendo de sillón", ya que lo importante son las circunstancias que rodean a tal vinculación la cual como ya se estableció lo era en carácter de subordinación y dependencia”. Sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Rit: O-2330-2015, de 05 de agosto de 2015.

²⁰⁵ El modelo de Uber o crowdwork “consiste en tomar una prestación de servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria”. En Todolí Signes, A., “El impacto de la *uber economy* en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, 3, 2015, p. 3.

²⁰⁶ “En este sentido, se ha dicho que un trabajo organizado, determinado, utilizado y aprovechado por el empresario, no es incompatible con la existencia de un ámbito de

Sin perjuicio de que su aparición en Chile es reciente, y que por lo tanto las específicas implicancias que presentarán en el mercado laboral no han sido estudiadas en detalle, quienes desempeñan funciones bajo este marco no se vinculan con la empresa a través de un contrato formal de trabajo, por lo tanto son calificados como independientes de acuerdo al concepto legal ya citado, quedando maginados de la protección que otorga la legislación laboral.

El problema es que se trata de un grupo de trabajadores cuyo número probablemente irá en aumento, considerando el creciente avance que esta modalidad de trabajo ha alcanzado desde su incorporación en el mercado chileno, y que a diferencia de lo observado en ordenamientos jurídicos comparados, no ha sido regulado de forma expresa en la legislación laboral nacional.

2.2. El concepto de trabajador independiente para la Seguridad Social en Chile

Como se ha señalado, la diferenciación del trabajador dependiente de aquél que no lo es, no siempre es fácil y es una tarea que sólo se irá complejizando con las nuevas realidades de la organización del mercado de trabajo. Fenómenos como la descentralización productiva, por ejemplo, que dificultan la identificación del empleador al interior de estructuras empresariales modernas, muchas veces dificultan también la determinación de la existencia de un contrato de trabajo. Al vincular la categoría de dependiente con la existencia de un vínculo laboral formal, se le impone al trabajador la carga de tener que acreditar dicha relación contractual en primer lugar, para después poder exigir los derechos que tiene aparejados tal condición

Para resolver este problema, en el derecho comparado la tendencia ha sido ampliar el concepto de subordinación laboral para poder hacer extensiva también la aplicación de los derechos de seguridad social²⁰⁷, haciéndose cargo de las diferentes realidades que componen el grupo de trabajadores independientes de forma de incorporarlos en el sistema de

autonomía del trabajador en el desarrollo de la prestación laboral debida, sin que lo convierta en un trabajador autónomo". *Ibid.*, p. 9.

²⁰⁷ "La ley o la jurisprudencia trataron de ampliar el campo de la protección social mediante técnicas de asimilación a la condición de trabajador por cuenta ajena o de presunción de esta condición". Supiot, A. (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 38.

protección social²⁰⁸.

Sin embargo, el sistema de seguridad social chileno parece estar ajeno a toda esta nueva realidad laboral, manteniendo estructuras rígidas y objetivas para identificar a quienes forman parte de su ámbito de protección. La distinción entre trabajador dependiente e independiente se ciñe a la regulación legal, y la identificación del trabajador independiente para estos efectos sigue un criterio económico otorgado desde el derecho tributario: que se trate de trabajadores que declaren renta.

De esta manera se desconocen las distintas realidades y tipos de actividades que quedan comprendidos dentro de la clasificación de trabajo autónomo, excluyendo por ejemplo a trabajadores informales, trabajadores con contratos simulados, o trabajadores que se desempeñen en negocios familiares²⁰⁹.

Sin perjuicio de que la inclusión de estos grupos es compleja, porque implica revisar distintos supuestos de la realidad laboral y luego establecer criterios más o menos objetivos para poder calificar a un trabajador dentro de una categoría u otra, la consecuencia de su exclusión resulta más grave, considerando que dicha clasificación importará la expulsión de un determinado grupo de la protección social.

Se trata de un problema que había sido observado desde la entrada en vigencia del actual régimen previsional²¹⁰, y que se estudió especialmente durante el período de discusión de la “reforma previsional” del año 2008²¹¹, pero que sin embargo no tuvo como resultado ningún cambio

²⁰⁸ A modo de ejemplo, es interesante revisar el caso español donde a través del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), se reconocen diversas categorías de actividades y personas que son declaradas como independientes, atendiendo sus particularidades, para poder incluirlos dentro de la protección de la Seguridad Social. Ver Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M.A., *Regímenes especiales de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 58 y ss.

²⁰⁹ De acuerdo a la Encuesta de Protección Social del año 2006, “Una de las características fundamentales del grupo de trabajadores independientes es su alta heterogeneidad, asociada tanto a las características socioeconómicas de estos individuos, como a la diversidad de actividades que ellos desarrollan. Este colectivo integra tanto a trabajadores calificados, quienes perciben variados niveles de ingresos, que en muchos casos no son recibidos regularmente, sino que de manera inconstante, lo que tiene efectos sobre los niveles de protección social alcanzados”. En Bertranou, F. (coord.), *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*, OIT, 2009, p. 119.

²¹⁰ Regulado por el Decreto Ley 3.500, de 1980.

²¹¹ “La incorporación obligatoria para que tenga posibilidad de ser realizable debe contemplar incentivos y controles. Unos y otros son diferentes según el tipo de trabajador independiente. Son distintas las aspiraciones y realidades de aquellos que tienen bajos ingresos y/o prestan servicios por algunos meses en el año; es especial la realidad de los jóvenes; particular la de los trabajadores que “transitan” entre la

sustancial en la regulación legal, donde se optó por mantener un criterio vinculado a la situación tributaria del trabajador independiente.

3. Marco regulatorio de los trabajadores independientes en el sistema jurídico chileno de seguridad social

El Decreto Ley 3.500 estableció la afiliación obligatoria a partir de la vinculación laboral para los trabajadores dependientes del sector público y privado²¹². Para quienes no estuvieran sujetos a un contrato formal, la afiliación era voluntaria.

Además vinculó la afiliación al sistema previsional a los demás regímenes contributivos: de salud común, obligando a cotizar en el sistema público o privado²¹³, y el de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, aunque éste último es financiado por las cotizaciones del empleador²¹⁴.

La reforma previsional del año 2008 vino a cambiar este paradigma, al incorporar la cotización obligatoria de los trabajadores independientes de forma progresiva, precisamente atendida la baja cobertura subjetiva que presentaban en el sistema, debido al gran número de personas que quedaban fuera de la calificación formal de trabajador dependiente y por el carácter voluntario de su afiliación en caso de ser autónomo.

De esta manera, se incorporó un nuevo artículo 89 al Decreto Ley 3.500, que define al trabajador independiente como “toda persona natural que,

dependencia “temporal” y la autonomía y/o la informalidad total en las relaciones laborales. También es diferente la situación de la mujer, por los roles de esposa y madre, que la hacen entrar y salir del mercado laboral con más frecuencia que el hombre. Diferente es también la situación de los profesionales, micro, pequeños y medianos empresarios y comerciantes, con ingresos más o menos regulares y de cuantía media o superior. Asimismo, hay independientes de altos ingresos para los cuales la seguridad social no resulta una cuestión que figure en el horizonte de sus preocupaciones”. Walker E., F., Cifuentes L., H. y Liendo R., R., “Factibilidad de hacer obligatoria la afiliación de los trabajadores independientes al sistema de pensiones (informe de avance de investigación), I parte”, *Revista Laboral Chilena*, febrero-marzo 2005, p. 67.

²¹² Artículo 2º: “El inicio de la labor del trabajador no afiliado genera la afiliación automática al Sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, sin perjuicio de lo dispuesto para los afiliados voluntarios”. A su vez, el trabajador voluntario es “aquella persona que no siendo trabajador, vale decir, no ejerce una actividad que reporte ingresos o rentas, es admitido a incorporarse a algún régimen de previsión”. Walker E., F., Cifuentes L., H. y Liendo R., R., *op. cit.*, p. 63.

²¹³ Aunque permitía la incorporación exclusivamente al sistema de salud siempre que el afiliado cotizara en el régimen de administración privada, el cual tiene un costo mayor que el de administración pública.

²¹⁴ Regulado por la ley n. 16.744 de 1968.

sin estar subordinada a un empleador, ejerza individualmente una actividad mediante la cual obtiene rentas del trabajo de las señaladas en el inciso primero del artículo siguiente, deberá afiliarse al Sistema que establece esta ley”²¹⁵.

El mecanismo para hacer efectiva la obligatoriedad de la cotización es precisamente a través del sistema de recaudación tributario: a los trabajadores independientes que declaran renta se les retiene como impuesto el 10% del valor de cada boleta de servicios emitida, dinero que se devuelve en el año tributario siguiente a través de la denominada Operación Renta. Los trabajadores independientes que no estén afiliados, no tendrán derecho a dicha devolución de impuestos, la que será destinada al pago de las cotizaciones previsionales.

Sin embargo, como ya se indicó, los trabajadores independientes ejercieron en su gran mayoría la opción a renunciar a cotizar durante todo el período que permitió la ley²¹⁶, lo que obligó a la promulgación de la ley n. 20.894 que prorrogó la entrada en vigencia de la cotización obligatoria e introdujo otras modificaciones al sistema de seguridad social.

3.1. Regulación actual para los trabajadores independientes

En materia previsional, la cotización sólo será obligatoria a partir del año 2018, manteniéndose hasta tal fecha la opción de renunciar a cotizar antes de realizar la Operación Renta de cada año. La base de cálculo para la cotización será el 100% de la renta imponible, por lo tanto el cálculo y pago se realiza de forma anual por cada período tributario, sin perjuicio de que la ley establece la posibilidad de realizar pagos provisionales mensuales que se imputarán al pago de las cotizaciones.

En materia de salud, se mantiene el año 2018 como el límite para realizar la cotización obligatoria, la cual se realizará con la misma base de cálculo que la aplicable al régimen previsional. Una importante innovación introducida con la última modificación legal, consiste en la posibilidad de

²¹⁵ Para aquellos trabajadores que aún siendo calificados como independientes desde la perspectiva laboral, pero que no declaren renta de acuerdo a lo señalado en la ley, su afiliación al sistema sigue siendo voluntaria. Artículo 90 Decreto Ley 3.500.

²¹⁶ La incorporación de los trabajadores independientes de forma voluntaria al sistema es compleja, por cuanto implica que cada cual deberá hacerse cargo del pago de sus propias cotizaciones, a diferencia de lo que sucede con el trabajador dependiente que recibe sus remuneraciones con el descuento de su cotización ya realizado de forma obligatoria por su empleador, según lo dispuesto en el artículo 58 del código del trabajo. En el mismo sentido ver Cifuentes Lillo, H., *op. cit.*, p. 79.

cotizar en el sistema de salud público sin necesidad de cotizar además para el sistema previsional, permitiendo de esta igualar la situación respecto de la incorporación al sistema de salud privado, pero a un menor costo para el afiliado quien podrá optar por cualquiera de los dos.

En relación a la protección de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, se mantiene la obligación a cotizar a partir del 2018. A diferencia de los anteriores, este régimen es financiado por el empleador para los trabajadores dependientes, por lo tanto en el caso de los trabajadores independientes deberá ser autofinanciado, con la misma base de cálculo que los sistemas anteriores, y requerirá además que el trabajador se encuentre registrado en algún organismo administrador con anterioridad a sufrir alguna de las contingencias cubiertas para poder tener derecho a las prestaciones del seguro.

Respecto al sistema de salud y de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, se permite que los trabajadores coticen de forma mensual e independiente, hasta el 31 de diciembre de 2017.

Además, la última modificación legal eliminó la posibilidad que los organismos administradores realicen el cobro judicial de los saldos pendientes, permitiendo que éstos sean cubiertos por las rentas imputables al siguiente año tributario.

Finalmente, es importante destacar que se mantiene la exclusión de los trabajadores independientes de la protección ante la contingencia de cesantía, por cuanto el seguro que regula esta materia lo señala expresamente²¹⁷. Sobre esta materia, resulta interesante señalar que precisamente un concepto amplio y más ajustado a la realidad laboral, permitiría sostener la necesidad de incluir a estos trabajadores en la protección ante el desempleo, por ejemplo respecto a trabajadores autónomos que no declaren renta o de trabajadores económicamente dependientes, quienes sin dudas podrán encontrarse en la situación en la que sus ingresos se reduzcan o desaparezcan ocasionando los mismos efectos de una situación de desempleo²¹⁸.

²¹⁷ La ley n. 19.728 del año 2002 estableció el seguro de desempleo, señalando que es aplicable para los trabajadores dependientes que inicien o reinicien actividades laborales a partir de la entrada en vigencia de la ley, por lo tanto para los trabajadores sujetos a contrato de trabajo suscritos previos a la ley la incorporación es voluntaria.

²¹⁸ “Es efectivo que el origen del desempleo se encuentra estrechamente vinculado al trabajo por cuenta ajena; y que en relación con los trabajadores autónomos se verificarán otros hechos, diferentes, aunque de análoga trascendencia social: una disminución de la cosecha, una menor producción, disminuciones de la clientela. En todas estas situaciones, aunque de gran trascendencia social, no se divisa configurada una situación de desempleo. Pero hay otros casos, como por ejemplo la pérdida de elementos de trabajo, en que tanto social como jurídicamente, configuran una situación idéntica a la del

Respecto a esta contingencia, se acentúan aún más las diferencias existentes entre los diferentes tipos de trabajadores que podrían calificarse como independientes, por cuanto claramente no será lo mismo experimentar la reducción o desaparición de ingresos de un profesional liberal altamente calificado, quien probablemente tendrá mayores recursos económicos para poder enfrentar dicha contingencia, que un trabajador de más baja calificación. Un concepto restrictivo de trabajador independiente hace más fácil la exclusión, pero no se ajusta necesariamente a la realidad del trabajo.

Además, la actual regulación²¹⁹ que estructura el financiamiento del seguro a través de la cotización del trabajador y del empleador, hace más difícil la incorporación del trabajador independiente porque lo contrario significaría entregarles el costo total del financiamiento, provocando una situación de desventaja frente a los trabajadores dependientes, ya que sus cotizaciones serían más elevadas.

4. Conclusiones

Si bien en Chile se incorporó la cotización obligatoria para los trabajadores independientes, el concepto que se utiliza para la determinación de esta categoría de trabajadores es bastante restrictiva, vinculándose en primer lugar al carácter laboral, para distinguir entre trabajadores dependientes e independientes, y en segundo lugar, a un elemento tributario, al obligar a ingresar al sistema de seguridad social sólo a los trabajadores independientes que declaran renta de acuerdo los requisitos legales.

El problema de establecer categorías tan restringidas para clasificar a los trabajadores que estarán o no protegidos por la legislación laboral y de seguridad social, es que el ordenamiento jurídico chileno no está considerando el estado actual de las relaciones de trabajo ni las diferentes

desempleado trabajador por cuenta ajena”. Novoa Fuenzalida, P., *Derecho de seguridad Social*, Editorial Jurídica de Chile, 1º Edición, 1977, p. 400.

²¹⁹ Existen en Chile antecedentes normativos respecto de la protección de los trabajadores independientes ante el desempleo, ya que en el antiguo sistema de seguridad social se establecía un seguro de desempleo, regulado a través del Decreto Ley 603 de 1974, que incluía a los “trabajadores independientes o autónomos, cuando verifiquen supuestos que permitan asimilar social y jurídicamente el estado que verifiquen al de un trabajador por cuenta ajena en una situación de desempleo”. Novoa Fuenzalida, P., *idem*. Sin embargo, esta situación no se replicó en los instrumentos jurídicos que regularon la materia de desempleo a continuación, el Decreto con Fuerza de Ley n. 150 de 1981 y la mencionada ley n. 19.728 con sus modificaciones posteriores.

situaciones en que pueden encontrarse trabajadores que tradicionalmente son incluidos o excluidos de dichas categorías.

Si bien la tendencia en los ordenamientos jurídicos comparados ha sido la de ampliar el concepto de subordinación laboral para extender el ámbito protector de las legislaciones sociales, en Chile no han se han producido avances normativos en estas materias. De hecho, ha sido la jurisprudencia de los tribunales de justicia, aplicando criterios más cercanos a la realidad para poder incorporar dentro del concepto de subordinación supuestos más amplios, la que ha introducido nuevos parámetros para poder mejorar la aplicación del derecho del trabajo y de la seguridad social.

Sin embargo, a medida que se complejizan las relaciones de trabajo más difícil se hace también la mantención de categorías rígidas que no se ajusten a los supuestos que debería estar regulando el derecho. En efecto, las nuevas formas de organización empresarial, la descentralización productiva, la utilización de tecnologías y también otros fenómenos, como por ejemplo el aumento de procesos migratorios, hacen necesaria la aplicación de categorías más flexibles que permitan incluir dentro del ámbito de protección social a un mayor número de trabajadores.

La protección de los trabajadores independientes en el sistema de seguridad social chileno actualmente vigente, es limitada en cuanto al contenido de su regulación e insuficiente para abarcar completamente el grupo que debería proteger, dejando fuera situaciones que, de aplicarse un concepto más amplio que reconociera las peculiaridades que pueden presentar distintos tipos de trabajadores, también quedarían incluidos de forma obligatoria en el régimen de seguridad social.

5. Bibliografía

- Bertranou, F. (Coordinador), *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*, OIT, 2009.
- Caamaño R., E., “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo”, en *Revista Laboral Chilena*, diciembre 2004 (I parte), y enero 2005 (II parte).
- Cifuentes L., H., *Afiliación obligatoria de los trabajadores independientes*, en *Reforma Previsional*, Legal Publishing, Santiago, 2007.
- Cifuentes L., Hugo, Arellano Ortiz, P., y Walker Errázuriz, F., *Seguridad Social. Parte general y pensiones*, Librotecnia, Santiago, 2013.
- Cruz Villalón, J. y otros, *Un estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

- Novoa Fuenzalida, P., *Derecho de seguridad Social*, Editorial Jurídica de Chile, 1º Edición, 1977.
- Supiot, A. (coord.), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Todolí Signes, A., “El impacto de la *uber economy* en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, en *IUSLabor*, Revista electrónica de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pompeu Fabra, n. 3, 2015.
- Varas Marchant, K., Laboralización de la función pública: admisión de personal laboral, en *Estudios Laborales*, n. 9, Legal Publishing, Santiago, 2013.
- Walker E., F., Cifuentes L., H., y Liendo R., R., “Factibilidad de hacer obligatoria la afiliación de los trabajadores independientes al sistema de pensiones (informe de avance de investigación) I parte”, en *Revista Laboral Chilena*, enero 2005, p. 63.

Web sites

- Biblioteca del Congreso Nacional, historia de la ley n. 20.894:
<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4824/>.
- Página del Poder Judicial: www.poderjudicial.cl.

Negociación colectiva del sector público en Chile

Yenny PINTO SARMIENTO*

RESUMEN: El presente artículo expone de modo sucinto, la regulación y negativa del derecho de negociación colectiva y huelga de los trabajadores del sector público, incluyendo la normativa recientemente aprobada en Chile, como instrumentos internacionales, fundamentalmente de la OIT. Además se analiza la actual consagración del derecho a huelga en el Derecho chileno, tanto en la Constitución como en el Código del Trabajo, la vía doctrinaria para estimar que su naturaleza es la de un derecho fundamental y su regulación y moderación a través de los servicios mínimos. Y un breve análisis a los problemas de los derechos mínimos en la reciente ley n. 20.940.

Palabras clave: Derecho fundamental, derecho de huelga, servicios mínimos.

SUMARIO: 1. Antecedentes preliminares: negociación colectiva en Chile. 2. Regulación del derecho colectivo del sector público. 3. Convenio núm. 151 de la Organización Internacional del Trabajo: su contradicción con el ordenamiento chileno. 4. La huelga de los servicios esenciales. 4.1. La huelga como derecho fundamental. 4.2. La huelga como derecho fundamental. 5. Bibliografía.

* Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica del Norte, Magíster y Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad de Deusto. Correo electrónico: ypinto@ucn.cl.

Collective bargaining in the public sector in Chile

ABSTRACT: This paper presents succinctly develops, the regulation and the denial of the right to collective bargaining and to strike of the civil servants workers, including on the recently regulations approved in Chile, and international instruments, primarily ILO standards. In addition the current recognition of the right to strike is discussed in Chilean law, both at the Constitution and the Labour Law Code, the doctrine way to estimate that its nature is a fundamental right and its regulation and moderation through minimum services. And a brief analysis of the problems of the minimum rights in recent Law No. 20,940.

Key Words: Fundamental right, the right to strike, minimum services.

1. Antecedentes preliminares: negociación colectiva en Chile

En nuestro país la negociación colectiva se encuentra regulada en el libro IV del Código del Trabajo y como señala Caamaño “su contenido medular sigue correspondiendo al diseño impuesto por el Plan Laboral de 1978, concretado normativamente en el Decreto Ley (DL) n. 2.758. Esta normativa obedeció al interés de Régimen Militar de implementar un marco regulador del ejercicio de los derechos colectivos del trabajo que estuviera en concordancia y al servicio de un nuevo modelo económico de corte neoliberal, abierto al comercio internacional y en el que se promovían como verdaderos ejes centrales de su funcionamiento el derecho de propiedad, la libertad de empresa y la búsqueda por eliminar restricciones o barreras que dificultaran o encarecieran la libre iniciativa privada en materia económica”²²⁰.

Por esta razón, en Chile, nos encontramos con un ámbito de libertad sindical bastante limitado, sobre todo en lo que dice relación con la negociación colectiva, puesto que una de las principales características del neoliberalismo es su radical individualismo, lo que se tradujo en la reducción de la negociación colectiva al ámbito exclusivo de la empresa, prohibiendo la negociación a un nivel fuera de ella. Se privilegió la negociación individual por sobre la colectiva, llegando a extremos de favorecer las negociaciones sin la intervención de sindicatos y sin mecanismos de igualación de poderes como el fuero y la huelga²²¹.

2. Regulación del derecho colectivo del sector público

Tradicionalmente el Derecho del Trabajo ha sido aplicado a los empleadores y trabajadores del sector privado, siendo excluido expresamente de su ámbito de aplicación los trabajadores del sector público, y como señala el artículo 1 inciso 2º del Código del Trabajo, siempre que éstos se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial, que en el caso de nuestro país corresponde al estatuto administrativo. Sin embargo, con el pasar de los años, esto ha ido cambiando, ya que se han ido acrecentando los países que asimilan a los funcionarios públicos a los trabajadores del sector privado, llevando incluso a desaparecer la brecha

²²⁰ Caamaño Rojo, E., “El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2008.

²²¹ Toledo Corsi, C., *Tutela de libertad Sindical*, Santiago, Thomson Reuters, 2013, pp. 257-258.

de separación que existía entre ambos sectores, producto del arribo de instituciones propias del Derecho del trabajo al campo de la Administración Pública²²². Nuestro Código del Trabajo, en el mismo artículo 1 inciso tercero, establece la supletoriedad de este código al régimen jurídico de función pública, al señalar que: “*los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos*”²²³, lo que de acuerdo a Varas Marchant forma parte del proceso de laboralización de este sector²²⁴.

Este fenómeno de expansión del Derecho laboral ha permitido que paulatinamente vaya ampliando su ámbito de protección a favor de los trabajadores del sector público. Particularmente tratándose de la negociación colectiva, la incipiente regulación llega amparada por una situación de hecho, es decir, a través de negociaciones colectivas de facto²²⁵. A pesar de lo anterior, debemos considerar que en nuestro ordenamiento la negociación colectiva de los funcionarios públicos se encuentra expresamente prohibida: la negociación colectiva, de acuerdo a lo establecido en el artículo 304 del Código del Trabajo, podrá tener lugar en las empresas del sector privado y en aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación. Sin embargo, en los siguientes incisos prescribe quienes se encuentran excluidos del ejercicio de este derecho, específicamente, en el inciso tercero, que incluye a las empresas o

²²² Gamonal Contreras, S., “Derecho Colectivo del Trabajo en el Sector Público”, *Revista Laboral Chilena*, 1998. En el mismo sentido Varas Marchant, K., “El Código del Trabajo y la función pública: Análisis de la aplicación supletoria de la acción de tutela de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. III, 2013.

²²³ Lo que ha sido reconocido reiteradamente por la Corte Suprema, como en la sentencia de unificación de jurisprudencia Rol N° 11584-2014, donde señala que si: “*se trata de una persona natural que no se encuentra sometida a estatuto especial, sea porque no ingresó a prestar servicios en la forma que dicha normativa especial prevé, o porque tampoco lo hizo en las condiciones que esa normativa establece inconcuso resulta que la disyuntiva se orienta hacia la aplicación del Código del Trabajo o del Código Civil (...)*” y continúa añadiendo “*correspondiendo subsumirlas en la normativa del Código del trabajo, en el evento que se presenten los rasgos característicos de este tipo de relaciones(...)*”.

²²⁴ Estos trabajadores se sujetarán a las normas del Código, siempre que reúnan las siguientes exigencias: a) Que exista una omisión de regulación o vacío legal, es decir, el Código del Trabajo y sus leyes complementarias podrían ser aplicables respecto de materias o aspectos no regulados en los estatutos de los trabajadores del sector público; y b) Que exista una compatibilidad de regímenes, es decir, que las materias que resulten aplicables en razón del vacío legal existente en sus estatutos, no sean contrarios a estos últimos. (Varas, 2013, p. 4).

²²⁵ Gamonal Contreras, S., “La Negociación y Contratación Colectiva Atípica”, en *Revista Laboral Chilena*, 1999.

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

Además de lo anteriormente expuesto, la Ley n. 19.296 de 1994, sobre Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, reconoce el derecho de formar sindicatos o asociaciones de funcionarios, los que no pueden negociar colectivamente o recurrir a huelga²²⁶. Por su parte, la Constitución Política de la República prohíbe expresamente en su artículo 19 número 16 inciso final la huelga en los funcionarios del Estado y municipalidades, además de las personas que trabajan 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. En el mismo sentido, la ley n. 12.927, sobre Seguridad del Estado, contempla, en sus artículos 11 y 12 penas corporales y multas a los responsables de toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, producido sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales²²⁷.

Las disposiciones antes indicadas encuentran fundamento en una clara corriente dogmática, que entiende que no es posible admitir la negociación colectiva entre los funcionarios públicos. Se señalan una serie de argumentos. Siguiendo a Gamonal, pueden anotarse, entre otros, los siguientes:

- Los salarios de los funcionarios públicos son materia de ley de presupuestos, por lo que requiere de la aprobación del poder legislativo, y que el empleador de estos funcionarios es el poder ejecutivo, lo que dificultaría una negociación colectiva.
- Además, se argumenta que las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos son reguladas por ley y por actos unilaterales del ente público, conformándose no una relación contractual sino una relación estatutaria, lo que excluye la posibilidad de negociar colectivamente y de establecer instancias administrativas del personal.
- Y se señala que es impensable esta negociación por ser impensable la

²²⁶ Walker Errázuriz, P. y Arellano Ortiz, P., *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 694.

²²⁷ Gamonal Contreras, S., “La Negociación y Contratación Colectiva Atípica”, *op. cit.*, p. 83.

utilización de mecanismos de autotutela como la huelga, por existir intereses públicos involucrados en la labor de estos funcionarios²²⁸. Sin embargo, como lo mencionamos, en la práctica hemos observado innumerables negociaciones colectivas informales, que de acuerdo al profesor Gamonal podríamos encuadrarse como una negociación colectiva atípica²²⁹. Dichas negociaciones terminan además con la forma de acuerdos y protocolos que a veces son verdaderos contratos colectivos²³⁰. En este sentido ha afirmado Toledo Corsi al señalar que “respecto de las huelgas del sector público, la experiencia indica la ineficacia de la prohibición constitucional. Pero la situación no se encuentra exenta de complejidades. La falta de reconocimiento como derecho condiciona el no haberse desarrollado restricciones en caso de servicios esenciales o mínimos, dejando a los propios actores involucrados la decisión. La misma circunstancia condiciona ya no sólo la persistente amenaza de aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado por parte de la Administración, sino la amenaza de descuentos a las remuneraciones de los funcionarios públicos que participen de ella”²³¹. Así lo pudimos observar, por ejemplo, el año 2010 con la paralización de un grupo de trabajadores del Servicio de Impuestos Internos, donde la dirección de dicha institución procedió a deducir de las remuneraciones de los funcionarios el tiempo durante el cual no se hubiese efectivamente trabajado²³².

El carácter de atípico de esta negociación colectiva, de acuerdo al profesor Walker Linares y Arellano Ortiz, se debe a los siguientes factores:

- Que al existir asociaciones de funcionarios públicos poderosas, éstas se “saltan” todos los conductos legales y negocian directamente con las autoridades, a veces por servicio público, a veces por rama de actividad y en ocasiones iniciando el proceso con una huelga absolutamente ilegal;

²²⁸ Gamonal Contreras, S., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, pp. 300-305.

²²⁹ La contratación colectiva atípica forma parte de los cambios producidos en el accionar de los sujetos colectivos, debido a los rápidos avances en los procesos productivos o por la existencia de un marco legal muy restrictivo o demasiado teórico o engorroso, que imposibilita una negociación fluida y eficaz. El profesor cree que en el caso de Chile sería consecuencia de un marco legal especialmente restrictivo de la autonomía colectiva. Véase también, Gamonal Contreras, S., “La Negociación y Contratación Colectiva Atípica”, *op. cit.*, p. 83.

²³⁰ Véase www.fenaminsa.cl.

²³¹ Toledo Corsi, C., *Tutela de libertad Sindical*, *op. cit.*, p. 288.

²³² Muñoz León, F., “Anef con SII: ¿Libertad sindical, debido proceso o libertades públicas?”, *Ius et Praxis*, vol. 17 n. 2, 2011.

- Este procedimiento ha sido en la práctica aceptado por las autoridades, dando lugar a modificaciones legales y a acuerdos sobre remuneraciones y condiciones de trabajo en distintos niveles, que poseen el carácter de convenios colectivos sui generis²³³.

3. Convenio núm. 151 de la Organización Internacional del Trabajo: su contradicción con el ordenamiento chileno

Aún cuando, como hemos analizado, existe prohibición expresa de negociar colectivamente para los funcionarios públicos, el año 2000 Chile aprobó el Convenio núm. 151, de la OIT, de 1978, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública. Este convenio recoge el contenido esencial de las disposiciones del Convenio núm. 98 sobre la protección contra la discriminación antisindical (artículo 4) al señalar que: *“Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo, dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:*

- a) Sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;*
- b) Despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización”.*

En relación a los actos de injerencia el artículo 5 dispone que: *“las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas, además de una adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración”.* Añadiendo que: *“se consideran actos de injerencia los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública”.*

Aunque para el objeto de nuestro estudio, resulta de relevancia el artículo 7 de dicho convenio que dispone que: *“deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de*

²³³ Walker Errázuriz, P. y Arellano Ortiz, P., *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, op. cit., p. 695.

empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones". La norma en análisis retoma lo establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, con la diferencia de la posibilidad de los funcionarios públicos de recurrir a otros métodos distintos de la negociación colectiva.

Como se aprecia, la Conferencia Internacional del Trabajo permite ampliar los derechos reconocidos por el Convenio núm. 98 a los empleados públicos, otorgándoles oficialmente el derecho a participar en la determinación de sus condiciones de empleo, cuya negociación colectiva se menciona como una de las modalidades posibles. Además, debemos tener en cuenta que podrán contemplarse otros métodos que permitan a los empleados participar en la determinación de dichas condiciones, debiendo adoptarse, en caso que sea necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos. La solución de conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá lograr mediante negociación entre las partes o procedimientos independientes e imparciales, como la mediación, conciliación y arbitraje.

En relación con el ámbito de aplicación del Convenio núm. 151, el artículo 1 establece que: *"Deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida que no le sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo"*. Además añade que: *"la legislación nacional deberá determinar hasta que punto las garantías previstas en el presente convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial"*²³⁴. Una vez

²³⁴ En 1978, la Comisión del Servicio Público precisó que dicha frase debía entenderse en el sentido de que no permitía la exclusión de personas cuyas funciones de dirección eran accesorias o constituían únicamente una parte poco importante de sus tareas habituales y que pretendía aportar un cierto grado de flexibilidad, dejando al criterio de los gobiernos el decidir la medida en la que los instrumentos propuestos se aplicarían a un número limitado de dichos empleados de alto nivel y empleados cuyas obligaciones tuvieren una naturaleza altamente confidencial. A este respecto, tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical tuvieron que pronunciarse sobre legislaciones o prácticas nacionales que, debido a definiciones demasiado amplias en la categoría de "empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos", y "empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial", o al recurso demasiado frecuente a la calificación de puestos de empleados públicos de esta categoría, ponían trabas en la práctica a los derechos sindicales; tales disposiciones o prácticas, combinadas en ocasiones con el

analizado lo anterior podemos afirmar, como además lo señala el profesor Gamonal, que el presente convenio considera la visión triangular del derecho colectivo, o sea sus elementos esenciales sindicato, negociación colectiva y huelga: la falta de alguno de estos elementos desconfigura el sistema²³⁵.

Todo ello es perfectamente coherente con una de las principales misiones de la OIT, de promover la negociación colectiva en el mundo entero, como estableció en 1944 en la Declaración de Filadelfia, que forma parte integrante de la Constitución de la OIT y en la que se reconoce: *“la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan lograr... el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”*²³⁶.

Por su parte, el ejercicio del derecho de huelga forma parte de los derechos sindicales, reconocidos dentro de los derechos de libertad sindical y por tanto, dentro de la categoría de derechos humanos y libertades públicas fundamentales, siendo garantizada a nivel internacional, no sólo en los convenios de la OIT, sino además, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 11), la Carta Social Europea (art. 5), y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 (art. 12)²³⁷. Como podemos observar, existe una incongruencia entre las tendencias internacionales y lo señalado en el convenio núm. 151 ratificado por nuestro país y nuestra normativa interna. A ello súmese, como se ha advertido, la cantidad de este tipo de negociaciones surgidas al margen de la ley. El problema, por cierto, tiene un carácter más profundo. Se trata de averiguar si el derecho a huelga constituye un derecho social, si ese derecho social puede ser reconocido a favor de los trabajadores, públicos

requisito de un número mínimo relativamente elevado de miembros para constituir un sindicato, pueden incluso, en la práctica, suponer actos de injerencia en los asuntos sindicales, impedir la constitución de sindicatos y, por consiguiente, violar gravemente los derechos sindicales de los empleados públicos interesados. Es por esto, que la Comisión de expertos considera que la noción de confidencialidad debe interpretarse en forma restrictiva; de igual modo, la calificación de las tareas como tareas de dirección o que conllevan poder decisorio debe limitarse tanto como sea posible.

²³⁵ Esta visión triangular es prácticamente unánime en doctrina, en el sentido que la libertad sindical no puede ser semántica o meramente organizativa, caso en el cual sería indistinguible del derecho de asociación (Gamonal Contreras, S., “El derecho de huelga en la constitución chilena”, en *RDUCN*, vol. 20, n. 1, 2013).

²³⁶ La negociación colectiva en la administración pública, un camino a seguir, Conferencia Internacional del Trabajo 102ª reunión, 2013, p. 77-94.

²³⁷ Padilla Ruiz, P., “La huelga en los servicios esenciales”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2010.

o privados y cuál sería el camino para regular el referido derecho a huelga. Al margen de la cuestión de *lege ferenda* del texto constitucional que supone el problema, en el apartado siguiente analizaremos una vía de reconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores del sector público, a partir del concepto de servicios esenciales²³⁸.

4. La huelga de los servicios esenciales

4.1. La huelga como derecho fundamental

Como señalábamos anteriormente, una de las críticas que surgen frente a la existencia de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público es el problema que se origina cuando hay intereses públicos involucrados, y esto surge cuando se trata de trabajadores que prestan servicios esenciales para la comunidad, toda vez que podría surgir el conflicto entre diversos derechos fundamentales. Sin embargo, antes de afirmar que existe tal conflicto debemos determinar si la huelga es o no un derecho fundamental, esto porque la Constitución Política de la República reconoce expresamente en el artículo 19 n. 19 la libertad sindical, pero no establece en forma expresa el derecho de huelga²³⁹, sino más bien lo que

²³⁸ Es evidente que el problema que tratamos tiene relación con el denominado estado social de Derecho, sobre su recepción en la constitución chilena de 1980 y sobre el debate constitucional. No podemos detenernos en esta cuestión, que excede los límites de nuestro estudio. Para su análisis, remitimos a los esfuerzos de Enzo Solari. Véase Solari Alliende, E., “Para un concepto del Estado social de Derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, n. 42, 1997 y Solari Alliende, E., “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n. 2-3, 1993.

²³⁹ Nuestra carta fundamental si bien no reconoce la huelga como derecho fundamental, como señala el informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014 que “establece la huelga desde una óptica negativa, limitándose a explicitar los casos en que se encuentra prohibida. Por su parte, la ley se refiere a la huelga como una etapa final, pero eventual, de un tipo específico de negociación colectiva (la de carácter reglado), antes que como un derecho de los trabajadores. Esta regulación es heredera de la contenida en el DL 2.758 DE 1979, inserta en el denominado Plan Laboral, normativa que pretendió regular la huelga de acuerdo al libre mercado, esto es, reconociéndole al empleador el derecho a actuar, durante la huelga, con la plenitud de sus facultades, incluido el derecho a contratar rompehuelgas. El matiz de diferencia se encuentra en que, a partir de la reforma introducida por la Ley 19.069 de 1991, se encareció la contratación de rompehuelgas desde el primer día de la huelga por medio de la exigencia de una oferta mínima (piso del instrumento colectivo vigente más reajustabilidad en base a IPC), más el ofrecimiento de 4 UF por cada trabajador reemplazante utilizado. Diez años más tarde, se precisó que este aumento del costo estaba asociado a que no se cumpliera con los requisitos legales a la de los huelguistas (artículo 381) y no simplemente a la contratación de trabajadores

hace nuestra Carta fundamental en su artículo 19 n. 16 inciso final es establecer la prohibición ya analizada respecto de los funcionarios del Estado. Como consecuencia de la mentada regulación, han surgido cuatro posturas distintas:

1) Tesis restrictiva: Se sostiene por los defensores de esta tesis que el derecho de huelga no estaría contemplado en la Constitución, sino más bien su regulación quedaría entregada al legislador como un derecho de jerarquía legal. Esta postura es criticada por Gamonal, que la califica de inadmisibles, al señalar que al considerar en forma sistemática todo el texto constitucional, en especial los artículos 19 números 19° y 5°, inciso segundo. En concepto de Gamonal, la Constitución no puede interpretarse en forma exegética, sin concordancias con el resto de su normativa, además, agrega, la opinión no estaría conforme con el avance de los derechos humanos y el constitucionalismo occidental en los últimos 100 años.

2) Tesis del derecho implícito: De acuerdo a los defensores de esta tesis, la huelga se encontraría reconocida tácitamente en la Constitución, ya que menciona sólo los casos que se encuentra prohibida, por lo tanto, en los casos no mencionados sería un derecho. De acuerdo a lo señalado por Gamonal, deducir derechos fundamentales con el aforismo “*a contrario sensu*” no es pertinente, a menos que la redacción fuere de tal forma concluyente que pudiera operar este ratiocinio.

3) Tesis del bloque de constitucionalidad: Para los defensores de esta tesis la huelga sí estaría contemplada por el juego del artículo 5° inciso segundo de la Constitución²⁴⁰, en relación a los tratados internacionales de derechos humanos que sí la consagran, como el Convenio 87 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, añade Gamonal que en nuestro derecho se ha enfatizado que los derechos humanos adquieren con el mencionado artículo 5° dos formas de institucionalización: por medio de la propia norma constitucional y a

durante la huelga, modificación a la que, con el tiempo, la jurisprudencia dominante de los tribunales ha restado valor”. Y continúa señalando que “De esta manera, la ley, en vez de reconocer de modo efectivo el derecho de huelga, lo restringe y acota sus efectos según el grado de cumplimiento de ciertos requisitos. Y lo hace, paradójicamente, no desde la óptica de sus titulares y buscando que produzca sus efectos, sino desde el derecho del empleador a inhibir los mismos”. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2014/lahuelga.pdf.

²⁴⁰ Este artículo prescribe que: “*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”.

través de los tratados internacionales de derechos humanos, por lo que el precepto permite incorporar derechos humanos no incorporados en la Carta Fundamental.

4) Tesis dogmática: Para esta postura, el derecho de huelga forma parte de la libertad sindical y, por ende, la pregunta a contestar es si la Constitución consagra la libertad sindical. Por lo tanto, la discusión se traslada al artículo 19 n. 19, que establece inequívocamente la libertad sindical, haciendo referencia expresa en su párrafo tercero a la autonomía colectiva o sindical como derecho constitucional.

A juicio de Gamonal, a quien nos adherimos, las dos últimas tesis parecieran ser las correctas, pero debiendo ser integradas en una perspectiva unitaria. Lo que nos permite concluir que la huelga sería un derecho fundamental, ya que la vigencia de varios instrumentos internacionales permite que existan ciertos elementos de confluencia, aún cuando en la práctica queden muchas veces desvirtuados²⁴¹.

No obstante, a nuestro juicio la huelga debiese incorporarse en forma expresa en nuestra Carta fundamental, como ha ocurrido en otros países, como el caso de la Constitución Española, que en su artículo 28.2 señala que: “*se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses*”, otorgándole el máximo rango como derecho constitucional fundamental²⁴². Además, debemos mencionar que el Comité de Libertad Sindical ha convertido casi en una cláusula de estilo la expresión que “*el derecho de huelga es corolario indisoluble del derecho de sindicación protegido por el Convenio n. 87*”, sin mencionar que el criterio del presente Comité ha sido que la huelga sólo puede prohibirse en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, y que en los casos que se establece una legítima prohibición, esta misma debe ir acompañada de un mecanismo de arbitraje independiente, y de lo contrario, una legislación específica que pone fin de manera unilateral a la huelga vulnera gravemente la libertad sindical. De este modo, una prohibición general de una huelga, vulneraría el derecho fundamental,²⁴³ que es lo que sucede precisamente en nuestro país.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es la concepción amplia que ha recogido la OIT que se manifiesta en:

a) El reconocimiento del derecho de huelga como un derecho de finalidad

²⁴¹ Gamonal Contreras, S., “El derecho de huelga en la constitución chilena”, *op. cit.*, pp. 6-9.

²⁴² Monereo Pérez, J.L., “Huelgas generales: fundamento, legitimidad y dinámica de tutela. Reflexiones iuslaborales”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, n. 13, 2010.

²⁴³ Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, *REDT*, n. 156, 2012.

múltiple, pudiendo ejercerse para reivindicar intereses de índole laboral, de naturaleza sindical y políticos. Llegando incluso a reconocer que la huelga puede ser ejercida en apoyo de reivindicaciones de derechos de terceros, legitimando las huelgas de solidaridad.

b) La aceptación de diversas modalidades de ejercicio del derecho de huelga, sin reducirlo, como ocurre en nuestro país, a la abstención colectiva del trabajo.

c) La exigencia de los procedimientos legales que se establezcan para declarar una huelga sean razonables, sencillos y rápidos, para así evitar que se transformen en obstáculos al efectivo ejercicio del derecho de huelga.

d) La admisibilidad del recurso al arbitraje obligatorio solo cuando ha solicitado por las dos partes implicadas en el conflicto o en aquellos casos en que la huelga pueda ser limitada, esto es, en los casos de conflictos en la Administración Pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término.

e) El reconocimiento del derecho de huelga en la función pública, admitiéndose la posibilidad de limitación o restricción sólo respecto de los miembros de las fuerzas armadas y de policía, y en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o cuando la interrupción de los servicios que prestan pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población.

f) La existencia de un criterio restrictivo para los efectos de prohibir la huelga, siendo el principio determinante la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de todo o parte de la población.

g) La configuración de una concepción estricta del término servicios esenciales, esto es, aquellos cuya interrupción puedan poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

h) La posibilidad de exigir un servicio mínimo de funcionamiento solo en caso de huelga en servicios de utilidad pública o en los servicios públicos de importancia trascendental, debiendo participar en la determinación de este servicio mínimo tanto los empleadores como las organizaciones de trabajadores y las autoridades públicas.

i) En los casos donde se admite la prohibición o limitación del derecho de huelga – función pública y servicios esenciales –, deben establecerse medidas compensatorias a favor de los trabajadores que les garanticen una protección adecuada de sus intereses, como, por ejemplo, el establecimiento de procedimientos de conciliación y arbitraje imparciales y rápidos, donde los interesados puedan participar en todas sus etapas.

- j) La prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga, por constituir una grave violación de libertad sindical.
- k) El reconocimiento del principio de que nadie puede ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima.
- l) El reconocimiento de que los despidos de trabajadores a raíz de una huelga legítima constituyen una discriminación grave en materia de empleo por el ejercicio de una actividad sindical lícita, contraria al Convenio 98²⁴⁴.

4.2. La huelga como derecho fundamental

Actualmente en Chile se acaba de promulgar la ley n. 20.940, que moderniza el sistema de relaciones laborales²⁴⁵. En la materia que nos interesa, la reforma introduce un capítulo VII, titulado “Limitaciones al ejercicio del derecho a huelga”, el que analizaremos someramente en los párrafos siguientes.

La ley define los servicios mínimos y equipos de emergencia. Dos disposiciones son relevantes en esta materia, insertas en el proyecto. Nos referimos a los artículos 359 y 360. De acuerdo al artículo 359²⁴⁶, los servicios mínimos deben proveerse para tres fines: a) proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y, b) atender, en su caso, las

²⁴⁴ Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2014/lahuelga.pdf.

²⁴⁵ Publicada en el Diario oficial el 8 de septiembre de 2016.

²⁴⁶ La disposición reza: “*Servicios mínimos y equipos de emergencia. Sin afectar el derecho a huelga en su esencia, durante esta la comisión negociadora sindical estará obligada a proveer el personal destinado a atender los servicios mínimos estrictamente necesarios para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes, así como garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios. En esta determinación se deberán considerar los requerimientos vinculados con el tamaño y características de la empresa, establecimiento o faena. El personal destinado por el sindicato a atender los servicios mínimos se conformará con trabajadores involucrados en el proceso de negociación y recibirá el nombre de equipo de emergencia. Sus integrantes deberán percibir remuneraciones por el tiempo trabajado. Los servicios mínimos deberán proveerse durante el tiempo que sea necesario y para los fines que fueron determinados. En el caso que el sindicato no provea el equipo de emergencia, la empresa podrá adoptar las medidas necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios, debiendo informar de ello inmediatamente a la Inspección del Trabajo, con el objeto que constate este incumplimiento. Las medidas adoptadas por el empleador no podrán involucrar a un número superior de trabajadores del equipo de emergencia que no hayan sido proveídos por el sindicato, salvo que la Inspección del Trabajo autorice fundadamente un número distinto*”.

necesidades básicas de la población, incluidas las relaciones con la vida, la seguridad o la salud de las personas; c) o para prevenir daños ambientales o sanitarios. La norma establece que dichos servicios deben proveerse por la comisión negociadora sindical y se establece como obligación. En caso de no prestación, el empleador puede adoptar por sí solo las medidas necesarias, informando de ellos a la Inspección del Trabajo.

La calificación de los servicios mínimos y equipos de emergencia, se regula en el artículo 360²⁴⁷. La norma regula un engorroso y complejo sistema de calificación. Comienza con una propuesta del propio

²⁴⁷ “Calificación de los servicios mínimos y de los equipos de emergencia. Los servicios mínimos y los equipos de emergencia deberán ser calificados antes del inicio de la negociación colectiva. La calificación deberá identificar los servicios mínimos de la empresa, así como el número y las competencias profesionales o técnicas de los trabajadores que deberán conformar los equipos de emergencia. El empleador deberá proponer por escrito a todos los sindicatos existentes en la empresa, con una anticipación de, a lo menos, ciento ochenta días al vencimiento del instrumento colectivo vigente, su propuesta de calificación de servicios mínimos y equipos de emergencia para la empresa, remitiendo copia de la propuesta a la Inspección del Trabajo. En el caso de haber más de un instrumento colectivo vigente en la empresa, los referidos ciento ochenta días se considerarán respecto del instrumento colectivo más próximo a vencer. En caso que no exista sindicato en la empresa, el empleador deberá formular su propuesta dentro de los quince días siguientes a la comunicación de la constitución del sindicato efectuada de conformidad al artículo 225 de este Código, plazo durante el cual no se podrá iniciar la negociación colectiva. Habiéndose formulado el requerimiento por parte del empleador, tampoco se podrá iniciar la negociación colectiva en tanto no estén calificados los servicios mínimos y equipos de emergencia. Recibida la propuesta del empleador, los sindicatos tendrán un plazo de quince días para responder, en forma conjunta o separada. Las partes tendrán un plazo de treinta días desde formulada la propuesta para alcanzar un acuerdo. En caso de acuerdo, se levantará un acta que consigne los servicios mínimos y los equipos de emergencia concordados, la que deberá ser suscrita por el empleador y por todos los sindicatos que concurrieron a la calificación. Copia del acta deberá depositarse en la Inspección del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a su suscripción. Si las partes no logran acuerdo o este no involucra a todos los sindicatos, cualquiera de ellas podrá requerir la intervención de la Dirección Regional del Trabajo, dentro de los cinco días siguientes. En caso que la empresa tenga establecimientos o faenas en dos o más regiones del país, el requerimiento deberá formularse ante la Dirección Regional del Trabajo del domicilio del requirente. En caso que haya sido requerida la intervención de dos o más Direcciones Regionales, la Dirección Nacional del Trabajo determinará cuál de ellas resolverá todos los requerimientos. Recibido el requerimiento, la Dirección Regional del Trabajo deberá oír a las partes y solicitar un informe técnico al organismo regulador o fiscalizador que corresponda. Cualquiera de las partes podrá acompañar informes técnicos de organismos públicos o privados. Asimismo, a requerimiento de parte o de oficio, la Dirección Regional del Trabajo podrá realizar visitas inspectivas. La resolución que emita la Dirección Regional del Trabajo calificando los servicios mínimos y los equipos de emergencia de la empresa deberá ser fundada y emitida dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al requerimiento. Esta resolución deberá ser notificada a las partes dentro de los cinco días siguientes a su emisión y sólo será reclamable ante el Director Nacional del Trabajo. La Dirección del Trabajo, en el mes de abril de cada año, publicará los estándares técnicos de carácter general que han servido de base para la calificación de los servicios mínimos y los equipos de emergencia. Por circunstancias sobrevinientes, la calificación podrá ser revisada si cambian las condiciones que motivaron su determinación, de acuerdo al procedimiento previsto en los incisos anteriores. La solicitud de revisión deberá ser siempre fundada por el requirente”.

empleador, que debe hacerse efectiva antes de los 180 días al vencimiento del convenio vigente o dentro de los quince días siguientes a la comunicación de constitución del sindicato. El sindicato debe revisar la propuesta en un exiguo plazo de 15 días y las partes tienen 30 días para llegar a acuerdo. A falta de acuerdo, el pronunciamiento reposa en la Dirección del Trabajo. Esta disposición se complementa con otra, que regula, a su vez, el procedimiento de determinación de los equipos técnicos.

Como se aprecia, la ley es compleja, no sólo en la determinación sustantiva de los denominados servicios mínimos, que comprenden desde salvaguarda de intereses exclusivos del empleador (los bienes corporales e instalaciones), como si la huelga fuese, por sí misma, un fenómeno que comprendiera vulneración de derechos de propiedad, la atención de necesidades básicas de la población (relacionadas con la vida, la salud o la seguridad) y, el criterio muy general del daño al medioambiente. A esta complejidad normativa se suma el proceso excesivamente reglamentado, que comprende plazos exigüos y una incomprensible iniciativa del empleador. Si ello no bastara, el artículo 362 provocará²⁴⁸, de aprobarse la norma, todavía más confusión. Ello por cuanto la norma permite señalar, por resoluciones de los Ministerios del Trabajo, Defensa o Economía, aquellas empresas que no podrán declararse en huelga, por afectar gravemente la salud, la economía del país, el abastecimiento de la población o la seguridad nacional. Es claro, entonces, que los servicios mínimos regulados a la luz del artículo 359, en cuanto atiendan a la salud de la población o al daño al medioambiente, pueden sufrir una seria restricción se estime que una huelga afecta gravemente la salud o la seguridad, por ejemplo.

El tenor de la ley, recientemente aprobada, no deja al país en ningún estándar conocido y aprobado por la OIT. Ciertamente es que la afectación de

²⁴⁸ Actualmente la norma prescribe: “*Determinación de las empresas en las que no se podrá ejercer el derecho a huelga. No podrán declarar la huelga los trabajadores que presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera 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 calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo será efectuada cada dos años, dentro del mes de julio, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, previa solicitud fundada de parte, la que deberá presentarse hasta el 31 de mayo del año respectivo. Promovida la solicitud, se pondrá en conocimiento de la contraparte empleadora o trabajadora para que formule las observaciones que estime pertinentes, dentro del plazo de quince días. Efectuada la calificación de una empresa e incorporada en la resolución conjunta respectiva, sólo por causa sobreviniente y a solicitud de parte, se podrá revisar su permanencia. La resolución deberá publicarse en el Diario Oficial y podrá ser reclamada ante la Corte de Apelaciones de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 405”.*

la salud, por ejemplo, puede ser un criterio regulador de servicios mínimos, pero con la presente ley, en la medida que ello suponga una afectación grave, la huelga puede estar lisa y llanamente prohibida. Y más erróneo todavía, por cierto, resulta incluir como criterio el que se cause grave perjuicio a la economía del país, ya que esto podría llevar a que no se cumpla con la finalidad que se pretende, pudiendo sostenerse que cualquier paralización podría ser perjudicial para la economía.

Desde luego, que los servicios mínimos abarquen aquellos necesarios para atender las operaciones indispensables para evitar un daño actual e irreparable a los bienes materiales, instalaciones o infraestructura de la empresa, no cumple con la finalidad prevista por la OIT para los servicios mínimos, sino que más bien opera sólo en función de los intereses económicos del empresario.

Con todo, nos parece un avance el señalar que deberá estar acordado los servicios mínimos antes del inicio del proceso de negociación colectiva, ya que así no genera la extensión innecesaria de los plazos, evitando el desgaste de los trabajadores en discusiones que no podrían tener puntos en común, pero lo engorroso del procedimiento y la ausencia de intervención de un organismo técnico que dirima los servicios mínimos, se prestará a una judicialización indeseada. Mayores problemas generará un posible acuerdo sobre servicios mínimos. En parte, por la posible presión que pueda sufrir un sindicato pequeño en estas materias, pero podrán presentarse problemas dogmáticos más complejos. Aquí someramente pueden esbozarse dos, de momento: ¿el acuerdo que alcance el empleador y el sindicato, podrá ser impugnado judicialmente?; y, nos parece, un problema más complejo, ¿un empleador que ha suscrito un acuerdo de servicios mínimos, conforme al artículo 360, podría sin embargo, como estrategia, pedir que se declare que la actividad no puede estar sujeta a huelga, dada una grave afectación de la salud o la economía? No es difícil pensar que problemas de esta naturaleza podrán presentarse en la gran minería, donde la cuestión sindical guarda mucha relevancia.

5. Bibliografía

Caamaño Rojo, E., “El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva”, *Revista de Derecho de la pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2008.

Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, *REDT*, n. 156, 2012.

- Gamonal Contreras, S., “Derecho Colectivo del Trabajo en el Sector Público”, *Revista Laboral Chilena*, 1998.
- Gamonal Contreras, S., “La Negociación y Contratación Colectiva Atípica”, *Revista Laboral Chilena*, 1999.
- Gamonal Contreras, S., *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, Lexis Nexis, 2007.
- Gamonal Contreras, S., “El derecho de huelga en la constitución chilena”, *RDUCN*, vol. 20, n. 1, 2013.
- Monereo Pérez, J.L., “Huelgas generales: fundamento, legitimidad y dinámica de tutela. Reflexiones iuslaborales”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, n. 13, 2010.
- Muñoz León, F., “Anef con SII: ¿Libertad sindical, debido proceso o libertades públicas?”, *Ius et Praxis*, vol. 17 n. 2, 2011.
- Padilla Ruiz, P., “La huelga en los servicios esenciales”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, n. 9, 2010.
- Solari Alliende, Enzo, “Recepción en Chile del Estado Social de Derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n. 2-3, 1993.
- Solari Alliende, E., “Para un concepto del Estado social de Derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, n. 42, 1997.
- Toledo Corsi, C., *Tutela de libertad Sindical*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- Varas Marchant, K., “El Código del Trabajo y la función pública: Análisis de la aplicación supletoria de la acción de tutela de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. III, 2013.
- Walker Errázuriz, P. y Arellano Ortiz, P., *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo*, Santiago, Librotecnia, 2014.

Web sites

http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/informes/2014/lahuelga.pdf

El despido derivado de la incapacidad temporal del trabajador: estudio comparado entre España e Italia*

Silvia FERNÁNDEZ MARTÍNEZ**

José SÁNCHEZ PÉREZ***

RESUMEN: En un contexto de crisis económica como el actual cada vez son más frecuentes los despidos de los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal (en adelante IT) a causa del padecimiento de enfermedades, en muchos casos, crónicas. Esto está motivado por el interés del empresario en obtener el mayor rendimiento posible, interés totalmente legítimo pero que en ocasiones puede colisionar con los derechos del trabajador. En estos casos se produce un conflicto entre dos intereses legítimos que será necesario resolver para decidir cuál prevalece. Será necesario analizar si el derecho del trabajador a la conservación de su puesto de trabajo prevalece sobre la posibilidad de despedirlo por ineptitud sobrevenida, morbilidad excesiva o imposibilidad de la prestación mientras se encuentra en situación de IT. El estudio comparado entre España e Italia aporta elementos decisivos a esta investigación puesto que la cuestión ha sido tratada de manera diferente.

Palabras clave: Despido, incapacidad temporal, derecho a la salud, rendimiento.

SUMARIO: 1. La incapacidad temporal como causa de despido: claves de un debate inacabado. 2. El derecho a la conservación del puesto de trabajo durante la situación de incapacidad temporal y el derecho a la salud. 3. El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal y su adecuada calificación. 4. Reflexiones en relación a un modelo susceptible de cambio. 5. Bibliografía.

* El presente artículo es fruto de una colaboración que se desarrolló durante la estancia de investigación que el profesor José Sánchez Pérez realizó en el mes de julio de 2016 en la sede de ADAPT en Bérgamo. Ello fue posible debido a que los intereses de investigación del profesor están relacionados con el tema de la tesis Doctoral de la doctoranda de la Universidad de Bérgamo Silvia Fernández Martínez y, de ahí la posibilidad de realizar este estudio en perspectiva comparada.

** Doctoranda Escuela de Doctorado en Formación de la Persona y Mercado de Trabajo, Universidad de Bérgamo – ADAPT (Italia).

*** Profesor Ayudante Doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España).

Dismissal after taking sick leave: A Comparison between Spain and Italy

ABSTRACT: In the current economic crisis, dismissing workers on sick leave – especially those with a chronic disease – is becoming an increasingly widespread practice. The reason for this arises out of the employer’s legitimate interest to safeguard business productivity, which at times might clash with workers’ rights. These conflicting interests should be settled in order to decide which right should be given priority. It will be necessary to assess whether employees’ right to keep their job should prevail over the possibility to dismiss them for their supervening inability to carry out the tasks assigned, excessive morbidity or unfitness for work when on sick leave. Accordingly, the present comparative study intends to investigate the main elements used to examine this issue, especially considering that this aspect has been dealt with differently in the two countries surveyed.

Key Words: Dismissal, sickness absence, right to health, performance.

1. La incapacidad temporal como causa de despido: claves de un debate inacabado

La IT es una institución que por una parte faculta al trabajador para suspender la obligación de llevar a cabo las obligaciones de su contrato de trabajo y, simultáneamente, lleva aparejada, de modo automático, la protección característica de las prestaciones de Seguridad Social que vienen a sustituir al salario que por tal motivo deja de percibirse.

En el supuesto que se describe existe un conflicto que históricamente ha dado lugar a situaciones controvertidas y cambiantes. Como puede apreciarse, cuando un trabajador está en situación de IT son varios los intereses en juego²⁴⁹, y todos ellos contrapuestos, por lo que será necesario encontrar un equilibrio entre el interés del trabajador en conservar su puesto de trabajo y el del empresario en la obtención del máximo rendimiento posible, así como, en última instancia, el de la Seguridad Social, en la reducción de la elevada parte del presupuesto que invierte en este tipo de prestaciones.

El interés del empresario en alcanzar el mayor rendimiento posible le lleva con frecuencia a prescindir del trabajador en situación de IT procediendo a su despido. Este supuesto constituye, en palabras de la doctrina que ha tratado el tema, una zona gris puesto que, a pesar del derecho del empresario a obtener la prestación de trabajo y a extinguir el contrato de trabajo cuando concurre alguna de las causas previstas en el ET, la función tuitiva del Derecho del Trabajo lleva a plantearse si dicha decisión empresarial no estaría vulnerando los derechos del trabajador, como lo son el derecho a la salud y a la integridad física, así como el derecho a no ser discriminados o incluso la garantía de indemnidad²⁵⁰.

Con carácter previo al análisis del despido del trabajador en situación de IT se ha de examinar la concurrencia de una situación anticipada de suspensión del contrato de trabajo. En tales casos, habrá que analizar cuál es el derecho que prevalece, si el del trabajador a conservar su puesto de trabajo a pesar de la enfermedad que justifica su situación o, por el contrario, el del empresario a despedirlo y dotarse de empleados con mejores condiciones de salud. En este contexto, sería deseable la optimización, tanto de la gestión de la prestación por IT como del absentismo laboral, en la medida en que ello reportaría beneficios para los sujetos implicados: tanto para el trabajador realmente imposibilitado para

²⁴⁹ Toledo Oms, A., *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson Reuters, 2009.

²⁵⁰ *Ídem., op. cit.*

trabajar, como para la empresa que mejoraría su competitividad, así como la propia Administración del Estado y Entidades Gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social que podrían garantizar prestaciones a los trabajadores que realmente lo necesiten²⁵¹.

La cuestión que se plantea ha sido tradicionalmente objeto de estudio desde la óptica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Recientemente, en el desarrollo de ese debate ha entrado en juego el TJUE quién se ha encargado de dar una definición de discapacidad, circunstancia que puede influir en los derechos que le corresponden al trabajador despedido mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal. De ahí la importancia de realizar un análisis comparado de las distintas respuestas a la cuestión que ofrecen dos ordenamientos jurídicos tales como el español y el italiano que presentan, en general, grandes similitudes. Además, a pesar de ser un tema de estudio tradicional es de gran actualidad hoy en día, especialmente si se tiene en consideración la crisis de los sistemas de Seguridad Social asociada al envejecimiento de la población y al incremento de los costes que ello supondrá. Por estos motivos, resulta interesante analizar la evolución jurisprudencial que se ha producido en ambos países así como la propuesta de regulación normativa que ha tenido lugar en Italia para analizar su viabilidad como posible solución al problema del despido del trabajador que se encuentra en situación de IT.

1.1. La incapacidad temporal y su incidencia en la estabilidad en el empleo

Respecto de la situación de IT uno de los parámetros que mejor mide su incidencia sobre el rendimiento en el trabajo se encuentra en el fenómeno del absentismo²⁵². El número medio de procesos de IT iniciados en

²⁵¹ Paredes Rodríguez, J. M.; Doctor Sánchez-Migallón, R., *La gestión y el control de la incapacidad temporal*, Aranzadi Social, 2006

²⁵² V Informe Adecco sobre Absentismo en España, de 15 de junio de 2016. Disponible en la URL: http://www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/777.pdf La tasa de absentismo se define como el porcentaje de las horas no trabajadas (sin contar vacaciones, festivos ni horas perdidas debido a ERTes) respecto a la jornada pactada efectiva. En España la tasa de absentismo hasta la aparición de la crisis económica de 2008 sufrió un aumento progresivo desde el 3,7% (año 2000) hasta el 4,9% (año 2007) en una tendencia que se prolongó durante seis años y que, finalmente, ha cambiado de sentido a partir del año 2015, situándose en valores medios previos a la crisis (4,7%). De forma significativa los procesos de incapacidad temporal contabilizados en España en el año 2015 se concretan en 3.934.380, según una estadística que ha incrementado los datos

España ha experimentado un incremento progresivo en los últimos años, de modo que si bien la duración media de dichos procesos se ha reducido ligeramente en el año 2016, el coste de los mismos mantiene cifras considerablemente elevadas²⁵³.

Una situación similar existe en Italia donde los datos disponibles relativos al año 2011 nos muestran cómo el número total de procesos de IT también es muy elevado. Sin embargo, existen diferencias entre el sector público y el sector privado, siendo mayor el número de procesos de IT iniciados en el sector privado, así como también es mayor la duración media de los mismos²⁵⁴. Respecto al número de horas de trabajo perdidas a causa de las ausencias al trabajo, los datos indican que en el 2012 la cifra ha descendido respecto a los datos relativos al año anterior aunque dicho porcentaje varía en función del sector productivo²⁵⁵.

Los gastos que representan para los Estados los procesos de IT son extraordinariamente elevados y pueden llegar a ser incluso superiores al gasto producido en prestaciones por desempleo²⁵⁶. Ahí puede encontrarse la explicación del desmedido y contradictorio afán del legislador por encontrar una fórmula milagrosa que permita controlar o limitar el gasto ingente que se produce en esta faceta.

En España, en el contexto actual el modelo de IT muestra una naturaleza cambiante, casi camaleónica, sometida a cambios casi permanentes²⁵⁷ que ha buscado la reordenación de los mecanismos de control con la intención

del año precedente nada menos que en un 10,23%.

²⁵³ En cuanto a estadísticas sobre duración media de los procesos de IT puede consultarse la URL del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Incapacidad_Temporal/IncapacidadTemporal2016/index.htm

²⁵⁴ Cfr. Rapporto sulla Coesione Sociale, 2012, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Sistema Statistico Nazionale, p. 37. El número total de procesos de IT asciende a 8.950.567 en el sector privado y a 3.891.355 en el sector público, mientras que la duración total de dichos procesos es de 79.488.274 y 25.687.211 respectivamente. Esto significa que la duración media de cada proceso de IT es de 9 días en el sector privado y de 7 en el sector público.

²⁵⁵ Indagine Confindustria sul mercato del lavoro - Anno 2012, Centro Studi Confindustria, agosto 2013. El número de horas perdidas alcanzaba en 2012 las 113, un 6,6% menos respecto al año precedente, lo que representa una tasa de absentismo en torno al 7% del total de horas trabajadas.

²⁵⁶ AA.VV., *Sickness, Disability and Work. Keeping on track in the economic downturn*, OCDE Background Paper, París, 2009.

²⁵⁷ Sánchez Pérez, J., "El papel de las Mutuas ante la inminente reforma del modelo de incapacidad temporal", en AA.VV., *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2013, p. 337.

de conseguir un objetivo económico traducido siempre en la reducción y control del gasto.

Además de los gastos que la IT representa para el sistema de Seguridad Social, también comporta costes directos para las empresas traducidos en diversas variables. Por una parte, da lugar al pago de las prestaciones económicas durante el periodo en que se prolongue. De otra, la empresa ha de afrontar la pérdida traducida en los costes de producción dejados de generar por el trabajador, así como, eventualmente, los costes derivados de la eventual sustitución del mismo. En cualquier caso, quien más sufre las consecuencias de la pérdida de salud del trabajador es el propio trabajador, no ya sólo por lo que ello implica directamente, sino por la reducción de ingresos que se producen en un contexto de incremento de la situación de necesidad, así como el mayor riesgo a ser despedido.

2. El derecho a la conservación del puesto de trabajo durante la situación de incapacidad temporal y el derecho a la salud

El derecho del trabajador a la conservación del puesto de trabajo mientras se encuentra ausente en razón de su enfermedad se configura como una excepción al régimen general del Derecho de Obligaciones y ha sido considerado históricamente como uno de los supuestos en los que el tratamiento dispensado en el ámbito de las relaciones laborales se ha empezado a diferenciar del Derecho General de Obligaciones²⁵⁸. En estos supuestos, y durante el periodo de tiempo en el que tiene que tolerarlo, el riesgo temporal de la enfermedad del trabajador se transfiere al empresario *ex lege*²⁵⁹, pues el padecimiento de una enfermedad se considera una situación merecedora de una tutela particular por parte del Derecho del Trabajo. La introducción de dicha excepción se justifica por la necesidad de establecer un justo equilibrio entre las partes del contrato de trabajo. Sin embargo, el problema surgirá a la hora de determinar hasta qué momento está justificado que opere dicha excepción, es decir, durante cuánto tiempo se debe garantizar la conservación del puesto de trabajo al trabajador en incapacidad temporal, a pesar del impacto negativo que ello implica en el desarrollo de la actividad empresarial. Pues bien, resulta difícil ofrecer una solución uniforme a esta cuestión pues habrá que

²⁵⁸ Voza, R., *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 248, 2015, (de próxima publicación en “Raccolta di scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo”), p. 1.

²⁵⁹ Tatarelli, M., *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padua, 2002, p. 5.

atender al caso concreto puesto que, en ocasiones, una ausencia breve puede provocar un daño irreparable al empresario, mientras que en otras ocasiones este podrá soportar perfectamente el hecho de que el trabajador esté temporalmente incapacitado por un periodo prolongado de tiempo sin que esto le ocasione perjuicios relevantes²⁶⁰.

En España el derecho a la suspensión del puesto de trabajo cuando el trabajador se encuentra en situación de IT del art. 45.1.c) ET. En tal caso, la conservación del puesto de trabajo ha sido considerada por la doctrina como la garantía más importante, cuando no la única, que el Estatuto de los Trabajadores ofrece para tutelar al trabajador enfermo²⁶¹. Se trata de un derecho vinculado a la normativa de Seguridad Social y cuya operatividad está condicionada a la iniciación de un proceso de IT y a la duración del mismo: el derecho a la conservación del puesto de trabajo durará tanto como dure el proceso de IT, hasta que se alcance su límite máximo.

Este derecho no implica que el despido del trabajador esté prohibido en todo caso sino que podrá producirse en los supuestos en que concurren incumplimientos producidos con carácter previo a la suspensión de la relación laboral. Fuera de este supuesto, la decisión extintiva también se ha mostrado legitimada si está vinculada, por ejemplo, a actitudes que dificulten o impidan la curación o la vuelta al trabajo, que comprometan el deber de no incurrir en una situación de concurrencia desleal así como la obligación positiva de colaboración con la empresa. En el caso descrito, puesto que durante la situación de IT quedan en suspenso tanto la obligación de llevar a cabo la prestación de servicios como la de remunerar el trabajo pactado, no concurre la extinción del vínculo jurídico por lo que siguen vigentes el resto de derechos y deberes que derivan de la relación laboral tales como el deber de buena fe y los derechos fundamentales del trabajador²⁶².

Por su parte, en Italia, el derecho a la conservación del puesto de trabajo durante el denominado “periodo di comporta”²⁶³ deriva de la prohibición,

²⁶⁰ Del Valle Villar, J. M. y Sagardoy y Bengoechea, J.A., *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador. Estudio del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores a la luz del Convenio 158 de la OIT*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1988, p. 23.

²⁶¹ Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, n. 157, 2013, p. 138.

²⁶² Carrizosa Prieto, E., “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 96, 2008, p. 272.

²⁶³ La expresión “periodo di comporta” hace referencia al periodo de tiempo máximo

que el art. 2110 del Código Civil Italiano (en adelante CCI)²⁶⁴ impone al empresario de extinguir el contrato de trabajo durante este periodo de tiempo. Sin embargo, al igual que ocurre en España, el derecho a la conservación del puesto de trabajo no implica que el despido esté prohibido en todo caso, sino que podrá ponerse fin a la relación contractual en caso de que concurra una justa causa²⁶⁵.

El art. 2110 CCI tiene el objetivo de compatibilizar los intereses contrapuestos en juego: el del empresario dirigido a tener en la empresa a trabajadores que efectivamente responden a sus expectativas en términos de rendimiento, y el del trabajador a disponer de un tiempo para recuperar su salud sin perder su trabajo ni los medios para mantenerse²⁶⁶. Esta especial protección se concede porque se considera que la tutela de la enfermedad debe prevalecer sobre cualquier otro interés empresarial, al menos durante un determinado periodo de tiempo y no porque se niegue que la misma producirá un efecto negativo para el empresario ya que la ausencia del trabajador puede obstaculizar, provocar un irregular funcionamiento en la empresa o, incluso, otro tipo de perjuicios²⁶⁷.

El trato diferenciado que el ordenamiento jurídico ofrece al trabajador enfermo se justifica también en razón de su vinculación con el derecho a la salud. A este respecto, en España se ha de apreciar que una vez que se ha admitido de forma explícita el derecho a la salud como expresión del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), directamente conectado con la dignidad de la persona (art. 10 CE), resulta patente que el ejercicio de ese derecho, que se traduce en la recuperación de la salud a través del correspondiente tratamiento médico, no debería dar lugar a una consecuencia tan perjudicial como lo es poner fin a la relación laboral. En este sentido, el derecho a la salud comprendería también el derecho a suspender el contrato de trabajo para permitir la recuperación de cualquier

durante el cual el trabajador tiene derecho a la conservación de su puesto de trabajo.

²⁶⁴ El art. 2110 CCI señala lo siguiente: “En caso de accidente de trabajo, enfermedad [...] si la ley o las normas corporativas no establecen formas equivalentes de protección social o asistencia, el trabajador tiene derecho a una prestación o indemnización en la medida y por el tiempo determinados en las leyes especiales, en las normas corporativas o por los usos y costumbres. En los casos indicados en el apartado precedente, el empresario tiene derecho a rescindir el contrato de trabajo ex art. 2118 CCI una vez transcurrido el periodo de tiempo establecido por la ley, las normativas corporativas o los usos y costumbres”.

²⁶⁵ Voza, R., *op. cit.*, p. 4.

²⁶⁶ Talarico, M., “Licenziamento per scarso rendimento da eccessiva morbilità”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1, 2015, p. 75.

²⁶⁷ Napoli, M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milán, 1980.

afectación física o psíquica²⁶⁸.

El trabajador que recurre a la sanidad pública para recuperar su salud, no puede verse represaliado por el empresario con la pérdida de su puesto de trabajo, pues difícil y mala cobertura tendrían los derechos constitucionales descritos si no concurre ninguna garantía frente a este tipo de actos. Pese a todo, la interpretación más extendida reside en considerar que al incluirse el derecho a la salud en el art. 43 CE, por lo tanto, fuera de la sección dedicada a los derechos fundamentales, se trata de un derecho de eficacia mediata que solo resultará aplicable en el ámbito laboral en los términos reconocidos por el legislador. Por este motivo, no es posible objetivar un derecho a mantener la relación laboral cuando el trabajador se encuentre en una situación de IT provocada por enfermedad. Además, la conexión establecida entre el derecho a la salud y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física ha sido utilizada por los Tribunales para justificar la improcedencia de los despidos producidos en situación de IT puesto que no han encontrado un vínculo especial entre el despido y la vulneración del derecho a la integridad del trabajador. Se advierte en esta línea que con el despido no se afecta ni se pone en peligro grave la salud del trabajador afectado, ni se impide que el trabajador despedido mantenga su acceso a las prestaciones sanitarias y económicas²⁶⁹.

De lo expuesto se deriva que, al no estar integrado en la categoría de derechos fundamentales y libertades públicas, tal vulneración no implicaría una calificación del despido como nulo.

Distinta es la situación en Italia donde el art. 32 de la Constitución configura la salud como un derecho fundamental del individuo. Gracias a la jurisprudencia, el derecho a la salud ha adquirido la condición de derecho individual, primario y absoluto que ha permitido que los tribunales lo apliquen de manera inmediata y directa. Además, la doctrina ha puntualizado que la salud no puede considerarse incluida en la noción de integridad física pues, si bien es cierto que existen espacios en los que hay una superposición de las dos nociones, la salud no se agota en la integridad física y la integridad física no se agota en la salud²⁷⁰.

²⁶⁸ Ginès i Fabrellas, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, n. 18, 2010, p. 17 (versión web).

²⁶⁹ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de noviembre de 2007 (AS 2008, 490) y 4 de diciembre de 2007 (AS 2008, 1745).

²⁷⁰ Morana, D., *La salute come diritto costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015.

3. El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal y su adecuada calificación

El derecho del trabajador a la suspensión del contrato de trabajo en los casos de padecimiento de una enfermedad y, en consecuencia, la conservación de su puesto de trabajo durante el periodo en situación de incapacidad temporal, deberían implicar, a priori, la imposibilidad del empresario de despedirlo por este motivo. Sin embargo, a pesar de la protección que el derecho a la conservación del puesto de trabajo dispensa al trabajador, es necesario plantearse si existen supuestos en los que, a pesar de la vigencia de este derecho, el empresario puede proceder al despido del trabajador de igual manera. En estos casos, se va más allá de aquellos supuestos en los que haya habido un incumplimiento previo por parte del trabajador o en los que concurren causas no asociadas a comportamientos imputables al trabajador, tales como puedan ser los despidos de carácter colectivo por causas de carácter económico.

Lo que se procede a plantear es si resulta una opción legítima para el empresario despedir al trabajador por las consecuencias derivadas del mero padecimiento de una enfermedad, bien por ineptitud sobrevenida o disminución del rendimiento, a pesar de encontrarse en situación de IT y de ostentar un derecho legítimo a la conservación del puesto de trabajo. En este contexto lo que se intenta resolver es cuál de los derechos legítimos tiene un peso mayor: el del empresario o el del trabajador.

3.1. El despido por ineptitud sobrevenida y la incapacidad temporal

La ineptitud sobrevenida está considerada como causa de despido objetivo tanto en España (art. 52.a) ET) como en Italia (art. 3. Ley n. 604, de 15 de julio de 1996)²⁷¹.

A pesar de ello, en el caso de España, en nuestra opinión, a pesar de que el art. 52.a) ET permite el despido objetivo en caso de ineptitud sobrevenida del trabajador, teniendo en cuenta el resto de la legislación vigente, no debería considerarse que es posible proceder al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador que se encuentra en

²⁷¹ En el caso de Italia, a pesar de que la ineptitud sobrevenida no se recoge como una de las causas de despido objetivo en dicho artículo, ha sido la jurisprudencia la encargada de configurarla como tal. Cfr. Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, 2015.

situación de IT ya que esta situación constituye uno de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo previstos en el art. 45.1.c) ET²⁷². En este caso, estaríamos ante un verdadero conflicto entre dos preceptos del ET: el que permite al empresario despedir al trabajador de manera justificada en caso de ineptitud sobrevenida y el que consiente al trabajador ausentarse de su puesto de trabajo de manera temporal para recuperar su salud. Para resolver este conflicto, a tenor de lo previsto en el artículo 3.3 ET, debe prevalecer la norma más favorable para el trabajador. Una conclusión en sentido contrario implicaría aceptar que el empresario está legitimado para despedir al trabajador por un motivo que constituye de manera expresa causa de suspensión de la relación laboral²⁷³. En estos casos, no se materializaría la ineptitud sobrevenida del trabajador que justifica su despido objetivo porque la situación de IT se caracteriza precisamente por su carácter transitorio por lo que no puede entenderse que concurre el requisito de la permanencia de la ineptitud exigido por la doctrina y la jurisprudencia para justificar el despido.

Existe, de otro lado, un argumento complementario a esgrimir y es que no se puede considerar objetivada una situación de incapacidad permanente sobrevenida si el trabajador se encuentra sometido al correspondiente tratamiento médico, farmacológico y rehabilitador que puede mejorar o resolver la situación patológica que justifica la situación incapacitante calificada efectivamente como temporal.

En Italia, el despido del trabajador producido mientras éste se encuentra en situación de IT no ha sido una cuestión pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Y ello a pesar de que, en principio, el art. 2110 CCI tiene carácter de norma especial que debería prevalecer sobre la normativa en materia de resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida de la prestación, incluso parcial (art. 1464 CCI), así como sobre las causas de despido objetivo (art. 3. Ley n. 604, de 15 de julio de 1996 sobre los despidos individuales).

Pues bien, en un primer momento, la jurisprudencia consideraba legítimo el despido objetivo del trabajador mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal, a pesar de no haberse superado el “periodo di comporta”, en caso de que las ausencias por enfermedad constituyesen un obstáculo para el funcionamiento de la empresa. En este caso, la causa de la resolución del contrato no sería la enfermedad en sí misma considerada,

²⁷² Arias Domínguez, A., *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador* (ineptitud, falta de adaptación y absentismo), Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 121.

²⁷³ Toscani Giménez, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, n. 3, 2009, p. 87.

sino el perjuicio que las ausencias derivadas de la misma provocan en la organización empresarial, circunstancia que implica que la prestación deje de resultar útil al empresario²⁷⁴.

Sin embargo con la sentencia *Sezioni Unite*, de 29 de marzo de 1980, n. 2072, se consolida una postura jurisprudencial mayoritaria que reconduce, en todo caso, el despido realizado durante el “periodo di comporta” al art. 2110 CCI, en su condición de normativa de carácter especial, por lo que el despido mientras el trabajador está en situación de IT no entraría dentro de los supuestos de despido por motivo objetivo²⁷⁵.

3.2. El despido por morbilidad excesiva

Supuestos especialmente complejos son aquellos en los que una enfermedad se mantiene a lo largo de un periodo prolongado de tiempo, o en los que se suceden diferentes enfermedades. Estos supuestos responderían al concepto de morbilidad excesiva²⁷⁶. Su desarrollo a nivel jurídico en Italia no implica una definición precisa sino que se deduce en contraposición a la morbilidad considerada normal, es decir, entrarían en esta categoría aquellas enfermedades que dan lugar a ausencias al trabajo de carácter no continuado y que se intercalan con periodos de mejoría en los que es posible retomar la actividad laboral. En estos casos estaríamos ante enfermedades crónicas que en razón de los diversos efectos negativos que pueden tener en la relación laboral, podrían implicar que la disponibilidad del trabajador sea impredecible e intermitente, con todas las implicaciones negativas que ello puede implicar para el empresario.

A pesar de la complejidad de estas situaciones, la *Corte di Cassazione* realiza una interpretación amplia del concepto de enfermedad por lo que resultaría posible reconducir al art. 2110 CCI también los supuestos de morbilidad excesiva del trabajador, es decir, también en estos casos, el trabajador tiene derecho a la conservación del puesto de trabajo durante el “periodo di comporta”.

La protección que el ordenamiento jurídico italiano otorga en caso de morbilidad excesiva se contrapone a la situación existente en España

²⁷⁴ A favor de esta posición Gragnoli, E., “Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo – il commento”, *Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 1, 2015.

²⁷⁵ En este sentido, Talarico, M., *op. cit.*, p. 73; Loy, G., *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1993, p. 262.

²⁷⁶ Riva Sanseverino, L., “Eccessiva morbosità e ordinamento applicabile”, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1980, p. 420.

donde, como contrapeso al mantenimiento de los derechos laborales del trabajador que se encuentra en situación de baja laboral, el legislador permite la posibilidad objetiva por parte del empresario de acudir a la extinción del contrato de trabajo cuando se alcanza un determinado número de faltas de asistencia al trabajo (art. 52.d ET) aún cuando se produzcan de forma justificada pero intermitente, debiendo alcanzar en tal caso un porcentaje suficiente para llegar al 20 por ciento de las jornadas hábiles durante dos meses consecutivos, siempre que simultáneamente la cifra total de faltas de asistencia durante los doce meses previos alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles. También se muestra, como causa justificativa para el despido objetivo, que se alcance el 25 por ciento de las jornadas hábiles en un periodo de 4 meses discontinuos computados en el margen de un año. El carácter intermitente de las ausencias al trabajo al trabajo resulta imprescindible por cuyo motivo no concurre cuando se trata de días consecutivos comprendidos en una única baja. Por otra parte, los porcentajes aludidos han de alcanzarse en el conjunto del período contemplado y no en cada uno de los meses, debiendo entenderse la referencia realizada respecto de los meses como meses naturales. Debe tenerse en cuenta como límite de esta facultad empresarial que no cabe el cómputo de las faltas de asistencia para aquellas ausencias debidas a huelga legal ejercida por el trabajador, el ejercicio de actividades en que se lleve a cabo la representación de trabajadores, para aquellas faltas de asistencia debidas a accidente laboral y en general aquellas que fueron debidas a contingencia profesional, bajas o suspensión del contrato, vinculadas a la situación de maternidad, riesgo de embarazo y lactancia, licencias y vacaciones, accidente no laboral o bien aquellas situaciones de baja laboral acordadas por los servicios sanitarios oficiales cuya duración se prolongue durante más de veinte días consecutivos. Tampoco podrían ser objeto de cómputo a efectos extintivos las situaciones de orden físico o psicológico derivadas de violencia de género, cuando aparezcan acreditadas bien por los servicios sociales o por los servicios de Salud, así como las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

3.3. El despido por imposibilidad de la prestación laboral

Otra de las posibilidades que se ha planteado en Italia es la de reconducir el despido en situación de IT a los supuestos de extinción de la relación laboral por imposibilidad total o parcial de la prestación laboral. Sin embargo, esta posibilidad no parece ser conforme a derecho si tenemos en

cuenta la protección especial que el ordenamiento jurídico otorga a la enfermedad²⁷⁷.

A pesar de que, la posición jurisprudencial y doctrinal mantenida después de la sentencia *Sezioni Unite* seguía un criterio consolidado, recientemente, con la sentencia de 4 de septiembre de 2014, n. 18678²⁷⁸, la *Corte di Cassazione* ha optado por la posición totalmente contraria. En esta sentencia, la Corte utiliza la argumentación precedente a la sentencia *Sezioni Unite* que ya había sido totalmente abandonada. La sentencia resuelve un supuesto de ausencias al trabajo de duración breve pero continuada y considera que las mismas pueden dar lugar a un despido objetivo ex art. 3 de la Ley n. 604 de 15 de julio de 1966.

Se trata de un supuesto de ausencias “a macchia di leopardo” que se comunicaban al empresario en el último momento, causando graves problemas de organización ante la dificultad de buscar un sustituto del trabajador. Para justificar el despido, esta sentencia tiene en cuenta únicamente los perjuicios que los cambios en la prestación laboral a consecuencia de la enfermedad ocasionan en la organización empresarial, y no la enfermedad en sí misma. El despido sería legítimo, con independencia de que se haya superado o no el periodo máximo en situación de IT porque lo que tiene en cuenta el Tribunal es únicamente el perjuicio que la reducción del rendimiento causa a la empresa. A pesar de que en esta sentencia la *Corte di Cassazione* hace referencia a su doctrina consolidada relativa a la imposibilidad de despedir al trabajador durante el “periodo di comporta”, considera que la misma no resulta aplicable en este caso en razón de las condiciones en las que se producen dichas ausencias, normalmente cuando tiene que realizar el turno nocturno o los fines de semana.

Si bien en este caso, la solución que adopta el Tribunal parece ser la adecuada teniendo en cuenta el *modus operandi* del trabajador, la misma puede provocar un efecto no deseado ya que en caso de que las ausencias breves se produzcan a consecuencia del padecimiento de una enfermedad crónica, cuyos efectos son intermitentes e impredecibles en el tiempo, no debiera resultar legítimo considerar que el despido es válido en razón del perjuicio que la reducción del rendimiento del trabajador enfermo causa en la organización empresarial. Por este motivo, no se debiera admitir que

²⁷⁷ En este sentido, Lama, R., “Trent’anni dopo le sezioni unite: la Cassazione riesuma l’eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4, 2014.

²⁷⁸ Para un comentario sobre esta sentencia véase: Lama, R., *op. cit.*; Gragnoli, E., *op. cit.*; Talarico, *op. cit.*

la *Corte di Cassazione* está en realidad cambiando, en general, la posición que había venido manteniendo desde la sentencia *Sezioni Unite*, ya que hacer depender la legitimidad del despido por reducción del rendimiento del carácter intermitente de las ausencias podría dar lugar al nacimiento de una discriminación entre las enfermedades de larga y las de breve duración que carecería de cualquier tipo de fundamento lógico. Además, siguiendo esta línea se estaría vaciando de contenido el art. 2110 CCI que, en cambio, debería prevalecer en razón de su carácter de norma especial.

Una parte de la doctrina muestra su preocupación ante la posición que está sosteniendo el Alto Tribunal y considera que lo que hace con esta sentencia constituye una verdadera “revolución silenciosa”²⁷⁹ ya que, a pesar de que hace referencia a su doctrina anterior, pone de manifiesto que está dispuesto a cambiar los principios en los que la misma se asentaba, incluso en detrimento del principio de certeza del Derecho.

El carácter excepcional de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 4 de septiembre de 2014, n. 18678, que se justifica por el tipo de ausencias que se producen en el caso concreto, parece confirmarse puesto que, en una sentencia posterior²⁸⁰ en la que el Tribunal está llamado a resolver un caso de despido durante el “periodo di comporta”, retoma la doctrina consolidada a partir de la sentencia *Sezioni Unite* y considera que el despido motivado por el elevado número de ausencias que, sin embargo, no superan el periodo máximo en situación de IT, es ilegítimo. La sentencia del Tribunal de Milán de 19 de septiembre de 2015, n. 26212, confirma esta posición y añade una nueva circunstancia que ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar si la prestación laboral del trabajador que se ausenta del trabajo sigue siendo útil para el empresario o no. El Tribunal señala que la prestación tiene que valorarse atendiendo a los días en los que el trabajador está presente en la empresa y no en relación a los días en los que está ausente. Para considerar que el despido es legítimo por este motivo, el empresario deberá demostrar que la prestación del trabajador no responde a sus expectativas en los días en los que está presente en la empresa.

De todo lo expuesto, puede concluirse que en Italia, a pesar de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 2014 prevalece, de todas maneras, la doctrina tradicional y consolidada según la cual no puede considerarse legítimo el despido del trabajador cuando este se encuentra en situación de

²⁷⁹ Magrini, S., “Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)”, *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, n. 1, 2015, p. 148.

²⁸⁰ Sentencia *Corte di Cassazione* de 2 de septiembre de 2015, n. 17436.

IT, con independencia de la duración de las ausencias y del arco temporal en el que se producen. En estos casos, la rentabilidad empresarial no puede prevalecer sobre el derecho del trabajador a recuperar su salud. Sin embargo, una vez transcurrido dicho periodo temporal, el art. 2110 CCI autoriza al empresario a rescindir el contrato del trabajador que se encuentra ausente debido a su enfermedad sin necesidad de alegar ningún tipo de causa. Esto ha llevado a la doctrina a considerar que la superación del “periodo di comporta” constituye un motivo de despido objetivo en sí mismo, que no necesita de ningún tipo de justificación a mayores²⁸¹. En estos casos, la excepción a la regla general del Derecho de Obligaciones deja de resultar aplicable y vuelve a prevalecer el interés de la empresa a obtener el máximo rendimiento posible, sobre el del trabajador a no sufrir perjuicios a causa de su enfermedad²⁸². Por su parte, algunos convenios colectivos no fijan *a priori* un “periodo di comporta” máximo sino que prevén que la conservación del puesto de trabajo se aplica hasta que el trabajador se haya recuperado totalmente de la enfermedad que padece. Si bien esta previsión pudiese parecer beneficiosa para aquellos casos en los que el trabajador padece una enfermedad de larga duración ello no es así puesto que el texto literal del convenio puntualiza que dicha previsión no se aplica a las enfermedades crónicas²⁸³.

3.4. La calificación del despido producido en situación de incapacidad temporal

El tema de la calificación del despido producido mientras el trabajador se encuentra en situación de IT ha sido objeto de mayor atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia españolas respecto a lo que ha ocurrido en Italia. Esto se debe, entre otros motivos, a que hasta las reformas laborales más recientes que se han producido en Italia, las consecuencias del despido ilegítimo eran las mismas tanto en caso de despido discriminatorio como en caso de un despido en el que no concurría la causa objetiva alegada ya que en ambos supuestos el trabajador tenía derecho a la reintegración en su puesto de trabajo²⁸⁴. Sin embargo, a partir de ahora, este está destinado a ser un tema que dé lugar

²⁸¹ Magrini, S., *op. cit.* p. 146.

²⁸² Loy, G., *op. cit.*, p. 263.

²⁸³ Sentencia *Corte di Cassazione* de 17 de marzo de 2016, n. 8901.

²⁸⁴ Carrizosa Prieto, E., “La discriminazione fondata sulla malattia del lavoratore”, *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2013.

a una gran controversia²⁸⁵ de ahí la importancia de analizar la situación existente en España al respecto.

En España, las consecuencias de la calificación del despido como nulo son bien diferentes a las derivadas del despido improcedente. La calificación del despido producido mientras el trabajador está en IT ha dado lugar a un gran debate tanto doctrinal como jurisprudencial.

En un primer momento existía una prohibición de despedir al trabajador en situación de IT que operaba de manera automática. Así, la primera redacción del ET (Ley 8/1980, de 10 de marzo) incluía diversas causas que determinaban la calificación de nulidad del despido, entre las que se encontraba la situación de los trabajadores en una situación suspensiva de su contrato de trabajo, salvo que procediera aplicar a la decisión extintiva el carácter de procedente. En consecuencia, cuando en un despido operaba la suspensión del contrato de trabajo podría resultar declarado procedente de considerarse acreditada la causa legal sobre la que se sustentara, o bien nulo para el supuesto en que no se acreditara suficientemente la razón alegada o ésta no existiera.

Hoy en día la situación es notablemente distinta a aquella inicialmente descrita prevaleciendo una interpretación mucho más restrictiva de los derechos del trabajador, facilitándose la extinción indemnizada del contrato suscrito por el trabajador en incapacidad temporal.

Desde la reforma normativa que quedó asociada a la Ley 11/1994 viene a producirse una interpretación muy limitada y reducida de las causas que permitían que el despido provocado por la mera situación de IT del trabajador pudiera tener la calificación de nulidad. De entre ellas, significativamente los actos extintivos que no respondieran a una causa legal quedarían relegados a la categoría de despido improcedente. A partir de este momento, la declaración de nulidad pasaría a obtener una interpretación restringida a aquellos casos en que el despido tuviera como móvil alguna de aquellas causas de discriminación que estuvieran prohibidas en la Constitución o cuando se produjeran concurriendo violación de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores. Así quedó reflejado en la nueva redacción del art. 55.5 ET. En la forma que se describe, la restricción aplicada a los supuestos de nulidad junto a las modificaciones introducidas en las consecuencias del despido improcedente vinieron a confluír en la práctica eliminación de la causalidad en la extinción de los contratos.

²⁸⁵ Sobre esta cuestión véase Fernández Martínez. S. y Tiraboschi, M., “Licenziamento e malattia alla luce del Jobs Act”, en Tiraboschi, M. (dir.), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè Editore, 2016.

El TS en su sentencia de 29 de enero de 2001²⁸⁶ vino a marcar la línea interpretativa a seguir respecto del despido producido cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal. La doctrina que se asienta²⁸⁷ interpreta y establece el criterio de que la enfermedad “contemplada en el sentido genérico apreciable desde la perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo que hace que el mantenimiento de la relación de trabajo ofrecida por el trabajador no se considere rentable por la empresa” no llega a considerarse un factor discriminatorio en el sentido estricto que del mismo término se deduce a tenor del inciso final del art. 14 CE. No obstante, deja una puerta abierta a la consideración de que se puedan producir otras circunstancias de las que puedan resultar apreciables estos elementos de segregación. En este contexto normativo, la doctrina jurisprudencial reseñada considera que el despido producido durante la situación de suspensión de la relación laboral ha de ser calificado como improcedente, con la marcada excepción de que se contemplara la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de algún derecho de carácter fundamental reconocido al trabajador. Cierra el círculo normativo e interpretativo la regulación legal que se incorpora a la Ley de Procedimiento Laboral – vigente a la sazón – a tenor de la cual, según el art. 108.2, la opción para declarar un despido como nulo deriva de la inclusión entre los supuestos relacionados en el mismo, entre los que no se hace mención alguna al despido producido durante la suspensión del contrato de trabajo por causa de incapacidad temporal. La consecuencia legal de lo expuesto derivará cuando no resulte acreditada la causa formal alegada en la ordinaria declaración de improcedencia del despido.

El nuevo encaje normativo vendrá a exigir la necesidad de que el trabajador, si pretende articular la solicitud de declaración de nulidad del despido, recurra a la acreditación de un supuesto de discriminación por razón de enfermedad o bien a la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el art. 15 CE.

A la hora de resolver la cuestión debatida también era preciso salvar lo previsto en el contenido del art. 6 del Convenio 158 de la OIT²⁸⁸ sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. El

²⁸⁶ Recurso de casación para la unificación de doctrina n. 1566/2000.

²⁸⁷ Reiterada entre otras por las de 13 de febrero de 2002, 12 de julio de 2004, 18 de diciembre de 2007, 22 de septiembre de 2008, 27 de enero de 2009, y la de 12 de julio de 2012).

²⁸⁸ Promulgado el día 22 de junio de 1982 por la Conferencia General de la OIT y ratificado por España el 26 de abril de 1985.

mismo establece que la ausencia temporal del trabajo provocada por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. La previsión expuesta podría entenderse cubierta – en la línea argumental mantenida por el TS – con la declaración de improcedencia del despido, si bien se puede considerar que con esta solución no se eliminan la totalidad de perjuicios sufridos por el trabajador, para cuya reparación puede articularse la declaración de nulidad incorporando así el estándar protector de los derechos fundamentales.

En consecuencia, de la interpretación genérica que ofrece el TS se desprende que el despido provocado por una situación de IT del trabajador no vulnera el derecho a la vida y a la integridad física que aparece contemplado en el art. 15 CE. Tampoco la enfermedad queda asimilada a la discapacidad como factor de discriminación prohibido, razón por la cual en tales supuestos la declaración consecuente ha de ser la de improcedencia y no la de nulidad. Sin embargo, respecto de esta última cuestión, las últimas sentencias del TJUE sobre el concepto de discapacidad están llamadas a provocar un cambio de tendencia en la doctrina consolidada del TS respecto a la no equiparación entre enfermedad y discapacidad²⁸⁹.

4. Reflexiones finales en relación a un sistema susceptible de cambio

El análisis comparado de las respuestas que los ordenamientos jurídicos italiano y español ofrecen en caso de despido de un trabajador que se encuentra en situación de IT no arroja demasiada luz a la hora de decidir cuál de los dos derechos en juego debe prevalecer: si el del empresario o el del trabajador. Si bien, la doctrina consolidada del TS en España parece decantarse por dar mayor peso al interés del empresario en obtener el máximo rendimiento, esta no es una cuestión pacífica ya que se corre un grave riesgo de vulnerar los derechos fundamentales del trabajador. Se trata de una posición llamada a cambiar si tenemos en cuenta que según la última doctrina del TJUE en determinados casos la enfermedad crónica puede ser considerada discapacidad y, por lo tanto, el trabajador que la padece debería tener acceso a la protección antidiscriminatoria.

²⁸⁹ Molina Navarrete, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “caso Ring””, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 130, 2015, p. 5.

Puede constatarse que la doctrina del TS, que sucede a la sentencia de 29 de enero de 2001, produce un indeseable efecto segregacionista dado que implica una auténtica autorización por vía jurisprudencial – frente a la precedente prohibición normativa – para poder despedir al trabajador que se encuentra en situación de IT, sin ocultar la razón y siempre que cumpla con la condición de abonar la indemnización correspondiente.

Por su parte, en Italia, a pesar de la sentencia disonante de la *Corte di Cassazione* de 2014, en general, la jurisprudencia consolidada considera ilegítimo el despido del trabajador si todavía no ha sido superado el periodo máximo durante el que tiene derecho a la conservación de su puesto de trabajo. Sin embargo, el problema que se plantea será determinar cuáles son las consecuencias jurídicas en caso de que el despido sea declarado ilegítimo pues, tras las últimas reformas, el trabajador ya no tendrá derecho a la reintegración en el puesto de trabajo a no ser que el despido se considere discriminatorio o nulo según otra norma del ordenamiento jurídico.

Como puede apreciarse, en líneas generales, el despido producido mientras se está en situación de IT viene considerado ilegítimo en ambos países, si bien lo realmente determinante serán las consecuencias que deriven de la situación previa descrita.

La situación actual de crisis y de inestabilidad laboral propicia situaciones de discriminación conectadas o relacionadas con situaciones de debilidad o vulnerabilidad desde un doble ámbito: físico y jurídico. Esto es lo que ocurre en España donde se deja abierta la posibilidad de despedir a cambio de la indemnización del despido improcedente a un trabajador cuando se encuentra en situación de baja médica. La vulnerabilidad en el ámbito jurídico también queda patente en España debido a la posibilidad de recurrir a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en caso de ausencias reiteradas pero intermitentes (art. 52.d) ET), habiéndose ampliado tal posibilidad al quedar desvinculada de la exigencia del absentismo colectivo.

El efecto indeseable que se genera no es otro que el trabajador en situación de IT puede quedar desplazado del ámbito de la relación laboral y, en definitiva, segregado con el grave riesgo de exclusión definitiva que se deduce de la dura competencia existente para la consecución de la estabilidad laboral.

Una de las diferencias que se aprecia realizando el estudio comparado se encuentra en la posibilidad que existe en Italia de despedir al trabajador una vez que ha superado el “periodo di comporta” sin necesidad de alegar ninguna otra causa o de acreditar que la enfermedad ha cesado. Esto no existe en España donde una vez superado el periodo máximo en situación

de IT, el trabajador podrá ser examinado por el Equipo de Valoración de Incapacidades, el cual decidirá acerca del reconocimiento del grado de incapacidad permanente que pueda corresponder al trabajador o bien si se encuentra en situación de alta médica o de mejoría que permita su reincorporación al trabajo. Para el caso de producirse el alta médica, si el trabajador ha incurrido en una pérdida sustancial respecto de las aptitudes precisas para su trabajo, cabe la posibilidad de que el empresario proceda al despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Así, aunque en un momento posterior, cabe que se produzca el mismo efecto indeseable que en Italia: la salida del trabajador con una enfermedad crónica del mercado de trabajo. En esta hipótesis recaerá sobre el empresario la carga probatoria relativa a la concurrencia de la ineptitud alegada como motivo objetivo de despido, sin que sea suficiente con la mera superación del periodo máximo en situación de IT.

De todo lo expuesto, se puede concluir que a pesar de que pueda justificarse la necesidad de preservar el derecho del empresario a alcanzar un nivel aceptable de productividad, combatiendo las altas tasas de absentismo derivadas, sobre todo de ausencias breves y reiteradas, esto no puede conducir a la penalización de los trabajadores que padecen enfermedades graves y de duración prolongada. Si bien en España, las ausencias derivadas de cáncer u otra enfermedad grave no se tienen en cuenta a la hora de computar aquellas que dan lugar al despido objetivo [ex art. 52.d) ET], esto no es una garantía de la que dispongan todos los trabajadores con enfermedades consideradas crónicas, quienes pese a poder quedar limitados por patologías de carácter grave, carecen de la aludida protección. En cualquier caso, se ha de tener presente que estos trabajadores igualmente podrían ser despedidos por ineptitud sobrevenida. Por estos motivos, resultaría necesario explorar nuevas posibilidades para garantizar la conservación del puesto de trabajo a aquellos trabajadores que padecen enfermedades con efectos prolongados en el tiempo. Siguiendo esta línea, en Italia, recientemente, se ha presentado una propuesta de ley²⁹⁰ que tiene como objetivo la equiparación de la duración del “periodo di comporta” para el sector público y el privado, así como la ampliación del plazo retribuido en 3 meses para los trabajadores con enfermedades oncológicas. A pesar que dicha propuesta de ley debe ser objeto de una valoración positiva pues representa un primer paso hacia el reconocimiento de una tutela mayor a las personas con enfermedades

²⁹⁰ Para un comentario de esta propuesta de ley véase Fernández Martínez, S., *Una proposta per modificare la disciplina del periodo di comporta e garantire la conservazione del posto di lavoro dei malati oncologici*, Bollettino ADAPT, 14 diciembre 2015.

crónicas, la misma se aplica solamente a los trabajadores con enfermedades oncológicas y no a todos los trabajadores con enfermedades crónicas, circunstancia que resultaría más adecuada. Además, para poder ofrecer una tutela real, el hecho de añadir un periodo de duración de 3 meses no bastaría, sino que habría que caminar hacia una tutela personalizada que atienda al caso concreto, por lo que la solución ideal sería que la duración del “periodo di comporta” variase en función de la enfermedad y de las necesidades del trabajador que la padece. En este sentido, la negociación colectiva parece ostentar un papel privilegiado para poder ofrecer tutelas adecuadas a las necesidades de los trabajadores con enfermedades crónicas. Sin embargo, tratándose de una materia tan delicada y relacionada directamente con la posibilidad de extinción de la relación laboral prevista por el art. 2110 CCI en el caso de Italia, dejar la regulación de la duración del “periodo di comporta” a la negociación colectiva puede dar lugar, como ya se ha dicho, al nacimiento de diferencias entre sectores productivos, por lo que la intervención del Estado parece ser la solución más adecuada en este caso, tal y como presupone la propuesta de ley presentada recientemente en Italia.

En lo que respecta a la normativa española llama la atención el carácter ficticio que habitualmente caracteriza a los despidos que se producen teniendo por causa directa la mera situación de IT del trabajador. La protección que se dispensa al trabajador, en consecuencia, puede entenderse más débil que en la normativa italiana. Se trata de despidos sin causa disciplinaria real en los que se busca la calificación de improcedencia de los mismos y la extinción indemnizada de la relación laboral.

Tal circunstancia quedó consagrada legalmente por la Ley 45/2002 que vino a establecer la posibilidad del reconocimiento por parte de la empresa de la improcedencia del despido, incluso en la propia carta en que se notificaba el mismo. Pasaba así a asentarse la convicción de que una vez reconocida la improcedencia del despido y producida la puesta a disposición de la indemnización a favor del trabajador la causa del despido pasaba a ser algo meramente instrumental. Pese a que se trataba de un criterio mayoritariamente admitido podemos recurrir a normativa de derecho internacional que ofrece una tutela más efectiva de los derechos de los trabajadores en situación de IT. A tal efecto el art. 4 del Convenio 158 OIT establece de modo terminante que: “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”, afirmación que resulta vinculante en aplicación del art. 96 CE, sin que sea posible derogar su contenido o

legislar en sentido contrario al derecho preservado.

Tras la Ley 3/2012, a tenor de su exposición de motivos, la supresión del “despido exprés” lleva a la consideración de que en el marco jurídico actual el despido es una requisito esencial y no meramente formal, realidad que viene a reforzar los presupuestos interpretativos que figuran en el Convenio de la OIT.

Como complemento interpretativo del art. 35.1 CE se desprende el derecho constitucional a no ser despedido sin que exista justa causa, tal y como advierte la doctrina del Tribunal Constitucional, en sus sentencias STC 22/81 y 192/03, según las cuales “tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma”. Se concluye así que en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se traduce en el derecho a la estabilidad en el empleo, es decir, en “el derecho a no ser despedido sin justa causa”.

La cuestión a debatir trata de discernir si la ausencia de causa o la invocación de causa ficticia debe alcanzar la consideración de simple “defecto formal” cuya sanción viene anudada a la mera declaración del despido como improcedente – tal y como aprecia la jurisprudencia mayoritaria desde la sentencia del TS, de 19 de enero de 1994, en aplicación del artículo 55.4 ET – o, bien si cabe tener presente la dimensión constitucional de los derechos afectados (tanto la garantía a la tutela judicial efectiva como el derecho al trabajo) para que, una vez constatada la indefensión que provoca la ausencia de conocimiento de la causa real del despido, la solución no pueda ser otra que la nulidad de la decisión extintiva.

En opinión del magistrado juez, Agustí Maragall, del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona (sentencia de 19 de noviembre de 2013, autos 398/2013) la sentencia del TC 62/2008, contiene la clave para realizar una interpretación extensiva de las situaciones en que se produce el despido de un trabajador por causa de su situación de incapacidad temporal. Esta sentencia establece que el estado de salud del trabajador o, de forma más concreta su enfermedad “pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE (...), encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo”. La cuestión estriba en que no es lo mismo reducir la consideración de discriminación a los supuestos de “estigmatización como persona enferma de quien la padece”, criterio que se mostraría altamente restrictivo y que podría quedar limitado a situaciones en que el trabajador

podiera padecer enfermedades que generen rechazo como pueda ser a título de ejemplo el SIDA. En tales situaciones el elemento de segregación se basa en la mera existencia de la enfermedad considerada en sí misma. La clave en este caso vendría determinada por la afirmación de que el factor enfermedad pueda ser considerado como un elemento de segregación basado en la existencia de la enfermedad considerada en sí misma “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”, ya que en tales supuestos cabría la inclusión de los casos en que el trabajador es, pura y simplemente despedido por su situación de incapacidad temporal.

En el contexto descrito los derechos del trabajador en situación de IT en España son más limitados que en Italia y más permeables a la exclusión laboral. No obstante, podríamos articular una respuesta normativa e interpretativa que mejorara la vulnerabilidad de este colectivo. A tal fin, podríamos convenir lo siguiente:

- 1.- En primer lugar, hemos de coincidir en que cuando concurre una situación de presión bajo la amenaza de despido para que el trabajador inste el alta médica y se reincorpore a su puesto de trabajo, constituye una conducta que pone en riesgo la salud y por tanto ha de valorarse como lesiva para el derecho a la integridad física, en cuyo caso, los tribunales podrán declarar la nulidad del cese y el consecuente mantenimiento del puesto de trabajo.
- 2.- El elemento decisorio en los supuestos en que se accede a la declaración de nulidad tiene que ver con el carácter reactivo de la decisión extintiva de la empresa frente al ejercicio del trabajador respecto de su derecho a la integridad física. Pues bien, en este punto, es la decisión de la empresa que procede al despido como reacción y como represalia frente al ejercicio de ese derecho de carácter constitucional, siendo más que discutible la solución restrictiva que ofrece el TS en España. A tal fin, entendemos que se ha de valorar que la garantía que aflora en los supuestos descritos no es otra que la de indemnidad, que como tal debería quedar vinculada al ejercicio de todos los derechos fundamentales en atención a que a todos ellos acompaña la prohibición de cualquier perjuicio o menoscabo que se derive del legítimo ejercicio de los mismos. Así se desprende de la sentencia del TC 265/2000 de cuyo criterio genérico interpretativo se debe deducir que toda medida sancionadora del

ejercicio de un derecho fundamental debe llevar aparejada la declaración de nulidad y sin que pueda producir efectos. con apoyo en tal criterio la doctrina ha anudado a la “garantía de indemnidad” la declaración de ineficacia de los actos empresariales lesivos de derechos fundamentales. La conclusión que cabe establecer, según el criterio que defendemos, es que el despido que tiene por causa el inicio por el trabajador de una situación de IT incurre en una vulneración de la garantía constitucional que identifica el derecho a la integridad física consagrado en el art. 15 CE. Tal derecho integra la garantía de indemnidad que incorpora el derecho a no sufrir represalias por el ejercicio de aquella contingencia de salud. La consecuencia derivada de la interpretación que se propone llevaría a una modificación legislativa que recoja la propuesta descrita y que eludiría la respuesta mercantilista de las empresas que “desechan” a trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal, trabajadores que simplemente ejercitan su derecho constitucional a la integridad física y que pueden quedar excluidos del mercado de trabajo como consecuencia de la limitación sobrevinida y, en muchos casos incierta, que viene asociada a la situación de IT.

5. Bibliografía

- AA.VV., *Sickness, Disability and Work. Keeping on track in the economic downturn*, OCDE Background Paper, París, 2009.
- Arias Domínguez, A., *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador (ineptitud, falta de adaptación y absentismo)*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- Carrizosa Prieto, E., “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 96, 2008.
- Carrizosa Prieto, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista española de derecho del trabajo*, Civitas, n. 157, 2013.
- Carrizosa Prieto, E., “La discriminazione fondata sulla malattia del lavoratore”, *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2013.
- Del Valle Villar, J.M. y Sagardoy y Bengoechea, J.A., *La extinción del contrato de trabajo por enfermedad del trabajador. Estudio del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores a la luz del Convenio 158 de la OIT*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1988, p. 23.
- Fernández Martínez, S., “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 1, 2015.

- Fernández Martínez, S., Una proposta per modificare la disciplina del periodo di comporto e garantire la conservazione del posto di lavoro dei malati oncologici, *Bollettino ADAPT*, 14 dicembre 2015.
- Fernández Martínez, S. y Tiraboschi, M., “Licenziamento e malattia alla luce del Jobs Act”, en Tiraboschi, M. (dir.), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè Editore, 2016
- Ginès i Fabrellas, A., “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, 2010, n. 18, p. 17 (versión web).
- Gragnoli, E., “Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo – il commento”, *Lavoro nella Giurisprudenza*, n. 1, 2015.
- Lama, R., “Trent’anni dopo le sezioni unite: la Cassazione riesuma l’eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4, 2014.
- Loy, G., *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1993.
- Magrini, S., “Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)”, *ADL. Argomenti di diritto del lavoro*, Cedam, n. 1, 2015.
- Molina Navarrete, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del “caso Ring””, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 2015, n. 130, p. 5.
- Morana, D., *La salute come diritto costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015.
- Napoli, M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli Editore, Milán, 1980.
- Paredes Rodríguez, J. M. y Doctor Sánchez-Migallón, R., *La gestión y el control de la incapacidad temporal*, Aranzadi Social, 2006.
- Riva Sanseverino, L., “Eccessiva morbilità e ordinamento applicabile”, *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1980, p. 420.
- Sánchez Pérez, J., “El papel de las Mutuas ante la inminente reforma del modelo de incapacidad temporal”, en AA.VV., *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2013.
- Talarico, M., “Licenziamento per scarso rendimento da eccessiva morbilità”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1, 2015.
- Tatarelli, M., *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padua, 2002.
- Toledo Oms, A., *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Thomson Reuters, 2009.

Toscani Giménez, D., “Delimitación conceptual de la ineptitud sobrevenida del trabajador”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Aranzadi, n. 3, 2009.

Voza, R., *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 248, 2015, (de próxima publicación en “Raccolta di scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo”).

Los bonos y participaciones como componentes del régimen retributivo de los trabajadores

Alfredo SIERRA HERRERO*

RESUMEN: En la actualidad se observa una tendencia creciente de las empresas a contar con sistemas salariales mixtos que, junto a una remuneración fija, se componga también por retribuciones asociadas al rendimiento de la empresa y de los trabajadores. En efecto, esto permite, por una parte, que la cantidad fija conformada por el sueldo otorgue seguridad al trabajador y, por otra, que las remuneraciones variables por rendimiento le ayuden a aumentar sus ingresos.

En Chile adquieren importancia en esta materia la participación y los bonos, que precisamente consisten en emolumentos variables que se fijan teniendo en cuenta los criterios recién mencionados. La participación tiene por objeto la repartición de las utilidades de la empresa en general o de negocios particulares de la misma. En cambio, los bonos o incentivos por rendimiento buscan premiar al trabajador en casos que se consigan determinados resultados, que pueden ser tanto de la empresa, como también de los propios trabajadores. El presente trabajo tiene por objetivo analizar las características principales de cada ambos tipos de remuneraciones variables en el Derecho chileno, haciendo presente donde corresponde los casos decididos por la judicatura laboral de dicho país.

Palabras clave: Contrato de trabajo, remuneración variable, participación, bonos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La participación. 3. Bonos e incentivos. 3.1. Nociones y características. 3.2. Discusión sobre el devengamiento del incentivo. 3.3. Bonos no pactados por escrito. Problemas tributarios. 4. Reflexiones finales. 5. Bibliografía.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela (España), Profesor de Derecho del Trabajo y Vicedecano Académico, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, Correo electrónico: asierra@uandes.cl.

Bonuses and voluntary profit-sharing agreements as components of the employees remuneration system

ABSTRACT: Nowadays, there is a growing trend in considering, alongside the fixed remuneration, wage components that are related to the company's performance and to that of its employees. In effect, this allows, firstly, for the fixed amount to provide security for the employees and, secondly, for the variable remuneration related to performance, to help them increase their income.

In Chile, the relevant examples are the voluntary profit-sharing agreements and the bonuses, which consist of variable remunerations that are determined taking into account the aforementioned criteria. Voluntary profit-sharing concerns the distribution of profits of the company in general or from one of its particular businesses. Meanwhile, bonuses or performance incentives seek to reward employees in case they accomplish certain results, which can be both of the company, or of the employees themselves. This paper aims to analyze the main characteristics of each of these types of variable remuneration under the Chilean law, referring to –when applicable– the relevant cases decided by the Chilean Labor Courts.

Key Words: Labor Contract, Variable remuneration, voluntary profit-sharing agreements, bonuses.

1. Introducción

Las fórmulas retributivas en los contratos de trabajos cada vez son más variadas. Es posible observar una tendencia creciente a contar con componentes salariales que digan relación con el rendimiento de la empresa y de los trabajadores. Se puede señalar que una estructura de percepciones típica en este sentido, se basa comúnmente en los siguientes elementos: una remuneración fija, que sería el sueldo (cfr. art. 42 Código del Trabajo de Chile²⁹¹), y otras remuneraciones variables, constituidas por complementos funcionales que el trabajador obtendrá cuando se cumplan condiciones previas en relación con los resultados, los beneficios de la empresa, etc.²⁹².

Para la doctrina económica, en este esquema mixto (con componentes fijos y variables) se cumplen con mayor claridad los objetivos de toda retribución, dentro del marco de las expectativas de los trabajadores²⁹³. En efecto, por una parte, la cantidad fija conformada por el sueldo otorga seguridad al trabajador y, por otra, las remuneraciones variables por rendimiento ayudan a aumentar sus ingresos²⁹⁴.

En este contexto, en Chile adquieren importancia remuneraciones como la participación y los bonos (o *bonus*) que precisamente consisten en emolumentos que se fijan teniendo en cuenta los criterios mencionados. Como veremos, la participación tiene por objeto la repartición de las utilidades de la empresa en general o de negocios particulares de la misma. Por su parte, los denominados bonos o incentivos por rendimiento buscan premiar al trabajador en casos que se consigan determinados resultados, que pueden ser tanto de la empresa, como también de los trabajadores. A continuación, analizaremos cada una de estas remuneraciones.

2. La participación

La participación es de las remuneraciones mencionadas en forma expresa

²⁹¹ En adelante, “CdT”.

²⁹² De Val Tena, Á., *Los trabajadores directivos de la empresa*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 286.

²⁹³ Medina Giacomozzi, A., Gallegos Muñoz, C. y Lara Hadi, P., “Motivación y satisfacción de los trabajadores y su influencia en la creación de valor económico en la empresa”, *Revista de Administração Pública*, Río de Janeiro, vol. 42, n. 6, 2008, p. 1225.

²⁹⁴ Gamonal Contreras, S. y Guidi Moggia, C., *Manual del contrato de trabajo*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015, p. 236.

en la ley, y que se definen como “la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de las de una o más secciones o sucursales de la misma” (cfr. art. 42 d CdT).

Se trata de una retribución de naturaleza similar a la gratificación, dada su conexión con las utilidades de la empresa. La diferencia se refiere a que en principio la gratificación es una remuneración obligatoria – cumpliéndose ciertos requisitos – conforme los criterios legales y que se refiere a las utilidades globales de la empresa. En cambio, la participación es de carácter voluntario y puede tener relación con utilidades generales de la empresa, pero también con aquellas más específicas, en cuanto a operaciones y al lugar físico (secciones o sucursales de la misma).

Según apuntábamos, el aspecto clave para caracterizar una remuneración como participación –sin perjuicio de todas las posibilidades de pacto que puede implicar –, será el que la empresa o sucursal respectiva obtenga utilidades. En este sentido, la Dirección del Trabajo sostiene que la participación “constituye un beneficio sujeto a una condición suspensiva que consiste en que la empresa obtenga utilidades en el ejercicio comercial respectivo, de suerte tal que, si éste requisito no concurre, la condición resulta fallida, desapareciendo, en consecuencia, la obligación de otorgarla”²⁹⁵.

En este orden, concluye que si no se han obtenido dichas utilidades “se traduce en que se extingue la obligación, de modo que si todo o parte de ella se hubiere pagado debe ser restituido, toda vez que sería una obligación sin causa, y consecuentemente, habría producido un pago indebido”²⁹⁶.

Si bien coinciden en este punto con las gratificaciones legales, al mismo tiempo existen ciertos aspectos en los que se diferencian. En efecto, el concepto de utilidad a considerar para la gratificación legal es acotado al de “utilidad líquida” (inc. 1º art. 47 CdT), la que se obtiene de la liquidación que practique el Servicio de Impuestos Internos (SII) para la determinación del impuesto a la renta – sin deducir las pérdidas de ejercicio anteriores – y a esta liquidación es necesario deducir el diez por ciento del valor del capital propio del empleador (cfr. art. 48 CdT). En cambio, tratándose de la participación sólo se habla de utilidad, sin otra acotación, de modo que es una noción no sólo circunscrita al carácter “líquido” legal dispuesto para la gratificación, sino que comprensivo de otra clase de utilidad; lo que se refuerza dada la naturaleza voluntaria de esta remuneración. Se pueden pactar así participaciones relativas a utilidades

²⁹⁵ Dirección del Trabajo Ord. N. 3032/228, 9 de julio de 1998.

²⁹⁶ Dirección del Trabajo Ord. N. 3032/228, 9 de julio de 1998.

brutas, netas, etc. Se trata más bien de conceptos contables que muchas veces pueden generar dudas en cuanto a sus alcances. Por tales motivos, resultarán relevantes los términos de la cláusula donde se detalla esta remuneración.

Se diferencia a su vez de la gratificación legal, pues no se trata de una remuneración que queda circunscrita únicamente a un ejercicio comercial anual, sino que puede comprender períodos más reducidos (por ejemplo, mes, trimestre, etc.).

3. Bonos e incentivos

3.1. Nociones y características

Otra clase de remuneración característica de los trabajadores son los denominados bonos por rendimiento o producción. Previamente cabe advertir que bajo la denominación de “bono”, se agrupan una serie de remuneraciones que en principio están fuera de aquella enumeración contemplada en el art. 42 CdT, y que no tienen otro denominador común más que el de tratarse de emolumentos de orden accesorio o complementario. Se afirma así que “los bonos constituyen una forma o tipo de remuneración que responden a una consecuencia específica y determinada de la prestación de los servicios, como, por ejemplo, el estímulo a la productividad, a la asistencia, a la puntualidad, etc.”²⁹⁷.

En efecto, en la práctica se incluyen en esta denominación diversas clases de remuneraciones que pueden estar ligadas a distintas circunstancias, tales como, la productividad²⁹⁸, horario de trabajo²⁹⁹, etc. Tal es la amplitud del término, que el legislador a la hora de aceptar la procedencia del reemplazo en la huelga, exige que el empleador pague un “bono de reemplazo” a los huelguistas por cada “trabajador contratado como reemplazante”³⁰⁰; sucede asimismo con la denominación de remuneraciones extraordinarias pagadas en sectores como la educación, la salud, etc.

²⁹⁷ Dirección del Trabajo, Ord. 7244/339 de 15 de febrero de 1992.

²⁹⁸ Dirección del Trabajo, Ord. 4072/230 de 14 de julio de 1997, Ord. 190/13 de 11 de enero de 2001, Ord. 1636/133 de 24 de abril de 2000.

²⁹⁹ Dirección del Trabajo, Ord. 988 de 26 de febrero de 2015.

³⁰⁰ Sobre otros requisitos para contratar reemplazantes durante la huelga, véase art. 381 CdT. Con todo, cabe advertir que dicho artículo dejará de regir en abril de 2017, pues ha sido derogado recientemente por la Ley n. 20.940. De manera que no será posible contratar reemplazantes (cfr. inc. 2º art. 345 CdT – Ley 20.940 –).

En el caso de los trabajadores directivos o de confianza, la clase de bono utilizado es aquél que se mide en relación a rendimientos personales o de la empresa. Es frecuente así que se pacten esta clase de bonos sobre la base de parámetros, tales como, beneficios, productividad, ventas, etc.³⁰¹. Su devengo dependerá entonces del cumplimiento de las condiciones pactadas, es decir, de la obtención o no de las metas previstas³⁰².

Como el bono es un término que en la práctica su determinación se asocia a diferentes circunstancias, suelen existir bonos de ejecutivos relacionados con la obtención de utilidades por parte de la empresa. La Dirección del Trabajo afirma que los bonos no dicen relación con “las utilidades de la empresa o del empleador, circunstancia esta última que es fundamento esencial de la participación y la gratificación”³⁰³. Dado que se trata de un término omnicomprendivo de una variada clase de remuneraciones (en la práctica), no parece que haya mayor inconveniente en pactar con la expresión “bono” una remuneración que en la realidad es una participación; sin perjuicio de las consecuencias que ello puede generar en materia tributaria, según veremos. Así por ejemplo el bono mencionado – asociado a la utilidad de la empresa– podría deducirse de las gratificaciones legales (cfr. 51 CdT), aun cuando no se haya designado nominalmente como participación o gratificación voluntaria. Por lo demás, el art. 51 CdT se refiere a remuneraciones en general –sin hablar en forma expresa de participaciones o gratificaciones– que se imputen en forma expresa a las utilidades de la empresa. Se aplicaría el mismo criterio que para aquellas remuneraciones que a pesar de su designación de bono son calificados como sueldo, por reunir las características propias de éste. Pues, como Gamonal y Guidi señalan, la calificación de las remuneraciones está determinada por el “orden público laboral”, de modo que, si una remuneración reviste los caracteres de sueldo, tendrá tal condición, aunque las partes digan que es comisión o le den otra denominación en el contrato individual o colectivo³⁰⁴.

No deben confundirse los bonos a través de los cuales se reparten utilidades, y que plantean la discusión antes expuesta, con aquéllos denominados de “rendimiento, producción o anual” que para su determinación pueden considerar las utilidades de las empresas, pero sin que se haga al trabajador participe de ellas. Un esquema en este sentido suele ser aquel en que se vincule la obtención de un determinado monto de utilidades con el pago de un número de sueldos. Esta opción de utilizar

³⁰¹ De Val Tena, A., *op. cit.*, n. 2, pp. 286 y 287.

³⁰² *Ibid.*, p. 287.

³⁰³ Dirección del Trabajo, Ord. 7244/339, de 15 de febrero de 1992.

³⁰⁴ Véase Gamonal Contreras, S. y Guidi Moggia, C., *op. cit.*, n. 4, p. 237.

el sueldo como base de cálculo viene a ser la certeza que ofrece en cuanto a su monto dado su carácter fijo (cfr. art. 42 a CdT). Se puede pactar así por ejemplo, que el trabajador recibirá por concepto de bono anual la cantidad de: a) dos sueldos si las utilidades son superiores a “X” monto de utilidades; b) cuatro sueldos si las utilidades son superiores a “Y” monto de utilidades, etc.

Podríamos decir que, por lo menos a nivel de denominación, los bonos que las empresas estipulan con sus trabajadores, son los recién mencionados de “rendimiento, producción, anual”. Tal clase de remuneración se ha definido por la jurisprudencia como “beneficio que puede convenirse dentro de las estipulaciones del contrato de trabajo y que devenga para el trabajador una suma de dinero, en el caso que se cumpla con las metas de eficiencia, productividad u otras previamente establecidas”³⁰⁵. Según se advierte, dicho bonos están sujetos a criterios – o metas – para que la empresa deba concederlos, los cuales se podrán o no cumplir; de ahí su naturaleza “condicional”³⁰⁶.

Para estos efectos, se puede fijar un solo criterio a cumplir, como por ejemplo, que la empresa obtenga cierto nivel de utilidades, o bien, un conjunto de presupuestos que es necesario observar. Estos presupuestos pueden resumirse en tres aspectos: a) resultados de la empresa: puede tratarse de resultados generales de la empresa en general o sucursales u oficinas donde se desempeña el trabajador. Estos resultados pueden tener en cuenta parámetros como las utilidades, ventas, etc. No se trataría de una participación en las utilidades o un porcentaje de ventas, sino que el nivel alcanzado de utilidades y ventas condicionara el pago o no del bono – considerando también los siguientes presupuestos –, y si corresponde el pago, sobre cuál sería su monto (p. ej. dos sueldo bases, etc.); b) Indicadores personales de desempeño, denominados en la práctica como *Key Performance Indicators*, relativos al cumplimiento de tareas específicas – de carácter individual y organizacional – que se asignan al trabajador al inicio de cada año; y c) Evaluación de desempeño, que consiste principalmente en revisar el cumplimiento por parte del trabajador de su desarrollo profesional – en el período que comprende la evaluación – y de su compromiso con lo que muchas veces se define como valores corporativos de la empresa. A quien se encarga la evaluación es a los superiores jerárquicos del trabajador respectivo. En caso del gerente general, dependerá muchas veces de las características especiales de la sociedad – o corporación, fundación, etc. – que es titular de la empresa.

³⁰⁵ Corte Suprema, ROL n. 704-2008, de 26 junio de 2008.

³⁰⁶ Corte Suprema, ROL n. 704-2008, de 26 junio de 2008.

Lo ideal es que sea el directorio o parte de él en caso de una sociedad anónima.

De los factores expuestos se advierte que cabe en la determinación de estas remuneraciones un margen amplio de discrecionalidad por parte del empleador. Y en la práctica es así ciertamente. Por tales motivos, para evitar conflictos a la hora de su aplicación conviene que estas cláusulas regulen con detalle los elementos que ayuden a determinar su monto y el momento de su liquidación y pago³⁰⁷.

Es necesario asimismo subrayar que un régimen equilibrado de tales de retribuciones tendría que considerar los logros de la empresa, y no sólo los resultados personales del trabajador, pues de lo contrario pueden suceder situaciones donde la empresa acuerde un determinado régimen de incentivos salariales que un futuro desfavorable no pueda ser capaz de afrontar. Tal como sucedió en España con la empresa Catalunya Banc, SA que pretendía no abonar las remuneraciones variables a un grupo de trabajadores que habían alcanzado las metas fijadas para su consecución³⁰⁸. Con tal objetivo, dicha empresa solicitó que se aplicara la cláusula *rebus sic stantibus*, puesto que las retribuciones variables se habían pactado en el ciclo alto de la economía, y no resultaba posible pagarlas en el escenario recesivo que sobrevino con posterioridad³⁰⁹. Finalmente, esta petición fue desestimada por la Audiencia Nacional, que no estimó posible que se aplicara la cláusula indicada, ya que a su entender no existió “alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el año 2011, cuando se publicaron las circulares citadas, ya que la depreciación de los inmuebles de las entidades de crédito era absolutamente notoria desde varios años antes, lo cual no impidió que la empresa fijase unos objetivos exigentes a sus trabajadores. Tampoco existen circunstancias imprevisibles, en la medida en que la entidad financiera era plenamente consciente de sus resultados de explotación (...)”³¹⁰.

En relación a lo anterior, respecto de las remuneraciones variables de ejecutivos, cabe tener en cuenta las consideraciones que a este respecto contempla la Directiva Europea 2010/76, que apuntan al equilibrio y proporcionalidad que éstas deben representar dentro del esquema retributivo de un trabajador. Se dispone que “la remuneración variable debe representar una proporción equilibrada de la remuneración total. Es esencial que el sueldo fijo de un empleado represente una parte

³⁰⁷ De Val Tena, A., *op. cit.*, n. 2, p. 287.

³⁰⁸ Véase Fotinopoulou Basurko, O., “Las retribuciones variables y riesgo en el sector financiero”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 43, 2013, pp. 3 y ss. [versión en línea].

³⁰⁹ Véase *Ibid.*, p. 3.

³¹⁰ Audiencia Nacional 10 enero de 2013, AS 2013\1060, *op. cit.* en *ibid.*, p. 5.

suficientemente elevada de su remuneración total, de modo que la política de remuneración variable pueda ser plenamente flexible, a tal punto que sea posible no pagar remuneraciones variables. A fin de garantizar la coherencia de las prácticas en materia de remuneraciones en todo el sector, es conveniente especificar determinados requisitos claros. Las remuneraciones variables garantizadas no son compatibles con una gestión saneada de los riesgos ni con el principio de recompensar el rendimiento, y, como norma general, deben prohibirse (§ 8º)³¹¹.

3.2. Discusión sobre el devengamiento del incentivo

Los bonos por rendimiento suelen pactarse por períodos anuales, de manera que su devengamiento está asociado principalmente a los resultados de la empresa de cada ejercicio tributario. Resulta normal que dichas remuneraciones se paguen durante los primeros meses del año siguiente. Por ello es común que se estipule como condición para que se entere, que el trabajador se encuentre prestando servicios al momento de su pago, por ejemplo marzo o abril del año posterior.

Recientemente en Chile una sentencia de la Corte de Santiago desestimó la validez a esta clase de condición³¹². Se trataba de un “bono o gratificación convencional” que se pagaba en el mes marzo de cada año y que provenía del cumplimiento de ciertas métricas en función de resultados de la compañía por el año comercial anterior. Esta bonificación consistía en un número determinado de sueldos base de acuerdo al nivel de responsabilidad en el cargo, según los resultados (utilidades) de la empresa. Para que procediera este incentivo, se requería también que el trabajador, a la fecha del pago (mes de marzo del año siguiente), estuviera prestando servicios en la empresa. En el asunto en análisis el trabajador es

³¹¹ Esta Directiva se origina principalmente como consecuencia de la crisis financiera de 2008, y va dirigida a las empresas bancarias o financieras. A este respecto, en el comienzo de dicha regulación se indica: “La asunción excesiva e imprudente de riesgos en el sector bancario ha originado la quiebra de diversas entidades financieras y problemas sistémicos en los Estados miembros y a nivel mundial. Si bien las causas de esa asunción de riesgos son múltiples y complejas, se admite comúnmente entre los organismos de supervisión y regulación, incluido el G-20 y el Comité de Supervisores Bancarios Europeos (CSBE), que las inadecuadas estructuras de remuneración de algunas entidades financieras han sido un factor coadyuvante. Toda política de remuneración que ofrezca incentivos para asumir riesgos que rebasen el nivel general de riesgo tolerado por la entidad puede ir en detrimento de una gestión sana y eficaz de los riesgos y exacerbar los comportamientos temerarios”.

³¹² Corte de Apelaciones de Santiago, ROL n. 1989-2015, de 7 de marzo de 2016.

despedido por desahucio (cfr. inc. 2^a art. 161 CdT) el 10 de febrero de 2015. Así las cosas, por una parte, la empresa se niega a pagar el bono, porque el trabajador no está trabajando en marzo y, por otra, este último reclama igualmente su pago por entender que el incentivo se ha devengado.

Como apuntábamos, la Corte Santiago determina que procede el pago del bono. Toma en cuenta para su decisión los arts. 54 bis CdT y 63 bis CdT. A este respecto, sostiene que “el primer precepto determina que las remuneraciones devengadas se incorporan al patrimonio del trabajador, teniéndose por no escrita cualquier cláusula que implique su devolución, reintegro o compensación por parte del trabajador al empleador, ante la ocurrencia de hechos posteriores a la oportunidad en que la remuneración se devengó, salvo que dichos hechos posteriores se originen en el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones contenidas en su contrato de trabajo”³¹³. De esta forma, el tribunal concluye que, al tenor de lo dispuesto art. 54 bis CdT, el bono en cuestión “se devengó al 31 de diciembre de 2014 y con esa misma fecha se incorporó al patrimonio del trabajador”³¹⁴. Y, en relación al art. 63 bis CdT, la Corte sostiene que “en razón del término del contrato de trabajo, la demandada estaba obligada a pagar todas las remuneraciones que se adeudaren al trabajador en un solo acto al momento de extender el finiquito, lo cual no hizo en que se refiere al pago de este bono”³¹⁵.

Con todo, uno de los principales argumentos de la Corte consistió en calificar el hecho que el empleador pueda despedir al trabajador en cualquier momento, y de esta forma evitar la permanencia del trabajador al momento del pago del bono (marzo del año siguiente), como una condición meramente potestativa y, por ende, nula. A este respecto, el tribunal afirmó que “reunidos los requisitos para la obtención del mismo, quedó sujeto su pago a la simple voluntad de la persona obligada al mismo, en este caso del empleador, quien como ha quedado determinado, desvinculó al actor por su propia voluntad, por la causal contenida en el inciso 2° del artículo 161 del Código del Ramo y, por consiguiente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1478 del Código Civil. Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga” (considerando 7°)³¹⁶.

No obstante que comparto la decisión de la Corte, no concuerdo principalmente con esta última fundamentación. En primer lugar, me

³¹³ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL n. 1989-2015, de 7 de marzo de 2016.

³¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL n. 1989-2015, de 7 de marzo de 2016.

³¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL n. 1989-2015, de 7 de marzo de 2016.

³¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL n. 1989-2015, de 7 de marzo de 2016.

parece discutible que se trate de una condición meramente potestativa (cfr. 1º art. 1478 CdT), pues la circunstancia de despedir al trabajador antes de que se pague el bono, corresponde, más bien, a un “hecho voluntario” que a la mera voluntad. En tal sentido, parece ser una condición simplemente potestativa, y recordemos que este tipo de condición que consiste en un “hecho voluntario de cualquiera de las partes” sí tiene validez (cfr. inc. 2º art. 1478 CC).

Asimismo, creo que este razonamiento judicial contamina la correcta justificación de la decisión, pues hace depender esta última de un fundamento erróneo, que, por lo mismo, puede distorsionar la solución de otros casos semejantes. Según se aprecia, la Corte centra su análisis en cómo se produjo el término del contrato, siendo una cuestión clave para su determinación, el que se hubiera despedido al trabajador. Esto debido a que el tribunal considera que esta desvinculación por parte de la empresa, previa a la fecha correspondiente al pago del bono, se traduce en una condición meramente potestativa que no puede ser válida. De esta suerte, siguiendo esa lógica, si el trabajador hubiera renunciado a la empresa, la Corte habría entendido que no procedía el bono, y hubiera aceptado la posición de la empresa.

Pienso que este criterio no es correcto, porque a mi juicio el bono se hubiera devengado igualmente si el término del contrato se producía por la renuncia del trabajador. En efecto, por tratarse en este caso de una remuneración por rendimiento (de la empresa y el trabajador), era necesario verificar si se cumplieron las condiciones asociadas al cumplimiento de logros (o métricas, según se señalaba en la cláusula), ya sea del trabajador o de la empresa.

En este asunto se puso constatar, al término del ejercicio comercial, es decir, el 31 de diciembre, que dichas metas se cumplieron. De este modo, era posible afirmar que este bono de carácter “anual” se había devengado en ese momento y, por tanto, se había incorporado “al patrimonio del trabajador” (cfr. inc. 1º art. 54 CdT). En consecuencia, no correspondía afirmar que dicho devengamiento no se había concretado dado que no se había verificado otra condición de la cláusula, como era la exigencia de permanencia del trabajador en el mes de marzo siguiente al del ejercicio en cuestión. Toda vez que se trataba de una condición que correspondía a un período posterior al que se alcanzaron las metas, de manera que de acuerdo al inc. 1º del art. 54 CdT, se podía concluir esa exigencia de permanencia implicaba “la ocurrencia de hechos posteriores a la oportunidad en que la remuneración se devengó”, lo que ciertamente no podía dejar sin efecto la exigibilidad de la remuneración.

3.3. Bonos no pactados por escrito. Problemas tributarios

Por otra parte, resulta habitual que se hagan pagos bajo esta modalidad, es decir, como “bonos”, que se originan en un pago espontáneo y discrecional – no pactado previamente – del empleador, que se efectúa de acuerdo a su criterio subjetivo³¹⁷. El origen de dichos pagos viene dado por los buenos servicios materializados en los datos económicos favorables de la empresa³¹⁸. Tales bonos producen una discusión de orden tributario, en particular a si pueden ser considerados como gastos necesarios para producir la renta. Han existido liquidaciones de inspectores del SII que han rechazado el carácter de gastos de estos desembolsos, y que luego han sido ratificadas por las Direcciones regionales de este organismo – en su calidad de tribunales de primera instancia del procedimiento –, e incluso posteriormente han sido confirmados por la Corte Suprema.

En su momento, la Dirección Regional Metropolitana siguió este criterio, por dos razones fundamentales: a) ausencia de obligatoriedad: estos bonos no son obligatorios para empleador – los califica como “gratificaciones voluntarias” – por no encontrarse estipulados en forma expresa, ya sea en contratos individuales, colectivos, o en algún manual especial que consagre tales beneficios; de modo que no se cumpliría con la exigencia de que para deducir estas remuneraciones como gastos se tenga la “obligación de pagarlas” (cfr. art. 31 n. 6 Ley sobre Impuesto a la Renta de Chile³¹⁹); y b) ausencia de universalidad: no han sido otorgados bajo normas de carácter general y uniformes a todos los trabajadores de la empresa (cfr. art. 31 n. 6 LIR)³²⁰.

La Corte Suprema confirma este criterio (conociendo del recurso de casación interpuesto por la Dirección indicada, ya que la Corte de Santiago había revocado su sentencia en lo referido a los bonos), y afirma así que un bono para que “goce de ventaja tributaria, debe ser necesario para producir la renta, y no posee dicho carácter un pago voluntario hecho solamente a un segmento de funcionarios de la empresa, y después de producida la renta de que se trata”³²¹. De esta forma, se concluye que “dichos pagos sólo deben ser estimados como incentivos entregados a los

³¹⁷ Véase Grisolia, J.A., *Manual de Derecho Laboral*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, p. 309.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 309.

³¹⁹ En adelante, “LIR”.

³²⁰ Juez Tributario de la Dirección Regional Santiago Centro del Servicio de Impuestos Internos, 30 de abril de 1996.

³²¹ Corte Suprema, ROL n. 4271-1999, de 29 de agosto de 2000.

empleados beneficiados con él y como un gasto absolutamente voluntario y que en ningún caso puede estimarse como necesario para producir la renta”³²².

No concuerdo con esta posición, pues estos bonos sí son necesarios para producir la renta de la empresa y, por ende, tendrían que ser considerados como gastos. A este respecto, la Corte de Santiago señalaba en sentencia – revocada en esta parte por la Corte Suprema, según lo señalábamos en el párrafo precedente – que si bien el bono en cuestión no está “(...) estipulado en los contratos individuales, ni existe contrato colectivo para el estamento de gerentes, empleados profesionales y técnicos, no hay duda que tal incentivo tuvo por objeto mantener en alto el nivel de eficiencia y productividad de la empresa, respecto de quienes se destacaron en su actividad laboral”³²³, ateniéndose a una norma de carácter general para ese segmento de empleados de la empresa. Se colige de esta manera que este desembolso “en sí mismo y en su totalidad constituyó un gasto necesario para producir una mayor venta”³²⁴.

El n. 6 art. 31 LIR establece que constituyen gasto necesario para producir la renta “sueldos, salarios y otras remuneraciones pagados o adeudados por la prestación de servicios personales, incluso las gratificaciones legales y contractuales”. Es decir, se trataría de todas las remuneraciones que recibe el trabajador con ocasión o motivo de su contrato de trabajo (cfr. art. 41 CdT). Según se advierte, la regla general es que toda cantidad percibida por el trabajador es gasto necesario para producir la renta para el empleador, sin ninguna limitación en cuanto a su carácter, monto, periodicidad, etc. La ley no exige un pacto escrito, solo que los correspondientes desembolsos tengan el carácter de estipendio laboral y que se relacionen con el giro del negocio.

A ello cabe agregar que desde el momento en que el empleador decide pagar esta clase de estipendio, el trabajador también estará de acuerdo en ello, con lo cual podríamos decir que existe un consentimiento recíproco en la procedencia de dicha remuneración. Conviene recordar que el art. 9º CdT señala expresamente que el contrato de trabajo es “consensual” y sólo ha de constar por escrito para efectos probatorios. Por consiguiente, si el contrato mismo existe y se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, sin necesidad de constar por escrito, con mayor razón lo mismo debe ocurrir con una específica estipulación remuneratoria que dispone el pago de un bono por desempeño a ciertos trabajadores de la empresa. En

³²² Corte Suprema, ROL n. 4271-1999, de 29 agosto de 2000.

³²³ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL n. 1708-1999, de 11 de octubre de 1999.

³²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL n. 1708-1999, de 11 de octubre de 1999.

tal sentido, Melis³²⁵ sostiene “el contrato individual de trabajo alejado de formalismos engorrosos se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, sin necesidad de exigencias o formalidades especiales, cuestión que viene a corroborarnos que en materia laboral la voluntad puede darse de cualquiera de las formas a que nos hemos referido anteriormente, es decir, ella se manifestará en forma expresa (escrita o verbal) o tácita, ya que nada sujeta a las partes a seguir uno u otro camino (...)”³²⁶.

No resulta, entonces, acertada la interpretación de la normativa laboral en que incurre el SII al impugnar los pagos realizados, puesto que desconoce la existencia y validez de una cláusula remuneratoria, bajo el pretexto de no constar ésta por escrito. La sanción que la ley previene por la falta de escrituración del contrato o de una de sus cláusulas, es la multa y la presunción probatoria a favor del trabajador (cfr. art 9° CdT). A falta de texto expreso que así lo disponga, no puede entenderse que la ausencia de estipulación escrita redunde en el desconocimiento de la existencia de la cláusula remuneratoria y de la realidad del desembolso. Y es que el mismo puede acreditarse, por cualquier otro medio legal, incluyendo especialmente el propio impuesto único de segunda categoría aplicado a los trabajadores que han percibido estos bonos, el cual no tendría sentido si no hubiesen existido los desembolsos impugnados.

A este respecto, a propósito de un empleador que pretende desconocer la obligatoriedad de bono de producción, la Corte de Santiago en otro fallo le reconoce validez aun cuando no se haya estipulado por escrito, sobre la base del carácter consensual del contrato de trabajo. Señala así que “aunque el contrato de trabajo debe escriturarse, se trata en todo caso de un contrato consensual al que la ley no sólo atribuye determinados efectos y valor, sino que, pactado originalmente de modo solo verbal, procede en todo caso le siga la respectiva y oportuna escrituración. De esta manera, el hecho propio de una de las partes en una controversia judicial, esto es haber pagado efectivamente el bono de producción, no puede emplearse en beneficio propio y en perjuicio de la contraparte, no solo por haber la Empresa consentido en este caso en el pago de un bono de producción no escriturado explícitamente en el contrato de trabajo, sino porque, conforme al artículo 1545 del Código Civil, los contratos consensuales y de toda otra especie constituyen una ley para las partes y deben ejecutarse de buena fe, como lo explicita el artículo 1546 del mismo Estatuto Común”³²⁷. A la misma conclusión llega la Corte de Temuco teniendo en

³²⁵ Melis Valencia, C., “Cláusulas Tácitas”, *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, n. 103, 1997 (agosto), p. 3.

³²⁶ *Ibíd.*, p. 3.

³²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, ROL n° 1151-2010, de 9 de diciembre de 2010.

cuenta la política permanente que tenía una empresa sobre clase de beneficio: “Que, con respecto al bono de producción, cuya procedencia acogió la sentencia, la consideración novena razona y concluye que el bono de producción no obedeció a una situación única y excepcional, sino que constituía una costumbre de la empresa. Así lo declaró el juez después de analizar las declaraciones de testigos, lo que estuvieron en contraposición con el mérito de un documento que aseguraba lo contrario, y desechando la declaración de los testigos Cárdenas y Pardo”³²⁸.

A mayor abundamiento, cabe apuntar que los bonos cuya consideración como gasto necesario fue rechazado por la Corte Suprema, no podían ser calificados como gratificación o participación voluntaria, porque no implicaban la repartición de utilidades hacia los trabajadores, sino que el pago de un número (o por porcentaje) determinado de sueldos. Esta constatación resulta relevante, pues en este tipo de bonos no resultaría aplicable el inc. 1º del art. 31 LIR, relativo justamente a las gratificaciones o participaciones voluntarias, y que exige que las mismas, para que sean aceptadas como gastos sean repartidas a cada trabajador en proporción a sus remuneraciones, como también en relación a la antigüedad, cargas de familia u otras normas de carácter general y que asimismo sean uniformes, es decir, aplicables a todos los trabajadores de la empresa.

4. Reflexiones finales

Me parece recomendable la implementación de sistemas retributivos que contengan partidas salariales que digan relación con los rendimientos de los trabajadores. Esto debido a que es una fórmula a través de la cual éstos puedan observar de una manera tangible como redonda su mejor desempeño en beneficio propio, y a su vez se logra una mayor conexión entre éstos y el devenir de la empresa. Con todo, un régimen salarial mixto debe ser equilibrado en cuanto a que debe tener una partida fija relevante dentro del total de los estipendio, para que el trabajador tenga cierta seguridad de cara a su organización personal o familiar. Asimismo la partida variable debe ser también equilibrada en cuanto a que considere los logros de la empresa, y no sólo los resultados personales del trabajador, pues de lo contrario, como se señalaba, pueden suceder situaciones donde la empresa en un futuro complejo no pueda ser capaz de afrontar.

³²⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, ROL n. 261-2013, de 30 enero de 2014.

Por otra parte, es importante que las cláusulas que contemplen este tipo de remuneraciones se determinen en cuanto a parámetros objetivos, y no basados en lo posible en la discrecionalidad del empleador. Pues de esta forma se evitan conflictos relativos a la forma de cálculo de los mismos, que pueden afectar a varios trabajadores, y que puede traducirse en diferencias de montos relevantes. Todo lo cual puede crear en las empresas ambientes laborales adversos, que hubieran sido fáciles de solucionar con una buena elaboración de los pactos en cuestión.

En este contexto, los bonos e incentivos por rendimientos se deben determinar principalmente sobre la base del cumplimiento de metas de desempeño propias del trabajador y de la empresa, que una vez cumplidas impliquen el devengamiento de los mismos. Y, por tanto, no corresponde el establecimiento de condiciones que deben cumplirse con posterioridad al periodo de verificación de tales metas, como sucedía con la exigencia de permanencia en la empresa. Recordemos que en virtud del art. 54 bis CdT estas condiciones ya no serían procedentes.

Por último, no parece acertado el criterio del SII de impugnar como gasto necesario los pagos realizados por bonos o incentivos (no consistentes en participaciones o gratificaciones voluntarias) que no estén pactados por escrito, puesto que con ello se desconoce la existencia y validez de una cláusulas laborales de carácter consensual (cfr. art. 9 CdT).

5. Bibliografía

De Val Tena, Á., *Los trabajadores directivos de la empresa*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

Fotinopoulou Basurko, O., “Las retribuciones variables y riesgo en el sector financiero”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 43, 2013 [versión en línea].

Gamonal Contreras, S. y Guidi Moggia, C., *Manual del contrato de trabajo*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015.

Grisolía, J.A., *Manual de Derecho Laboral*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.

Medina Giacomozzi, A., Gallegos Muñoz, C. y Lara Hadi, P., “Motivación y satisfacción de los trabajadores y su influencia en la creación de valor económico en la empresa”, *Revista de Administração Pública*, Río de Janeiro, vol. 42, n. 6, 2008.

Melis Valencia, C., “Cláusulas Tácitas”, *Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, n. 103, 1997 (agosto).

Liderazgo sindical en México y su impacto en la creación del capital social en la organización. Caso SNTE (Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación)

Francisco Javier GONZÁLEZ ÁVILA*
José G. VARGAS-HERNÁNDEZ**

RESUMEN: Este trabajo busca analizar la relación entre los liderazgos y el Capital Social (CS, en adelante) del SNTE (Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación, en adelante) de México; se presentan evidencias de cómo los líderes cambian de paradigmas y van construyendo el CS. La investigación es de tipo cualitativo, con un diseño descriptivo, utilizando el análisis documental, la entrevista y la encuesta como instrumentos de recolección de datos. La muestra de la población corresponde a los agremiados al sindicato SNTE. El argumento central del análisis se fundamenta en que los liderazgos sindicales en sus diferentes niveles de la estructura del SNTE impactan en el CS cuyos resultados revelan que los liderazgos modelan y marcan una pauta para el fortalecimiento del CS de una organización. Dichos resultados, pueden ser utilizados como base para futuras investigaciones que involucren tanto el tema de los sindicatos como el de CS.

Palabras clave: Capital social, liderazgo sindical, México, SNTE.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes del problema. 3. Planteamiento del problema. 3.1. Justificación. 3.2. Hipótesis de trabajo. 3.3. Objetivo. 4. Marco teórico. 4.1. Capital Social. 4.2. Teorías que promueven el CS. 5. Marco teórico conceptual de liderazgo. 6. Marco contextual del SNTE en México. 6.1. Concepto de sindicato. 6.2. El Sindicalismo en México. 7. Bibliografía.

* Presidente de la Federación Democrática de Sindicatos y Servidores Públicos (FEDESSP) y Doctorando en la Universidad Autónoma de Durango, Campus Zacatecas.

** Profesor Investigador, Departamento de Administración, Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas, Universidad de Guadalajara.

Union leadership in Mexico and its impact on the creation of the company's social capital. The case of the national trade union of workers in education (SNTE)

ABSTRACT: This work seeks to analyze the relation between the leaderships and the social capital (CS) of the SNTE (Workers' National Union of the Education) of Mexico, they present evidences of how the leaders change paradigms and are constructing the CS. The investigation is of qualitative type, with a descriptive design, using the documentary analysis, the interview and the survey as instruments of compilation of information. The sample of the population corresponds to the members of a guild to the union SNTE. The central hypothesis of the analysis is based in that the union leaderships in his different levels of the structure of the SNTE affect the Share capital which results reveal that the leaderships shape and mark a guideline for the strengthening of the Share capital of an organization.

Key Words: Social capital, union leadership, Mexico, SNTE.

1. Introducción

Este ensayo analiza el Liderazgo Sindical del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación en México y su impacto en el capital social, todo ello, bajo la perspectiva social y cultural base determinante integradora a partir de la identificación de las condiciones actuales de la Dirigencia Nacional, y en cada Entidad en sus estructuras de Comités Ejecutivos Nacional y Seccionales, y el impacto en sus redes para la identificación de la correspondencia, la cooperación, la solidaridad, compañerismo, confianza y compromiso entre los agremiados en relación al desempeño de los liderazgos dentro de la organización sindical.

La investigación se orientara a mostrar como las acciones y el desempeño de los liderazgos afectan al capital social del conjunto de la organización. El CS como proceso constituye un conjunto de valores, de esquemas culturales y antecedentes para la definición de propuestas y la formulación de proyectos, que puedan influir directamente en la vida de las personas que integran los grupos, por lo que el Capital Social se puede determinar a partir del estudio del liderazgo como fenómeno., el cual será abordado con base en una metodología descriptiva.

Se analizarán los procesos que determinan las dirigencias o liderazgos sindicales, señalados dentro de las normas o estatutos que rigen la vida interna de la organización, así como la participación en la vida interna de otras figuras de poder y sus nexos con el Estado, partidos políticos y poderes fácticos.

El líder sindical, es un intermediario, un gestor y defensor de los derechos laborales, mejoramiento profesional, social y económico, con estrechos vínculos con el Estado, las funciones derivan del propio poder público. Es por ello que a partir de la actual administración del Presidente Peña Nieto se genera una reconstitución o nueva conformación de liderazgos de las distintas fuerzas de poder regional y nacional.

En el desarrollo de toda organización juega un papel primordial el liderazgo, y por consiguiente es necesario conocer cómo operan los líderes en términos de su capacidad de influir, persuadir y motivar a los seguidores. Se logran a través de sus aptitudes y actitudes personales y sobre todo de la percepción que tengan sus seguidores. En tal sentido, “el liderazgo requiere de un conjunto de habilidades, y sobre todo de una serie de comunicaciones impersonales por medio de las cuales el individuo que dirige un grupo influye en su ambiente, con el propósito de lograr una realización voluntaria y más eficaz de los objetivos de la organización”³²⁹.

³²⁹ Prieto, R. y Fabelo, R., *Liderazgo y capital social: Uso de redes como herramienta para*

2. Antecedentes del problema

Existen trabajos de investigación que preceden a la problemática de liderazgo y su relación con el Capital Social mismos que harán referencia, pero cabe señalar que no se ha encontrado uno en específico que esté vinculado con el SNTE en México. Se encuentra amplia bibliografía sobre el liderazgo y sobre CS en forma independiente como referencias de soporte para el análisis que permita establecer las relaciones entre las variables y el desarrollo del objetivo.

3. Planteamiento del problema

Por lo tanto, la pregunta de investigación es: *¿Qué relación existe entre el Liderazgo Sindical, caso SNTE en México y la creación del Capital Social en la organización?*

3.1. Justificación

Actualmente los líderes sindicales necesitan desarrollar habilidades para entender y dirigir a sus agremiados, para sacar de ellos lo mejor, para generar climas de confianza, cooperación, identidad y aceptación dentro de la organización, invertir en el CS impulsa el fortalecimiento del Sindicalismo y la valoración social sobre el mismo han cambiado. valdría la pena indagar en cómo los tipos de liderazgo y su percepción fortalecen o debilitan al capital social y particularmente definir en función del estudio, cuál modelo se empata con los actuales liderazgos del SNTE en México.

Según lo mencionan en la Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones, vol. 18, el capital social en el nuevo enfoque del capital intelectual de las organizacionales Cohen y Prusak (2001) contribuye en forma determinante a mejorar la calidad de vida de los individuos y las comunidades, todas las organizaciones como es el caso SNTE con altos niveles de capital social tienden a ser instituciones más responsables, menos cohesionadas y con mayores índices de colaboración y confianza.

el desarrollo sostenible, Venezuela, Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín Maracaibo, 2009, pp. 52-68.

3.2. Hipótesis de trabajo

El liderazgo sindical que se ejerce en las dirigencias sindicales de los niveles y estructuras de gobierno del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación en México, impacta en la construcción del capital social.

3.3. Objetivo

El propósito del presente trabajo es analizar la relación que existe entre el Liderazgo sindical del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación en México, (SNTE) en sus niveles y estructuras con la creación del Capital Social (CS) entendidos sus niveles al Presidente del Comité Ejecutivo Nacional, a su comité conformado por órganos colegiados, según lo señala el propio estatuto, sus 56 comités seccionales con su Secretario General al frente, y sus correspondientes organismos colegiados de dirigencia, ubicados en las Entidades Federativas y Ciudad de México.

El análisis estará centrado en el periodo actual de mandato estatutario de dichos comités para establecer la relación con la creación de capital social y establecer sus implicaciones para el desempeño e integración de las instituciones y particularmente de la organización sindical como lo es el caso del presente trabajo con una metodología descriptiva y el uso de instrumentos de recolección de datos como la entrevista y encuestas de opinión sobre el ejercicio de los liderazgos.

4. Marco teórico

En este capítulo se realizara un análisis teórico y empírico de los principales exponentes del CS y del liderazgo.

4.1. Capital Social

La CEPAL define el CS como *“el conjunto de relaciones sociales caracterizadas por actitudes de confianza, comportamientos de cooperación y reciprocidad. Se trata, del recurso de las personas, los grupos y las colectividades en una relación social, en las redes de asociatividad de grupos”*. Mientras que Casanueva, Castro, & Galán (2009) definen el capital social *“como una red de relaciones que posee una organización o individuo, la cual le proporciona valor al permitirle el acceso a los recursos que están*

incrustados en la red”.

Casanueva et al. (2010), por su parte, concuerdan con CEPAL en relación al capital social, visto como *“una red de relaciones que posee una organización (o individuo), la cual le proporciona valor al permitirle el acceso a los recursos que están integrados en la red”*. Las redes de negocio según Contreras, López y Molina (2011) se encuentran conformadas por una dirección de colegas u socios, clientes, proveedores, transportistas, distribuidores y contactos en las universidades, centros de investigación, firmas y asesorías.

Por su parte Bourdieu (1980), y desde contextos distintos pero coincidentes, define al capital social como: *“el conjunto de recursos que están ligados a la posesión de una red sostenible de relaciones más o menos institucionalizadas, de intercomunicaciones; en otras palabras, que estén ligadas a la pertenencia a un grupo, como conjunto de agentes que no están dados con propiedades comunes, pero están unidos por vínculos permanentes y útiles”*.

En cambio Ostrom (2003), clasifica el capital social con una visión minimalista *“el acceso de las personas a redes personales favorables”*, lo desarrolla cada individuo en relación a los contactos o amigos que puede encontrar a su alrededor, el cual este capital social se desarrolla a veces a costa de los demás. Existe mucha literatura del capital social, lo cual nos lleva a entender que tiene varios alcances desde el punto antropológico y económico. Resulta difícil encontrar teóricos con una sola visión, algunos retoman el concepto, como un recurso estructurado dentro de una red o grupo social del que se obtiene beneficios en su mayor parte. Otros lo asumen como un conjunto de valores, en los cuales describen la vida diaria de las personas en la familia y la organización empresarial, la mayoría coincide que sustentan el desarrollo de grupos, en este caso el de un clúster, donde se destaca como elemento esencial, la confianza, cooperación y una visión común. En la figura uno se visualiza el CS como el pilar fundamental para generar cooperación.

La confianza es parte sustancial del capital social dentro de una organización, el comportamiento de sus integrantes al asociarse, indican que es una sociedad con capacidad para actuar cooperativamente, armar redes, concertaciones y sinergias de orden general en su interior. Autores que han trabajado el tema Madrigal, (Arechavala y Madrigal, 2012); Putnam 1995; Ostrom 2003; Lechner 1999 y Morales, Sanabria y Arias, 2010).

La confianza juega un papel importante en el ámbito competitivo en los sectores productivos, ya que esta, es un valor de las relaciones sociales que permite emprender, trabajar y desarrollarse en conjunto. *“Las disposiciones necesarias en el valor competitividad tienen que ver con representaciones de una realidad*

*adversa, de recursos (entre ellos tiempo), un escenario o un campo social, disposiciones a “jugar” en determinadas condiciones y tener disposiciones a pro-accionar y reaccionar ante las configuraciones del campo*³³⁰.

4.2. Teorías que promueven el CS

Recuperado de las diapositivas del Doctorado en Administración y Estudios Organizacionales del Dr. José G. Vargas-Hernández; CS: es el conjunto de relaciones sociales caracterizadas por actitudes de confianza, comportamientos de cooperación y reciprocidad. Se trata de un recurso de las personas, los grupos y las colectividades en sus relaciones sociales, con énfasis en las redes de asociatividad de las personas y los grupos.

El concepto de capital social incorpora valores clave como la confianza interpersonal, la conciencia cívica, la ética, participación, redes y poder.

a) El CS es un medio para eliminar la exclusión social y la pobreza, al tomar en cuenta a todos los actores sociales en los planes de desarrollo de la sociedad.

b) Igualmente, el capital social, al promover la participación, la equidad y la inclusión social, contribuye a fortalecer la democracia.

Finalmente, el concepto de capital social tiene un sentido holístico, al considerar que el desarrollo de las sociedades no sólo depende de factores económicos y financieros, sino que, también, es resultado y consecuencia de factores socio-emocionales que dan sentido a la existencia.

5. Marco teórico conceptual de liderazgo

5.1. Liderazgo y CS

El liderazgo es la acción que hace el líder y puede considerarse como un proceso, un comportamiento o capacidad. Hay diferentes definiciones y alcances, en este caso se toman en cuenta para efectos de la construcción del CS, lo que refiere Valenzuela (2007), “*El liderazgo es la capacidad de desarrollar y comunicar una visión a un grupo de personas que harán que la visión se logre*” y la de Richards & Engel (2005), “*El liderazgo es la articulación de visiones, que encarna los valores y la creación de un entorno en el que las cosas se puede lograr*”. Es lo que se requiere en una organización como el SNTE.

El líder asume ciertos estilos de liderazgo, el que han adoptado algunos

³³⁰ Contreras *et al.* 2011.

líderes del SNTE, tanto en su estructura nacional como seccional respecto al CS, es el liderazgo distribuido como lo menciona Longo (2008), por ser el más indicado en la forma de liderar y conformar el CS. En tanto, el liderazgo transformador es utilizado para generar visiones comunes, cambiar paradigmas de acuerdo a los cuatro pilares en que se sustenta:

1. Desarrollo más humano, libertad personal y una predisposición hacia lo colectivo.
2. Aspira a elevar los valores y necesidades de sus colaboradores para su realización personal y en lo laboral.
3. El colaborador aspira a alcanzar metas que vayan más allá de las expectativas tradicionales.
4. Romper con el individualismo, dando pie a relaciones de mayor cooperación.

El liderazgo y el CS, se convierten en herramientas para el desarrollo sostenible, como lo proponen: (Ribeiro y Vila, 2005; Prieto y Fabelo 2009; Longo 2008 y Goleman 2013). En este sentido Madrigal (2013) refiere que *“el liderazgo se convierte en un asunto de florecimiento de habilidades y destrezas adquiridas en un proceso de aprendizaje social”*, donde cada líder tiene un capital individual que logra conjuntar y unir en uno colectivo, logran formar redes de colaboración, tanto personales como institucionales.

5.2. Liderazgo situacional

Teoría del Liderazgo Situacional de Hersey & Blanchard Paul Hersey y Ken Blanchard, que siendo jóvenes profesores de la Universidad de Michigan, llegaron a Toronto a comienzos de los años 70 para participar en uno de los seminarios 3D de Bill Reddin. Los llevaría a reflexionar en torno al modelo Reddin que les animó a trabajar en lo que denominaron “Curva de Madurez”, que consistía más que en analizar las demandas de la situación, en determinar el grado en que los subordinados estaban dispuestos a hacer lo que se esperaba de ellos. Si éstos no querían o no podían llevar a cabo su trabajo, el directivo debía darles instrucciones sobre lo que debían hacer. Si por el contrario, eran incapaces de realizar el trabajo, pero tenían la voluntad de hacerlo, el directivo debería motivarles en la dirección de realización del trabajo.

El modelo de Hersey y Blanchard se utiliza todavía en la actualidad, debido a su simplicidad y facilidad de comprensión. Pese a que no supuso un avance importante en el desarrollo del concepto de liderazgo, sí contribuyó a que profesionales y consultores de todo el mundo prestaran una mayor atención al concepto “situación”, (José G. Vargas-Hernández

2010).

6. Marco contextual del SNTE en México

6.1. Concepto de sindicato

De acuerdo a Pampillón, (2007) un sindicato es agrupación de gente trabajadora que se desarrolla para defender los intereses financieros, profesionales y sociales vinculados a las tareas que llevan a cabo quienes la componen. Se trata de instituciones de espíritu democrático que se dedican a negociaciones colectivas con la parte patronal o empleadora el mejoramiento o conservación de las prestaciones, la defensa laboral, el mejoramiento social, económico y profesional de los trabajadores.

De acuerdo con el diccionario Jurídico de Derecho Laboral (CÚAL 1983) Es la asociación de trabajadores constituida para unirse íntimamente con el objeto de defender sus derechos y conquistas laborales. Se fundamenta, pues, en la unidad monolítica de los trabajadores ante necesidades comunes de clase explotada. El sindicato es la expresión más legítima de la clase obrera organizada, la que gracias a su unidad, organización y constancia en la lucha ha conseguido derechos que, de otro modo, no hubiera sido posible. Por esa razón, los sindicatos son arduamente combatidos por los patrones explotadores y gobiernos antidemocráticos, habiendo tenido necesidad de intensificar las luchas extremadas con huelgas y paros generales, para que se les reconozca mínimas conquistas, muchas veces escamoteadas por intervención de los organismos estatales parcializados con los intereses patronales, que tratan de desconocer el derecho de reunión o asociación, normados por nuestra Carta Magna.

También se puede definir el Sindicato como la organización continua y permanente creada por los trabajadores para protegerse en su trabajo, mejorando las condiciones del mismo mediante convenios colectivos refrendados por las Autoridades Administrativas del Ministerio de Trabajo. En esta situación será más factible conseguir mejoría en las condiciones de trabajo y de vida; sirviendo también para que los trabajadores expresen sus puntos de vista sobre problemática que atañen a toda la colectividad.

6.2. El Sindicalismo en México

El sindicalismo en México está estrechamente ligado al Estado y al poder

político, y en el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE), se mantiene una estructura corporativa y el consentimiento de las autoridades políticas para intervenir en el sistema educativo y utilizar recursos públicos en campañas electorales en favor de sus aliados. Esto se explica porque desempeña una función estratégica para la gobernabilidad en el ámbito educativo y social y el control sobre los trabajadores, y por la actitud pragmática de sus dirigentes frente al Ejecutivo y los partidos políticos. El propósito de este trabajo es explicar los factores de liderazgo, tanto institucionales como disidentes en la opinión de sus agremiados y sus principales estructuras de gobierno y liderazgo.

El Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE), en términos jurídicos, es la organización que representa alrededor de un millón 300 mil trabajadores adscritos a la Secretaría de Educación Pública (SEP) y a los sistemas educativos de 32 entidades federativas del país. Comparte la representación de docentes y administrativos de las escuelas públicas del nivel básico con otras organizaciones, las cuales, empero, tienen un carácter marginal en su alcance territorial y número de agremiados. Además del carácter prácticamente monopólico de la representación y del número de agremiados, el SNTE –a diferencia del resto de las organizaciones sindicales de carácter “nacional” que dependen del gobierno federal o incluso del sector privado– está involucrado en la administración y control de recursos del espacio político-administrativo donde se ubica. Desde esta lógica de análisis, para entender las características particulares del SNTE y las diferentes estrategias que ha desarrollado a lo largo de su historia, el presente trabajo propone estudiar su desempeño desde tres perspectivas analíticas. En primer lugar, como un “sindicato corporativo”, es decir, que prácticamente tiene el monopolio de la representación de sus agremiados porque, de acuerdo con la ley correspondiente, no pueden salirse ni cambiar de sindicato. En segundo lugar, como una “organización de carácter oligárquico”, pues sus dirigentes nacionales tienden a constituir liderazgos que se mantienen en el poder por largas temporadas y se desempeñan como un grupo cerrado, bien porque tienen el reconocimiento oficial de las autoridades laborales y del sector educativo (a cambio de control, lealtad institucional y apoyo político-electoral) o bien porque son capaces de restringir y manejar la competencia por los principales cargos de representación gremial, entre otras cosas, porque la ley laboral lo incentiva. En tercer lugar, como un grupo de interés que, en forma centralizada y descentralizada, recurre a diversas estrategias para presionar a las autoridades educativas en lo relativo al aumento de salarios y prestaciones, pero también en lo que respecta al mantenimiento de sus espacios de control en el ámbito del

sector educativo nacional y de los estados. Dichas estrategias son: 1) al amparo de la normatividad de las relaciones laborales SEP-SNTE, como la Ley General de Educación, las Condiciones Generales de Trabajo, Revista Mexicana de Investigación Educativa 379 Escenarios e identidades del SNTE: entre el sistema educativo y el sistema político el reglamento de Escalafón y los lineamientos de Carrera Magisterial, los líderes sindicales han “colonizado” el aparato educativo de dos formas: ubicando a sus cuadros en los puestos directivos “de confianza” y manejando la totalidad de la asignación de las plazas, así como los ascensos y permutas; 2) la movilización que implica el paro de labores, la toma de instalaciones y actos de protesta en las calles con el apoyo de organizaciones sociales de naturaleza diversa; 3) la construcción de alianzas políticas con el partido en el gobierno tanto federal como estatal, circunstancia en la que el SNTE toma forma de “fracción partidista”, de manera que algunos de sus líderes, a cambio de ser postulados como candidatos a diputados federales o locales, utilizan a cierto número de agremiados para que colaboren en la campaña respectiva y además invierten recursos sindicales en la promoción del voto; 4) la coalición o alianza electoral a través del partido del SNTE, Nueva Alianza (Panal), acuerdo que se desarrolla en los mismos términos de su actuación como fracción de partido; 5) ubicación de los legisladores del SNTE en las comisiones de educación y de presupuesto con el apoyo de los partidos mayoritarios, posiciones desde las cuales, en acuerdo con las dirigencias locales o nacional del gremio, recurren a diversas prácticas de cabildeo e intercambio de apoyos con el fin de vetar, congelar o promover iniciativas que pudieran afectar o mejorar su posición político-administrativa en el sector educativo; y 6) la dirigencia nacional del sindicato, con el potencial respaldo de las estrategias enunciadas en el marco del control “corporativo” y el liderazgo “oligárquico”, procura negociar un acuerdo con el Presidente de la República en turno tanto en asuntos de orden estructural, como es el caso de una reforma en el sector educativo.

7. Bibliografía

- Bensusán, A. y Graciela, I., *Sindicatos y política en México*, México, FLACSO, 2013.
- Fairris, D. y Edward R., *La declinación del poder de los sindicatos en México*, Mensaje para el Cuarto Congreso Nacional de Estudios del Trabajo, Universidad de Sonora, 2010.

- Madrigal Torres, B.E., Arechavala Vargas, R., Lozano Uvario, K. y Madrigal Torres, R., “Liderazgo y Capital Social, Ejes para”, *Revista Global de Negocios*, 2015, vol. 3, pp. 109-120.
- Muñoz, A. “Escenarios e Identidades del SNTE: Entre el sistema educativo y el sistema político”, *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, 2008, vol. 13, n. 37, pp. 377-417.
- Olvera, A, *Poderes fácticos y democracia en México*, Buenos Aires, Prometeo, 2011.
- Pastoriza, D. y Ariño, M., *Los beneficios del liderazgo ético sobre el capital social*, Springer Netherlands, 2013.
- Prieto, R. y Fabelo, R., *Liderazgo y capital social: Uso de redes como herramienta para el desarrollo sostenible*, Venezuela, Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín Maracaibo, 2009, pp. 52-68.
- Urteaga, E., *La teoría del capital social de Robert Putnam: Originalidad y carencias Reflexión Política*, 2013, pp. 44-60.
- Vargas Hernández, J.G. “Organización de Sostenibilidad a Base Social”, en *Contribuciones a la Economía*, revista académica mensual, Universidad de Guadalajara, 2003.
- Velasco Arregui, E., y Romano, R., *Estructura y poder sindical en México*, Universidad de Guadalajara, México, 1999, pp. 111-148.

Web sites

- <http://www.revistanegotium.org.ve/pdf/16/Art3.pdf>
- www.observatoriocultural.gob.cl
- <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=11028415005>
- <http://definicion.de/sindicato/#ixzz4GDuyEYjS>
- <http://www.monografias.com/trabajos35/el-sindicato/el-sindicato.shtml>
- www.theIBFR.org

Las prestaciones extralegales y la previsión social en el ámbito laboral en México

Julio Ismael CAMACHO SOLÍS*

RESUMEN: Los derechos fundamentales en el trabajo son excepcionalmente la expresión de la libertad del individuo en el ejercicio de su actividad productiva y profesional, son en su conjunto instrumentos básicos que garantizan algunos aspectos centrales de desarrollo en una faceta esencial de la vida productiva, es aquella, que le permite ejercer sus capacidades de ser útil en la sociedad en la que se desenvuelve, recibiendo por ello un fruto económico; sea esta derivado del ámbito de su relación laboral que puede situarse dentro lo público, lo privado o social. Sin el menoscabo de la inversión social que conlleva toda actividad subordinada, esta además se presenta como el eje estructural tanto de los individuos en particular como el de los entes colectivos en una sociedad que no se detiene, para garantizar el acceder a más, mejores, y hasta diferentes prestaciones laborales cuyo sostén legal y financiero lo sea la previsión social; que es hasta cierto punto para las empresas o patronos difícil de aplicar, compleja, cambiante, dispersa, distante; es precisamente una construcción social asociada a diversas variables; que entre otras cosas proporciona identidad, posición, status social, modernidad, desarrollo, por eso el trabajo, siempre fue considerado como un factor determinante en la vida, que garantiza la vida social, moral, económica y hasta política de una persona. Es verdad plena, que existe una dificultad para la consideración de los derechos sociales como derechos plenos por ser difícilmente justiciables y también, porque suponen un esfuerzo económico cuantioso, que se concede cuando se otorgan prestaciones laborales o extralegales.

Palabras clave: Trabajo, prestaciones, derechos, beneficios, productividad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Trabajo. 3. Derechos Sociales. 4. Los derechos de las prestaciones 5. Las prestaciones de previsión social. 6. Marco jurídico aplicable. 7. Normas Internacionales de Trabajo. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

* Académico de tiempo completo de la Facultad de Contaduría y Administración de la Universidad Autónoma de Chiapas, México.

Non-statutory benefits and social security in the working field in Mexico

ABSTRACT: Fundamental rights at work are exceptionally the expression of the individual freedom in their professional and productive activity. They are, as a whole, basic instruments which ensure several key aspects of development in an essential part of productive life. It is what allows one to exercise their ability to be useful for society, receiving in return an economic benefit deriving from their employment relationship in the public, private or social sector. Whilst taking into due consideration social investment which subordinate activities entail, it also appears as the basis of both individuals and collectives in a dynamic society, in order to ensure access to more and better employment benefits whose financial and legal support is National Insurance; for businesses and employers it is, to some extent, difficult to apply, changeable, fragmented and distant; it is precisely a social construction linked to different variables which, inter alia, provides identity, position, social status, modernity and development. For this reason, employment has always been an essential factor in life, which ensures individuals a social, moral, economic and even political life. Actually, it is difficult to regard social rights as full rights, because they are barely actionable and imply a huge economic effort, which incurs if employment or non-statutory benefits are granted.

Key Words: Employment, services, rights, benefits, productivity.

1. Introducción

La empresa como un todo es una entidad integrada por el capital y el trabajo, entendida como la suma de voluntades, que es factor benéfico además como consecuencia incrementa la productividad individual, son los esfuerzos de todos aquellos que se dedican a cualquier actividad productiva y la consiguiente responsabilidad de las relaciones laborales, sumando a ellas una variedad de aspectos en su administración, dónde la reciprocidad, la obligatoriedad son esenciales con el desarrollo y la dinámica de cada ente social, en esa medida donde los objetivos individuales se conjuntan con los objetivos organizacionales generan estabilidad para crear certeza, desarrollo y consolidación, que implica cambios graduales o sistematizados en el proceder personal. Las instituciones de igual manera en el ámbito público de la prestación de servicios a la sociedad tienen la forma de la estructura organizacional que la integran funciones de manera cohesionada entre gobernantes, usuarios, población y trabajadores. En este sentido el otorgamiento de prestaciones diferenciadas de las de orden común, establecen aspectos que benefician a las partes que integran las relaciones laborales.

2. El Trabajo

Las empresas e instituciones requieren de recursos para el logro de sus objetivos, estos constituyen tanto el esfuerzo, colaboración de la misma actividad humana; así como por los conocimientos, experiencias laborales, habilidades, aptitudes potencialidades, debilidades, fortalezas, así como reconocer las amenazas propias del entorno social, constituyen patrimonio que forma parte del proceso para lograr que una empresa sea rentable y exitosa³³¹.

Por eso cabe preguntarse si hoy ¿el entorno laboral globalizado inserto en el mundo entero es más diverso?, por ende es aún más fuerte? ¿Dispone de mayores recursos así como de conocimientos tecnológicos de avanzada innovación?, ¿son propicios para el otorgamiento de los beneficios de prestaciones extralegales y de previsión social? Tal como sucede en entorno laboral de México.

Lo anterior resultaría simple de encontrar respuesta objetiva en la doctrina y legislación de México, así como en los aspectos jurisprudenciales relevantes más aplicables; pero aun así no resulta tan fácil el

³³¹ Rodríguez Valencia, J., *Recursos Humanos*, Editorial Trillas, México, 2002, p. 90.

entendimiento del tema.

La unión social es reducir la desigualdad o al menos hacerla tolerable. Los hombres tienen entre sí dos grandes desigualdades; una natural que lo representa la edad, la fuerza, la perfección de los sentidos, la inteligencia, la sensibilidad; la otra muy marcada es la riqueza adquirida, cómo lo es la fortuna, la propiedad, la instrucción, el conocimiento, la experiencia y la consideración pública; así como el status laboral personal.

Es por la unión de las fuerzas sociales, en la que cualquier individuo, en determinado escenario de prestación del trabajo, que interactúan, para que puedan protegerse de manera recíproca; ya que varias inteligencias reunidas se fortifican, se desarrollan, que suelen dar protección a los hombres y mujeres; el trabajador con su fuerza de trabajo encuentra lo necesario en el tributo que la sociedad exige al opulento; toda empresa o institución por naturaleza social, así como la propia al fin deben de poder proporcionar a sus miembros de esa enorme comunidad laboral al menos lo necesario pasando por lo indispensable³³².

En la definición de la estructura básica de la sociedad, aparecen dos planos de formulación de justicia. Uno es la distribución inicial de bienes primarios, la otra, la decisión que exige entre sistemas sociales que permiten o impiden, la conformación justa de esa estructura básica. Las decisiones (más correctas, las operaciones sociales de decisión), entendida quizás como el horizonte que tiene un correlato colectivo en la evolución de la “razón pública”, la decisión y el contrato político del Estado democrático, entendidos como “marcos” de un sistema justo de cooperación³³³.

La igualdad de bienes elementales o recursos poseídos puede ir unida a serias desigualdades en las libertades realmente disfrutadas por distintas personas. La cuestión clave en este contexto es si tales desigualdades de libertad son compatibles con la satisfacción de la idea fundamental de la concepción política de la justicia³³⁴.

La democracia parte del supuesto de la igualdad, con ello ese aspecto se sostiene en dos supuestos, la misma democracia que es su conciencia política y la justicia que es su consecuencia moral; la igualdad como la premisa que posibilita la liberación jurídica del hombre; esta igualdad sobre, cuando un pueblo cree que todos los individuos que forman esa sociedad son iguales, sólo puede gobernarse democráticamente, porque al ser iguales nadie tiene más mando político que los otros y el ejercicio de

³³² Rodríguez Valencia, nota 1, *op. cit.*, p. 91.

³³³ Martínez Navarro, E., *Solidaridad liberal*, Editorial Comares, Granada, 1999, p. 135.

³³⁴ Camps, V., *Comunicación y democracia*, Editorial Ética Comunicativa, 2011, p. 249.

poder se decide por la suma mayoría de voluntades³³⁵.

El estado de derecho tiene la suficiente capacidad de demostrar, que cuenta con la suficiente capacidad para proteger al individuo, siendo la sociedad de manera real, que no sólo de manera declarativa, que el Estado de derecho es una realidad vigente de la protección más amplia del individuo en su convivencia con la sociedad, es decir el Estado respetuoso del individuo y el individuo respetuoso de los demás individuos.

La materia objeto de la regulación laboral, que lo representa el trabajo humano, está, cambiando, cotidianamente, de manera involutiva; acelerada, desfocalizada, como desapegada de toda actividad ordinaria, alejada o próxima de la innovación constante y perecedera que lo reubica el imperativo histórico, social, económico; en el esquema de producción mundial fuertemente influenciado por factores asociados a fenómenos económicos-financieros.

Siempre se suscitan cambios que son parte de la vigencia de la sociedad globalizada en su conjunto, sumados a los que tecnológicamente se consideran propios del conocimiento mismo, lo que naturalmente desfasa al derecho clásico en todos sus enfoques obligando a renovar las normas reguladoras de este nuevo tipo de trabajo u actividad. Un nuevo y naciente derecho del trabajo que se niega a dejar de existir, así como uno que no acaba de nacer o desarrollarse con plenitud³³⁶.

Los efectos en las crisis globalizadas de todo tipo recurrentes siempre, casi hasta ordinarias, periódicas, latentes e inevitable que con diversos efectos generan cambios inevitables en las relaciones de trabajo, afectándolas como igualmente afectan las variaciones que día a día se suceden en cualquier entorno del empleo, sea este público, privado o social.

Hoy día las medidas emergentes de orden económico, financiero que se presentan por la entronizada globalización empiezan a cuestionar la doble e histórica función desempeñada en el ámbito de las relaciones de trabajo, desde sus orígenes, que inclusive absorbe hasta las consecuencias de la teoría jurídica aun incipiente de los derechos adquiridos que de reciente aparición, genera debate y discusión académica³³⁷.

La función compensadora, consistente en establecer límite a la autonomía privada individual, moderando el juego de un mercado de posiciones contractuales asimétricas en beneficio de los contratantes, y de otro lado surge, la función protectora, enderezada a rescatar del ámbito rudamente

³³⁵ *Ídem*.

³³⁶ Cecchini S. y Martínez R., *Protección social inclusiva en América Latina*, Cepal-Giz, Santiago de Chile, 2011, p. 19.

³³⁷ Maristany, J., *Evaluación de tareas y administración de remuneraciones*, tercera edición, Ediciones Contabilidad, Buenos Aires Argentina, 2002, p. 10.

patrimonial, el negocio jurídico a través del cual un tercero se apropia de los resultados del trabajo ajeno, exigiendo al trabajador común; ser titular no sólo de posiciones contractuales de débito o crédito, sino de derechos de contenido personal³³⁸.

El proceso de la formación de la legislación laboral ha tenido varias etapas entre ellas, históricamente, que inicia con el garantismo laboral, mismo que en las legislaciones modernas se incrementan en pro de la protección del trabajador pero, modernamente, se suceden cambios legislativos para tomar también en cuenta la necesidad de mantener el empleo en niveles aceptables, reduciendo los costos laborales de las empresas, pero sobre afecta a todo el empleo en sus diversas formas, que incluye la creación de puestos de trabajo, así como mejorar los existentes.

La flexibilización del derecho del trabajo, se ha conceptualizado como la vía para que las normas laborales puedan adaptarse a las exigencias cambiantes de las empresas, mercados y capitales; es decir se consideran como un proceso de eliminación de las rigideces del sistema a las que se atribuye que impidan o dificulten dichos cambios, derivados aún de la globalización.

Tres datos parecen indubitables a propósito de lo que les ocurre a las relaciones de trabajo: primero, el retorno discreto al arrendamiento de servicios; segundo, desde las categorías de los contratos laborales atípicos, pasando por los contratos precarios, se comienza a dar paso a formas plurales de contratación; y tercero, la tendencia a la deslaboralización de la prestación de servicios por cuenta ajena acarreará necesariamente la descolectivización del modelo de relaciones de trabajo, de ordinario ya mayoritariamente informatizado³³⁹.

Esta situación no debe implicar, de manera alguna retroceso en las conquistas obreras plasmadas en la Constitución Política, en la propia legislación particular aplicable, ya sea también en pactos e instrumentos colectivos de trabajo, llámese contrato colectivo, contrato ley, así como condiciones generales de trabajo, ya que si bien es cierto que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, también lo es, que aquéllos que otorgan mayores beneficios a los mínimos constitucionales y legales pueden ser negociables, hasta cierto parámetro.

Tomando en cuenta que si se fortalece la vida de las empresas con la flexibilización, se debe fortalecer las condiciones de vida de los trabajadores, ya que no se puede lograr una economía sana así como una

³³⁸ Valdés Dal-Ré, F., *Descentralización Productiva y Desorganización del Derecho del Trabajo*, Editorial Universo, p. 36.

³³⁹ Espinoza, M., *Trabajo decente y protección social*, Santiago de Chile, Organización Internacional del trabajo, 2003, p. 154.

productividad eficiente, sin que a la vez se eleve la capacidad adquisitiva individual, sumando el bienestar de los trabajadores que trabajan para ello, que da por consiguiente elevar el bienestar de su esfuerzo, esmero, dedicación, empeño, responsabilidad, así como de una reconocida capacidad personal.

La adaptabilidad laboral, que tiene el mismo objetivo que la flexibilización; la revisión de las consideradas trabas legales en el manejo y diseño de las relaciones de trabajo. El medio seleccionado es lo que distingue a estas dos figuras. La flexibilidad se produce porque es el Estado, a través del legislador, el que elimina, al derogar o modificar la normatividad laboral existente; la adaptabilidad aparece al dejar a las partes la negociación que concluye con la disminución o desaparición de los derechos de los trabajadores³⁴⁰.

Las nuevas reglas laborales que se van introduciendo cuestionan las bases teóricas y jurídicas del derecho del trabajo, construidas sobre las categorías de la estabilidad dando las garantías mínimas en el empleo. El conflicto que el pensamiento económico neoliberal imperante ha generado; que es regulación contra la eficiencia económica, desde la perspectiva de que los mercados pueden generar mayor riqueza si operan libremente; la regulación retrasa o impide ese crecimiento³⁴¹.

Así el derecho laboral tiene una dimensión colectiva que se manifiesta en el contexto de la estabilidad; La generalidad se advierte en cuanto que se aplica a toda persona que desarrolla una labor, sea manual o intelectual, con fijeza o permanencia o sin ellas, con independencia del tipo o clase de remuneración, y siendo indiferente, asimismo que el beneficiario de los frutos de esa actividad sea el propio trabajador, una empresa o cualquier entidad o persona.

Para el mercado todos son iguales, de manera tal que no tiene por qué existir condiciones especiales para algunos trabajadores. Los empresarios consideran que existen reglas determinantes de las relaciones laborales que son sumamente rígidas que encarecen los costos de la producción; aun cuando a los trabajadores les genere bienestar y desarrollo.

La regulación de los mercados laborales en la región latinoamericana, donde el empleo formal es un bien escaso y las dificultades para extenderlo son múltiples y profundas, resulta una labor del Estado hoy distante³⁴².

³⁴⁰ Reynoso castillo, C., “Nuevas normas laborales internacionales, la experiencia mexicana de la globalización”, *Alegatos*, México, n. 41, enero-abril 1999, p. 54.

³⁴¹ Reynoso Castillo, nota 8, *op. cit.*, p. 55.

³⁴² Barrientos, H., Nuevas formas de asistencia social en América Latina, *Journal of Latin American Studies*, 2009, p. 154.

Esta misma regulación se refiere a la protección de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores y cumple un rol central en la reducción y mitigación de los riesgos asociados al desempleo y al déficit de trabajo decente.

3. Derechos Sociales

Los derechos sociales se caracterizan por tener dos rasgos: son derechos subsidiarios respecto del mercado y son derechos mínimos de vigencia vital. Los derechos a prestaciones en sentido estricto, así como los derechos sociales fundamentales, son derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente podría obtenerlo también de particulares³⁴³.

Junto a los derechos sociales aparecen desde la misma estructura intelectual los derechos específicos, que ya no son de todos en general sino que exigen un trato desigual para conseguir la igualdad y la equiparación con las personas que gozan de plenitud de derechos, diferente de aquellos colectivos que se encuentran en la vida social en inferioridad de condiciones. Puede ser por razones culturales – la mujer –, de edad – los niños y ancianos –, de enfermedad – los discapacitados –, de situación social – los consumidores y los usuarios –, de limitación de libertad – los enfermos, los presos o los soldados³⁴⁴ –.

Son derechos para minorías desfavorecidas y necesitadas de protección, no pretenden mantener las diferencias sino superarlas. Por eso, ante la desigualdad como el punto de partida, pretenden la igualación en el punto de llegada para hacer posible una convivencia igual desde principios equiparables en la calidad de vida, en los medios de que disponen, en el ámbito de protección de que cada uno disfruta.

Los conocidos principios de que donde se asignan deberes con derechos fundamentales, deben dar forma a la división de las ventajas que se obtienen mediante la cooperación social, además entre las instituciones políticas, sociales de tal manera que encajan en un esquema de cooperación.

Dos aspectos se den considerar; el primero consiste en que cada persona tiene derechos a una igualdad de libertades básicas compatible con un

³⁴³ Alexy, R., *Derechos sociales y su ponderación*, Editorial Fontamara, Madrid-Mexico, 2007, p. 89.

³⁴⁴ Alexy, *op. cit.*, nota 5, p. 91.

esquema similar para todos los demás. El segundo afirma que las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: a) estar asociadas a cargos y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades y b) El principio de diferencia debe funcionar, en condiciones de igualdad de oportunidades, para mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad³⁴⁵.

Las desigualdades entre individuos en este sentido lo manifiesta son de tres tipos: origen, capacidad y fortuna. De acuerdo con el principio leximin. Mientras no se hayan satisfecho las condiciones del primer principio, no se satisfacen las condiciones del segundo³⁴⁶.

El ordenamiento leximin es aquel que considera una alternativa superior a otra cuando el individuo peor situado en una situación está mejor que en la otra y también tiene el máximo bienestar agregado, también lo que representa el criterio leximin con su tendencia a la igualdad y por consiguiente, la no linealidad de la función social con respecto a las funciones individuales, así como empeñarse en otra cosa es no querer ver lo evidente³⁴⁷.

La teoría de los componentes de la norma, los derechos emanados de la normatividad vigente se adquieren precisamente desde el momento en que por vez primera el interesado se ve inmerso en una relación jurídica laboral. En México, ello se confirma en la teoría jurídica de la incorporación al empleo, contemplada por el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo. Así, con el simple transcurso del tiempo se irán generando poco a poco una serie de derechos o prerrogativas para el trabajador, plasmadas en el marco normativo legal, contractual entonces vigente, hasta satisfacer las condiciones suspensivas que, para cada caso concreto, pudiesen estar fijadas en ley.

Se habla entonces de condiciones suspensivas, plazos o requisitos de acceso a ciertas prestaciones laborales, legales, extralegales o pensionarias de seguridad social; o bien de algunos requisitos de antigüedad para tener derecho a prestaciones económicas tales como primas, seguros, bonos, incentivos, compensaciones, o cualesquiera otra forma que adopten las

³⁴⁵ La diferencia se puede situar en que los individuos naturalmente mejor situados tengan ventajas adicionales o compensaciones económicas en forma de incentivos, siempre y cuando dispongan de los talentos necesarios para la realización de tareas que les sean favorables, enfocándose en especial a los sectores con más desventajas sociales. Cohen plantea que estos incentivos son necesarios, y que estos sectores no se encuentran comprometidos con la idea de la teoría de justicia, lo que presupondrá en algún momento aceptar, a su vez, ventajas económicas de los más poderosos llevando así al fomento de desigualdades.

³⁴⁶ Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo*, Fondo de cultura económica, 2010, México, p. 132.

³⁴⁷ <http://books/google/preceptoLeximin/ISBN/968850/> consultado 28 de junio de 2016.

mismas, con independencia de su eventual denominación.

4. Los derechos de las prestaciones

En sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado, para este sentido se pueden presentar tres posibilidades teórico estructural según las normas que lo reconozcan, que se trate de derechos subjetivos o sólo de normas objetivas, que se trate de normas vinculantes o de normas no vinculantes, o que se trate de derechos o deberes definitivos. Por supuesto que como consecuencia resulta que los derechos fundamentales sociales no puede tratarse de una cuestión de obtener todo o nada.

El derecho adquirido se define, entiende y aplica tanto en el ámbito del derecho mexicano vigente, observando la teoría clásica del derecho y en aplicación el principio general de derecho ex facto, oritu tibi ius (el derecho nace del hecho), como lo que entra y se acumula en el patrimonio jurídico de cualquier particular en virtud de un acto de autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y no puede determinarse o simplemente modificarse por otro posterior de la autoridad de que lo obtuvo o cualquiera otra forma de adquisición; o bien como la facultad o provecho que introduce un acto de autoridad en el patrimonio jurídico de una persona o ente colectivo, mismos que sólo puede ser invalidado por una autoridad jurisdiccional, previa sustanciación de un proceso que se lleve a cabo y en donde se determine en sentencia firme su validez o nulidad³⁴⁸.

El derecho adquirido tampoco puede desconocerse e invalidarse en perjuicio de particular o ente colectivo por la aplicación retroactiva de disposición legal alguna, habida cuenta que los propios artículos 14 y 16 de la Constitución Mexicana y diversas normas conexas de códigos civiles del país; proscriben la aplicación retroactiva de la ley y de los actos de autoridad en perjuicio de persona alguna. Es de explorado derecho que las cuestiones surgidas bajo el imperio de una ley anterior deben resolverse por las disposiciones o en los términos de la ley, código o disposición normativa antigua.

“El derecho adquirido es aquel acto que introduce una facultad o un provecho al patrimonio de una persona”³⁴⁹.

Considerando además que no son ni significan exactamente lo mismo “derechos latentes” que “derechos adquiridos”, como algunos aseguran,

³⁴⁸ Melendez, J., “Mercado laboral y temas relevantes”, *Revista Seguridad Social*, n. 241, 2003, p. 167.

³⁴⁹ Ruíz Moreno, Á.G., *Los sistemas pensionarios de las universidades públicas en México*, Editorial Porrúa, 2005, p. 35.

pues el adjetivo latente implica que el primero de ellos está inactivo todavía por alguna razón, acaso porque no ha terminado de adquirirse o porque aún no es posible ejercerlo al faltar alguna otra condición todavía en proceso de adquisición. Si se quiere, la diferencia consiste en simple cuestión de énfasis³⁵⁰.

Ello es así debido a que cuando sólo se tiene una “expectativa”, se alude a una esperanza de poder realizar algo, diferente a una simple posibilidad de conseguir un derecho que se conoce como venidero o subyacente.

Pero cuando se habla de derechos latentes se parte ya del reconocimiento de que el mismo existe, que está allí de plena vigencia; como garantía social plasmado en norma legal, el que a veces permanece oculto o escondido, al grado que ni siquiera su beneficiario se da cuenta de que existe; aunque no se requiera que sepa el operario todo esto, y sólo deben darse las condiciones de facto para que el mismo madure hasta que pueda ser ejercido por su titular en este caso los trabajadores de manera individual o colectiva.

No es pues una simple esperanza, sino una realidad que requiere de ser reconocida para darle el justo valor que merece, especialmente cuando se intentan cambiar las reglas de consolidación plena de tales derechos, imponiendo mayores exigencias posteriores a las iniciales; es ello lo que la teoría de los derechos latentes: El periodo de tiempo mediante el cual, una vez que se inician al estar previstos en norma legal, se van desarrollando y completando hasta terminarse de configurar; hasta el día en que ya formados e integrados, puedan ser ejercidos plenamente por su titular³⁵¹.

Se debe considerar que en última instancia son sinónimos “derechos latentes” y “derechos adquiridos”, razonando que quien tiene ya adquirido algún derecho, puede ejercerlos a partir del momento en que se encuentre en el supuesto normativo, siendo obvio entonces que se tiene un derecho latente o en latencia en su beneficio.

Las prestaciones laborales de manera general son incentivos que tienen como propósito fundamental el motivar a los empleados para desarrollar en ellos el sentido de pertenencia a la organización; proteger los eventuales riesgos, por lo general imprevisibles, y mejorar el nivel de calidad de su vida personal, familiar y social, en el mediano y el largo plazos. Junto con el salario, las prestaciones representan uno de los aspectos importantes en la contratación individual o colectiva del trabajo. En la administración pública en general son los beneficios complementarios al salario, que las dependencias del sector que se trate

³⁵⁰ Ruiz Moreno, nota 12, *op. cit.*, p. 39.

³⁵¹ *Ibidem.*, p. 42.

conforme a su creación sea este desconcentrado, autónomo o descentralizado, beneficios que otorgan a sus trabajadores, pudiendo ser éstas de carácter económico y sociocultural, en dinero o en especie³⁵².

5. Las prestaciones de previsión social

El primer enfoque, pareciera que la previsión se está saliendo de su campo original de regulación e incluso de la protección social; a través de esta línea se asiste a un creciente papel de las prestaciones de previsión social (en específico, planes de pensiones), colocándose en una situación de transición de ciclo largo hacia un nuevo modelo de protección más asistencialista y hacia un lento camino hacia la privatización progresiva de ámbitos funcionales de los regímenes profesionales contributivos, en el sentido de que cada vez éstos van perdiendo intensidad protectora, liberando espacios de previsión social a la protección complementaria externa. Para esta postura, la protección social es cada vez menos social (de poca cobertura), es decir, se está ante una nueva inserción de la regulación de lo “social” en donde, por ejemplo, con los planes de pensiones se ha optado por una política fiscal de marcado carácter regresivo.

El segundo enfoque considera que la concepción de previsión social a los efectos tributarios, por un lado, resulta ser muy reducida respecto de las prestaciones de largo plazo, así como para estimular de una manera sustancial las pensiones complementarias y otro tipo de beneficios, con los cuales se reduciría aún más el gasto público a través de subsidios directos a estos rubros y, por otro lado, es bastante amplia respecto de prestaciones de corto plazo en razón de que cualquier gasto realizado por los patrones a favor de los trabajadores podría considerarse en tal concepto; sin embargo, en el ámbito fiscal, y concretamente respecto de los criterios de las autoridades en la materia, muchas de ellas son rechazadas al considerar que tales erogaciones constituyen una prestación general derivada de la relación de trabajo, o bien no satisfacen contingencias o necesidades presentes o futuras.

El mejoramiento del nivel de vida social y cultural de los trabajadores asalariados, en este caso (porque debe ser para cualquier individuo), no puede adquirir mayor dominio en las normas fiscales, olvidando el origen de una regulación más profunda como es la laboral.

a) Definición de Prestación: Se entiende como cualquier complemento al

³⁵² Rodríguez Valencia, nota 15, *op. cit.*, p. 20.

salario que se entrega a los trabajadores. Pueden ser vacaciones, la pensión, reparto de utilidades, seguros de vida, seguros de gastos médicos mayores o adicionales descuentos en los productos de la compañía, Cada día toman más importancia estos temas, ya que dentro de una organización deben estar legalmente instituidas.

b) Prestaciones sociales: Son beneficios legales o extralegales que el empleador debe pagar a sus trabajadores adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de su actividad laboral.

c) Prestaciones extralegales: Derivan de un acto voluntario del empleador o de un hecho consuetudinario, según la naturaleza del empleo. Las bonificaciones adicionales o extralegales pueden ser consideradas como integrantes del salario.

d) Prestaciones de previsión social: La función de futuras contingencias que permita la satisfacción de necesidades de orden económico del trabajador y su familia. El otorgamiento de beneficios integrales a los trabajadores, para que puedan alcanzar la meta de llevar existencias decorosas y dignas. También se precisa que es el Conjunto de normas, principios destinados a proteger íntegramente a los trabajadores y a los que de él mismo dependan con objeto de asegurarles un mayor bienestar económico, social y cultural³⁵³.

Se identifican además como principios de “previsión social”: a) la dilución de los riesgos entre trabajadores y empleadores sujetos de una relación de trabajo, y b) la responsabilidad social, a través de la cual las aportaciones de trabajadores y empleadores conforman un fondo común interpersonal, porque no pertenece a ningún trabajador individualmente considerado. Es un patrimonio social destinado a la realización de un fin: la reparación de los daños sufridos por los trabajadores³⁵⁴.

La previsión social ha evolucionado al mismo tiempo que el derecho del trabajo y funge como una potestad de la clase trabajadora, debido a que su propósito es proporcionar a los trabajadores una seguridad en el futuro, la cual se basa en tres aspectos fundamentales:

- 1) Conforme a lo que determina la Norma Constitucional;
- 2) Lo que determinan las leyes fiscales;
- 3) Lo convenido en los Contratos Colectivos de Trabajo u otros pactos colectivos.

El objetivo de la previsión social es otorgar prestaciones adicionales al

³⁵³ Pérez Chávez, F.O., *Previsión social, guía práctica*, Tax Editores, México 2008, p. 13.

³⁵⁴ Castañeda Sánchez, A. *et. al.*, *El derecho a la seguridad social y a la protección social*, Editorial Porrúa-Unam, México, 2014, p. 7.

salario del trabajador fin de que estos ingresos le permitan acceder a ciertos bienes materiales con el propósito de elevar su calidad de vida y la de su familia³⁵⁵.

El artículo 102 de la Ley Federal del Trabajo de manera escueta señala: “Las prestaciones en especie deberán ser apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia y razonablemente proporcionadas al monto del salario que se pague en efectivo”³⁵⁶.

El título VI de la Constitución Política de los Estados Mexicanos que se denomina “Del trabajo y de la previsión social”, el legislador al crear la norma soslayo su importancia de referirla como tal, considerando tal vez que la unión de los dos preceptos como tal garantizan su propio entendimiento común, más sin embargo en el texto que le da vida a este capítulo como lo refiere de manera íntegra el artículo 123 Constitucional no refiere en ninguna parte concepto o definición alguna de manera amplia para entender la previsión social, solamente en el artículo 102 de la ley laboral de manera lo indica de manera escueta.

La previsión es trasplantar el presente al futuro, la proyección de las necesidades presentes a lo más cercano, asegurando para el futuro las condiciones en que se desarrolla lo actual y vigente³⁵⁷.

Previsión Social: “El conjunto de acciones públicas o privadas destinadas a proteger a la población en general, y a los trabajadores y sus familias en particular contra contingencias o los desastres imprevistos. Métodos dirigidos a satisfacer necesidades futuras como consecuencia de circunstancias que no pueden advertirse o evitarse. Que como apoyo económico otorgado a obreros y empleados, así como a sus familiares, de sobrevenir la falta de medios para subsistir por motivos naturales o involuntarios, derivados de accidentes, enfermedades, paros forzosos, invalidez, ancianidad o fallecimiento”³⁵⁸.

La previsión social es el “juicio o conocimiento que se forma sobre los riesgos que pueden perjudicar al hombre en el prevenir y el esfuerzo a realizar, esto es, los medios que han de emplearse para prepararse en defensa contra ello”³⁵⁹.

En los sistemas de previsión social se pueden dividir en tres clases: 1) Sistema individual (el ahorro); 2) Sistemas colectivos (la mutualidad y el

³⁵⁵ Cavazos Flores, B., *El derecho laboral en Iberoamérica*, Editorial Trillas, México, 1984, p. 883.

³⁵⁶ Agenda laboral, Editorial Isef, México, 2014, p. 22.

³⁵⁷ Ramírez Moreno, S., *Seguridad social y previsión social*, Editorial Uaem-Ciess, México, 2006, p. 154.

³⁵⁸ Ramírez Moreno, nota 28, *op. cit.*, p. 155.

³⁵⁹ Sánchez Luna, G., *Diccionario de Seguridad Social*, México, 1994, Unam-IIIJ, p. 342.

seguro privado); 3) Un sistema social doble (la contratación colectiva entre trabajadores empresarios, sindicatos y la previsión social, como eje transversal en sentido estricto).

La previsión social es un derecho imperativo por consecuencia, es decir, tanto la ley como los contratos colectivo determinan quiénes y en qué cantidad contribuirán al sostenimiento de la institución así como la prestación de los servicios, pensiones y asistencia médica, entre otros. Los empresarios son contribuyentes. En caso de incumplimiento, la institución seguirá el procedimiento coactivo establecido en la ley o en contrato colectivo³⁶⁰.

Esta contribución de los empresarios para previsión social tiene su justificación en que es “aquella parte de la retribución del trabajo que se destina a asegurar el futuro de los hombres y mujeres”³⁶¹.

Es además la previsión social un derecho que adquiere el trabajador. Esto significa que no depende de la voluntad del propio trabajador para el mismo ser beneficiario.

La previsión social es el conjunto de iniciativas espontaneas o estatales, así como disposiciones legales que están dirigidas a aminorar la inseguridad y el malestar de los económicamente débiles dentro o fuera del trabajo, siendo su forma principal el seguro social, o más bien el beneficio del gasto fiscal³⁶².

En la previsión social debe verse el antepasado de la seguridad social, El derecho del trabajo y la previsión social nacieron de y para la clase trabajadora, que mantiene su característica de derecho de clase; mientras que la seguridad social, con su doble sentido de universalidad y eternidad. Dejó de contemplar a las clases sociales centrándose únicamente en los trabajadores, a fin de resolver el problema de su necesidad³⁶³.

Con una clara transformación de ideas la previsión social hoy día ya no representa un acto de beneficencia, sino un derecho tal cual adquirido para los trabajadores, es decir quien cumple el deber de entregar su trabajo en beneficio de la sociedad tiene el derecho de que la sociedad cumpla su deber de satisfacer la necesidad total, presente y futura de los trabajadores. La previsión social como nivel complementario una vez cubiertas las necesidades sociales elementales, en una ordinaria y elemental relación de

³⁶⁰ *Ídem*.

³⁶¹ Sin duda existe el beneficio que la autoridad fiscal, en ese sentido quien al final del procedimiento de hacer efectiva la deducibilidad que origina el gasto de previsión social permitido por los límites y topes que impone la legislación fiscal quien absorbe ese costo es el sistema de administración tributaria.

³⁶² *Ibidém*, pp. 145-146.

³⁶³ *Ídem*.

derechos y obligaciones, el nivel o aspecto de protección social laboral, esta representa un doble mecanismo de previsión que lo convierte en facultativa, como previsión social complementaria como la que se establece en diversos pactos colectivos de trabajo, es totalmente complementaria y representa una ventajosa forma de diferencia de beneficios diversos, esta se establece en virtud de la libertad sindical que entraña la autonomía colectiva en la negociación de esa índole, si esa fuera la base para el otorgamiento de prestaciones; pero una vez establecidos colectivamente, sería de obligatoriedad individual como si fuera un seguro social, en cambio la previsión facultativa, en cambio tendría su origen y determinación en base de la propia libertad individual, en suma de una calidad de representar un verdadero seguro voluntario³⁶⁴.

Estas medidas de previsión se instrumentan mediante seguros sociales individualmente obligatorios, si se trataran de prestaciones complementarias en relación a la salud o beneficios económicos adicionales; de naturaleza jurídico-privada independientemente de la entidad con quien se concerten, a través de la mecánica de seguro concertado a favor de terceros³⁶⁵.

Esto es lo que representa que en los contratos colectivos de trabajo, contratos ley, condiciones generales de trabajo pueden prever y establecer la obligación patronal de asegurar a los trabajadores en una extensión generosa para cubrirse contra determinadas contingencias, sean estos riesgos laborales, la incapacidad profesional, la vejez, la supervivencia, desempleo; así como hacer extensivo para sus familiares o beneficiarios a efectos de complementar cuantitativamente la protección de la necesidades básicas. Es así como la cuantía protectora puede ser variable en función del carácter laboral que es la que le da origen a esta protección extendida.

Los seres humanos siempre han buscado protegerse contra el advenimiento de riesgos, que paso de la caridad de las personas, hasta instituciones que desarrollaron de ayuda mutua, cajas de ahorro que evoluciono de diversas manera, hasta lo que hoy se conoce como previsión social, donde se han creado sistemas claros y definidos que puedan proporcionar al individuo los medios indispensables para una vida menos precaria, higienica, que le aseguren contra la consecuencia de los riesgos naturales y sociales que pudieren privarle de su trabajo y de su ingreso.

El derecho del trabajo representa un halo de diversas garantías en

³⁶⁴ Cavazos Flores, nota 19, *op. cit.*, p. 861.

³⁶⁵ Almansa Pastor, J.M., *Seguridad social laboral*, Orbe, España, 1994, p. 143.

beneficio del trabajador, que se impuso sin establecer las formas o formulas de la previsión social, porque desde la fuente de trabajo, que produce y genera ganancias, se genera esta garantía teniendo como base un salario remunerador, que sumado a diversas prestaciones tales como, vacaciones, bonos, compensaciones, primas así como toda un listado de prestaciones que se pueden considerar bajo este rubro.

Hay algo en la previsión social que le hace ver muy importante que además lo hace muy firme, porque su fundamento ultimo reposa en el principio, de que quien entrega a la economía todo lo que tiene, su único patrimonio natural, que es la energía de trabajo con que viene al mundo, tiene el derecho que la economía le devuelva todo lo que necesita para vivir hasta su último día; el hombre que entrega a la economía todo lo que naturaleza le ha dado, tiene derecho a recibir todo lo que la naturaleza le exige para poder vivir, lo mismo en el presente que en el futuro.

Desde este punto de vista, la previsión social muestra una vez más con mayor certeza, la idea del derecho natural del hombre a vivir como persona, si bien debe decirse que ese derecho es el efecto consecuente de una vida dedicada al trabajo.

6. Marco jurídico aplicable

Toda vez que los derechos sociales pueden ser exigibles y justiciables es seguro que en litigio de esa índole donde se demandan derechos adquiridos el sustento del marco jurídico se puede integrar de la siguiente manera en esos orden de prelación:

Ley Federal del Trabajo

Artículo 60.- Las Leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia³⁶⁶.

Artículo 11.- Los directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento, serán considerados representantes del patrón y en tal concepto lo obligan en sus relaciones con los trabajadores³⁶⁷.

³⁶⁶ *Ley Federal del Trabajo*, Alberto Trueba Urbina y Alberto Trueba barrera, Editorial Porrúa, México, 2016.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 109.

Artículo 17.- A falta de disposición expresa en la Constitución, en esa Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6º, se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho, los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad³⁶⁸.

Artículo 18.- En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador³⁶⁹.

Artículo 33.- Es nula la renuncia que los trabajadores hagan de los salarios devengados, de las indemnizaciones y demás prestaciones que deriven de los servicios prestados, cualquiera que sea la forma o denominación que se le dé. Todo convenio o liquidación, para ser válido, deberá hacerse por escrito y contener una relación circunstanciada de los hechos que lo motiven y de los derechos comprendidos en él. Será ratificado ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, la que lo aprobará siempre que no contenga renuncia de los derechos de los trabajadores³⁷⁰.

Artículo 34.- En los convenios celebrados entre los sindicatos y los patrones que puedan afectar derechos de los trabajadores, se observaran las normas siguientes:

- Regirán únicamente para el futuro, por lo que no podrán afectar las prestaciones ya devengadas;
- No podrán referirse a trabajadores individualmente determinados; y
- Cuando se trate de reducción de los trabajos, el reajuste se efectuara de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43³⁷¹.

Las prestaciones de trabajo son tan importantes en su otorgamiento y beneficio, que la Ley Federal del Trabajo que define al salario como: “el conjunto de beneficios recibidos por el trabajador”: *Artículo 84.* “El salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo”³⁷².

Esta disposición en diversas negociaciones establecidas entre patrones y sindicatos, resulta una manera de distensar algunos aspectos cuando en ámbito de la negociación colectiva, manera clara determina que no puede

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 117.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 127.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 128.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 455.

³⁷² *Ídem*.

afectar las prestaciones ya devengadas, percibidas o que ya se tienen y se otorgan de manera ordinaria, lo que es de suyo que garantiza que es un derecho ya obtenido con cierto grado de rigidez prestacional, lo que también genera certidumbre es que no se puede referir y establecer que al celebrar convenio alguno no podrá especificarse a trabajador alguno o individualmente determinado.

En el caso de que pueda afectar la estabilidad laboral como el caso del reajuste de personal o reducción de trabajadores se estará a lo que establece que cuando se trate de reducción de los trabajos en una empresa o establecimiento, se tomara en consideración el escalafón de los trabajadores, a efecto de que sean reajustados los de menor antigüedad.

En la normatividad aplicable referida se aprecia en estricto sentido que sin duda alguna beneficia a los trabajadores en general, recurriendo por ello ante el o los órganos jurisdiccionales en materia laboral para ejercitar el derecho o acción que corresponda.

Ámbito normativo procesal aplicable en caso de litigio

Artículo 776.- Son admisibles en el proceso todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho, y en especial los siguientes: 1) Confesional; 2) Documental; 3) Testimonial; 4) Pericial; 5) Inspección; 6) Presuncional; 7) Instrumental de actuaciones; y 7) Fotografías, cintas cinematográficas, registros dactiloscópicos, grabaciones de audio y video, o las distintas tecnologías de información y la comunicación, tales como sistemas informáticos, medios electrónicos, ópticos, fax, correo electrónico, documento digital, firma electrónica o contraseña y, en general, aquellos medios aportados por los descubrimientos de la ciencia³⁷³.

Novedad legislativa que garantiza que diversas pruebas se admitan, valoren y se le dé valor probatorio en los juicios laborales.

Artículo 777.- Las pruebas deben referirse a los hechos controvertidos cuando no hayan sido confesados por las partes.³⁷⁴

Artículo 783.- Toda autoridad o persona ajena al juicio que tenga documentos en su poder que puedan contribuir al esclarecimiento de la verdad deberá aportarlos más tardar en la audiencia de ofrecimiento y admisión de pruebas, o hasta antes del cierre de la instrucción, cuando le sean requeridos por la junta de conciliación y arbitraje.

³⁷³ Novedad legislativa incluida en la reforma de noviembre del año 2012, donde incorpora las tendencias de los medios tecnológicos o de innovación para ofertar pruebas en las audiencias respectivas,

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 456.

Artículo 784.- La Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador. En todo caso, corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre: 1) Fecha de ingreso del trabajador; 2) Antigüedad del trabajador; 3) Faltas de asistencia del trabajador; 4) Causa de rescisión de la relación de trabajo; 5) Terminación de la relación o contrato de trabajo para obra o tiempo determinado, en los términos del artículo 37 fracciones I y 53 fracción III de esta Ley; 6) Constancia de haber dado aviso por escrito al trabajador de la fecha y causa de su despido; 7) El contrato de trabajo; 8) Duración de la jornada de trabajo; 9) Pagos de días de descanso y obligatorios; 10) Disfrute y pago de las vacaciones; 11) Pago de las primas dominical, vacacional y de antigüedad; 12) Monto y pago del salario; 13) Pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas; y 14) Incorporación y aportación al Fondo Nacional de la Vivienda³⁷⁵.

Artículo 804.- El patrón tiene obligación de conservar y exhibir en juicio los documentos que a continuación se precisan: 1) Contratos individuales de trabajo que se celebren, cuando no exista contrato colectivo o contrato Ley aplicable; 2) Listas de raya o nómina de personal, cuando se lleven en el centro de trabajo; o recibos de pagos de salarios; 3) Controles de asistencia, cuando se lleven en el centro de trabajo; 4) Comprobantes de pagos de participación de utilidades, de vacaciones, de aguinaldos, así como las primas a que se refiere esta Ley; y 5) Los demás que señalen las leyes.

Los documentos señalados por la fracción I deberán conservarse mientras dure la relación laboral y hasta un año después; los señalados por las fracciones II, III y IV durante el último año y un año después de que se extinga la relación laboral, y los mencionados en la fracción V, conforme lo señalen las leyes que los rijan³⁷⁶.

Artículo 805.- El incumplimiento a lo dispuesto por el artículo anterior, establecerá la presunción de ser ciertos los hechos que el actor exprese en su demanda, en relación con tales documentos, salvo la prueba en contrario.

Artículo 807.- Los documentos existentes en el lugar donde se promueva el juicio, que se encuentren en poder de la contraparte, autoridades o

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 465.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 466.

terceros, serán objeto de cotejo o compulsión, a solicitud de la oferente, por conducto del actuario.

Los documentos existentes en lugar distinto del de la residencia de la Junta, que se encuentren en cualquiera de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, se cotejarán o compulsarán a solicitud del oferente, mediante exhorto dirigido a la autoridad que corresponda.

Para que proceda la compulsión o cotejo, deberá exhibirse en la audiencia de ofrecimiento de pruebas, copia del documento que por este medio deba ser perfeccionado.

Artículo 810.- Las copias hacen presumir la existencia de los originales, conforme a las reglas procedentes; pero si se pone en duda su exactitud, deberá ordenarse su cotejo con los originales de que se tomaron, siempre y cuando así se haya ofrecido.³⁷⁷

Jurisprudencias aplicables

Salario. Parte integrante del.

De acuerdo con el artículo 86 de la Ley Federal del Trabajo han de considerarse como parte integrante del salario las percepciones, gratificaciones o cualquier cantidad que sea pagada al trabajador a cambio de la labor ordinaria. Cuando la gratificación constituye un derecho del trabajador porque se haya pactado contractualmente o porque su concesión periódica la ha convertido en costumbre que compensa la labor ordinaria, ha de conceptuarse como parte integrante del salario que, por lo tanto se constituye con el que aparezca tabulado y la parte alícuota de la gratificación que corresponda. El salario así integrado ha de servir de base para el cálculo de las prestaciones que se traduzcan o resuelvan en pago de salarios³⁷⁸.

En el estricto sentido de la justificación normativa que deberá beneficiar a los trabajadores en general son aplicables las siguientes disposiciones a considerar:

a) Prestaciones extralegales. Las Juntas de Conciliación y Arbitraje tienen obligación de examinar su procedencia, con independencia de las excepciones opuestas.

El criterio contenido en la jurisprudencia de la anterior Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “Acción, procedencia

³⁷⁷ Jurisprudencia 6112/60. Antonio Rodríguez Hernández. 21 de julio de 1961. Cinco votos. Ponente: Agapito Pozo. Sexta Época, Registro: 274942, Instancia: Cuarta Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Volumen XLIX, Quinta Parte.

³⁷⁸ Décima Época, Registro: 160514, Instancia: Segunda Sala, Jurisprudencias, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 4, Tesis: 2a./J. 148/2011 (9a.), Página: 3006.

de la. Obligación de las juntas de examinarla, independientemente de las excepciones opuestas”, que se refiere a la obligación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje para absolver de la pretensión intentada, pese a que sean inadecuadas las excepciones opuestas, cuando adviertan que de los hechos de la demanda y de las pruebas ofrecidas no procede la acción, resulta aplicable para la resolución de los juicios laborales en que se reclamen prestaciones extralegales; lo anterior, debido a que en todos los casos, en que se someta a su jurisdicción una controversia laboral, tienen la obligación de examinar la acción ejercida, sin importar su naturaleza legal o extralegal, como lo ordenan los artículos 841 y 842 de la Ley Federal del Trabajo; además, porque tratándose de ese tipo de prestaciones, el trabajador tiene la carga de demostrar el derecho a recibir el beneficio invocado, para lo cual deberá justificar que se encuentra en el supuesto previsto en las cláusulas del contrato colectivo de trabajo o documento diverso en que sustente su exigencia y, con mayor razón, porque éstas son de interpretación estricta.

b) Acción en materia laboral. Requisitos que la junta debe cumplir para el análisis de su procedencia al dictar el laudo.

De los artículos 841 y 842 de la Ley Federal del Trabajo se colige que, las Juntas de Conciliación y Arbitraje tienen la obligación de examinar la acción deducida en la demanda. Lo anterior, con independencia de que ésta se hubiera tenido por contestada en sentido afirmativo, o bien, se tuvieran por admitidos los hechos de ésta sobre los que no se suscitó controversia, así como de las excepciones opuestas por la contraparte. En ese tenor, para cumplir con dicho examen del laudo, tratándose de prestaciones legales, las Juntas deben: 1. Analizar el contenido de las normas jurídicas que regulan las prestaciones; 2. Con base en lo anterior, determinar los presupuestos legales para obtenerlas; y, 3. Dilucidar si esos presupuestos se encuentran satisfechos, para lo cual se tomará en consideración: i) si el actor en su demanda expuso los hechos necesarios y suficientes para respaldar los presupuestos de la acción; ii) si los hechos resultan congruentes, verosímiles y acordes a la lógica o a la razón, desprendida de la sana crítica y la experiencia; y, iii) si solamente se dio la presunción de hechos salvo prueba en contrario, verificar si no están desvirtuados. Asimismo, tratándose de prestaciones extralegales, como presupuesto de lo señalado, deben estar demostrados la existencia y el contenido de la norma que regula el beneficio invocado, pues solamente así el juzgador está en aptitud de realizar los pasos indicados. Por tanto, la omisión o insuficiencia del anterior análisis por la autoridad, implica el dictado de un laudo violatorio de los derechos de legalidad y seguridad jurídica, por infracción a los principios de congruencia y de

fundamentación y motivación, que amerita conceder el amparo³⁷⁹.

c) Prestaciones extralegales. La presunción de su existencia derivada de la prueba de inspección sobre documentos que el patrón tiene obligación de conservar y exhibir en juicio, surge cuando el trabajador la ofrece de manera genérica (sobre nóminas y listas de raya).

Cuando el demandado niega el pago de determinada prestación extralegal, la presunción que deriva de la falta de exhibición de los documentos indicados para desahogar la prueba de inspección que menciona el artículo 804 de la Ley Federal del Trabajo, es suficiente para acreditar la existencia de dicha prestación si tal probanza se ofrece en forma genérica; esto es, sobre nóminas y listas de raya; no sobre el recibo de pago específico por el referido concepto pues, en tal supuesto, es indudable que la patronal sí puede exhibir los documentos solicitados por el trabajador, en tanto tiene obligación legal de conservarlos, con los cuales es factible se acredite el pago de la prestación extralegal reclamada³⁸⁰.

d) Prestaciones extralegales. Si se reclaman con base en un contrato colectivo de trabajo o en el reglamento respectivo, aun cuando el actor no precise la cláusula o el artículo que las prevea, la junta debe analizarlas para resolver sobre su procedencia.

El artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo dispone que los laudos deben dictarse a verdad sabida y buena fe guardada, apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas; en esa virtud, cuando se reclaman prestaciones establecidas en un contrato colectivo de trabajo o en el reglamento respectivo, para resolver sobre su procedencia, las Juntas deben verificar si en el contenido de las documentales correspondientes que se aporten para demostrarlas, se encuentran previstos los beneficios extralegales demandados en la forma en que se precisaron en la demanda, aun cuando el reclamante no precise la cláusula o el artículo en que se encuentren estipuladas, ya que conforme al invocado precepto la autoridad laboral debe realizar una interpretación armónica entre la demanda y las probanzas ofrecidas, a efecto de dilucidar las verdaderas pretensiones sometidas a litigio. Por tanto, basta que el actor precise las prestaciones reclamadas y ofrezca la documentación que las contenga para que proceda a su estudio³⁸¹.

³⁷⁹ Décima Época, Registro: 2003201, Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) 23 L (10a.), Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Página: 2000.

³⁸⁰ Décima Época, Registro: 2003106, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis: VII.1o. (IV Región) 6 L (10a.), Página: 2054.

³⁸¹ Décima Época, Registro: 2001416, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis: I.3o.T.7 L (10a.). Página: 1928.

7. Normas Internacionales de Trabajo

De los criterios actuales que considera la Organización Internacional del Trabajo retoma como una premisa fundamental propia de sus funciones, ésta la de promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, tal es la finalidad principal de la OIT hoy en día, teniendo como punto de convergencia cuatro objetivos estratégicos; la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social, todo ello obedece en buena medida a una determinada concepción del trabajo, su regulación y su papel en la vida de las personas y de las sociedades, con lo cual no podemos más que estar de acuerdo y que consiste en considerar a la protección de los trabajadores como un elemento indispensable a respetar en el desarrollo de las naciones³⁸².

De ahí que resulte de particular interés, sobre todo en esta época, el planteamiento que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha venido haciendo en los últimos años, bajo la idea de “trabajo decente”. Se trata de un conjunto de planteamientos y postulados que esta organización internacional ha promovido con el fin de orientar, de manera general, las políticas laborales en el mundo y, de manera específica, las reformas legales en materia laboral³⁸³.

La idea sobre el “trabajo decente”, apareció por primera vez en la Memoria del Director de la OIT de 1999, en donde se señala que el “trabajo decente” es aquél trabajo productivo realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social. Posteriormente a esta idea inicial, en varios documentos el Director de la OIT ha ensayado varias definiciones, en donde se ha ido precisando de mejor manera los objetivos que se buscan. Sin embargo, para apreciar de mejor manera el significado de este planteamiento, hemos considerado importante tratar de entender sus alcances y contornos, no sin antes ubicarlo en el contexto en el que se presenta.

³⁸² *Manual para Jueces, Juristas y Docentes del Derecho*, Segunda Edición, Ginebra, Suiza CIF-OIT, 2010, p. 17.

³⁸³ Organización Internacional del Trabajo, *Las reglas del juego*, Ginebra, Suiza, 2009, p. 9.

a) Una vía hacia el trabajo decente

Las normas internacionales del trabajo tienen como objetivo fundamental el desarrollo de las personas en su calidad de seres humanos. En la Declaración de Filadelfia de la OIT, de 1944, la comunidad internacional reconocía que “el trabajo no es una mercancía”. El trabajo no es un objeto inanimado que pueda negociarse para obtener el mayor provecho o conseguir el más bajo precio. El trabajo es parte de la vida diaria de todos y el factor determinante para alcanzar la dignidad humana, el bienestar y el desarrollo como seres humanos. El desarrollo económico debe incluir la creación de empleo y unas condiciones de trabajo adecuadas para que las personas puedan trabajar con libertad y en condiciones de seguridad y dignidad. En resumen, el desarrollo económico no es un fin en sí mismo sino que su meta debe ser mejorar la vida de las personas. Las normas internacionales del trabajo se han establecido para garantizar que el desarrollo económico siga centrándose en la mejora de la vida y la dignidad humanas.

b) Establecimiento de condiciones de igualdad

Un marco jurídico internacional sobre las normas garantiza el establecimiento de condiciones de igualdad en la economía global. Ayuda a los gobiernos y a los empleadores a no caer en la tentación de reducir las normas del trabajo creyendo que ello podría darles una mayor ventaja comparativa en el comercio internacional.

En el largo plazo, estas prácticas no benefician a nadie. La reducción de las normas del trabajo puede incentivar la extensión de salarios bajos, una formación deficiente y mucha rotación de personal en las industrias, impidiéndose, de este modo, que un país genere empleos más estables y calificados. Al mismo tiempo, tales prácticas dificultan que los socios comerciales desarrollen sus economías.

Debido a que las normas internacionales del trabajo son normas mínimas adoptadas por los gobiernos y los interlocutores sociales, deberá ser interés de todos que esas normas se apliquen de manera general, para que aquellos que no lo hicieran no socavaran los esfuerzos de los que sí lo hacen³⁸⁴.

Existe una abundante normativa internacional que contiene disposiciones dirigidas a garantizar la igualdad y excluir la discriminación en diferentes planos de ámbito laboral y de prestaciones sobre todo que es integrante

³⁸⁴ Manual para jueces, *op. cit.*, p. 34.

del componente social. Buena parte de esa normativa ha sido ratificada por los países americanos. Pueden mencionarse, además de las adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo, las siguientes: Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948, con reformas posteriores); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948); Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988); Convención sobre los Derechos del Niño (1989)³⁸⁵.

En relación a lo normativa Internacional que obliga la OIT (Organización Internacional del Trabajo); existen diversos convenios a mencionar Convenios: 150, 155, 161,173.Aplicables en todo lo que beneficie a los trabajadores; fundamentales de aplicación supralegal o supranacional en cuanto deban beneficiar a los trabajadores como el caso de los Convenios o recomendaciones asumidas estén o ratificados por México deberán fuente de Derecho invocables en juicios o controversias laborales.

8. Conclusiones

Primera: Es verdad plena, que existe una dificultad para la consideración de los derechos sociales como derechos plenos por pensar que son difícilmente justiciables, porque suponen un esfuerzo económico cuantioso, que se concede cuando se otorgan prestaciones laborales o extralegales, que se enfrenta con la escasez, realidad en la que se encuentran las sociedades, esas dificultades no diluyen el mandato radical de la Constitución para remover obstáculos, promoviendo las condiciones para que la libertad con igualdad puedan ser reales y efectivas para todos, aunque si obligan a distinguir entre los derechos sociales distintas categorías, cuando ante ello se genera la exigibilidad de un

³⁸⁵ Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Recomendación General XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos. Aprobado en el 65° período de sesiones. Ginebra, 2005.

derecho adquirido o que sigue latente haciendo valer la acumulación y poder exigir su eficacia.

Segunda: En suma los derechos sociales, son derechos fundamentales sólo si el constituyente los configura y organiza con las características y garantías propias de la fundamentalidad de la norma constitucional. De lo contrario su mención en la Constitución, leyes secundarias, así como por bases teóricas fundamentales tendrán la mejor relevancia como principios rectores de la política social y económica; Los derechos sociales también podrían adquirir ese carácter fundamental por vía jurisprudencial, si su contenido se incluye en la dimensión objetiva de los derechos propiamente fundamentales, pero esto podría, solo si los derechos sociales están concebidos como meros principios rectores de la política social y económica, con una clara exclusión de su eficacia directa.

Tercera: Es un derecho adquirido consuetudinario otorgado, por lo tanto es un derecho latente que cuenta con vigencia positiva. Se convierte en Derecho exigible, demandable y recurrible ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Sostener que fue otorgada como una prestación adicional, extracontractual o legal; a las ya contenidas y otorgadas de manera ordinaria; sean estas condiciones de trabajo individuales, colectivas. Que garantiza servicios integrales en materia de atención a la salud comprendiendo beneficios de diversa índole de calidad y atención. Por lo que en ese sentido es de beneficio amplio y universal para cada uno de los trabajadores incluidos en el otorgamiento.

Cuarta: Es menester establecer que toda prestación concedida como tal lo que no anula a ejercitar el derecho de reclamar dicha prestación ya otorgada No obstante lo que en el ánimo general o individual pudiera constituir un acto de molestia, deterioro o desmotivación laboral, conflicto o controversia por la cancelación o eliminación de dichos beneficios de las prestaciones extralegales, sobre todo las que derivan de la previsión social conviniendo ambas partes, que se beneficien sin menoscabo alguno que vaya en deterioro o perjuicio de los derechos de los trabajadores en su conjunto; así como el de las relaciones laborales hasta hoy imperantes, razón por la cual se deberán asumir de manera conjunta la responsabilidad social sea esta jurídica, administrativa, social o económica.

9. Bibliografía

Alexy, R., *Derechos sociales y su ponderación*, Editorial Fontamara, Madrid-México, 2007.

- Almansa Pastor, J.M., *Seguridad social laboral*, Orbe, España, 1994.
- Barrientos, H., “Nuevas formas de asistencia social en América Latina”, *Journal of Latin American Studies*, 2009.
- Camps, V., *Comunicación y democracia*, Editorial ética comunicativa, 2011.
- Castañeda Sanchez, A. y Morales Ramírez, M.A., *El derecho a la seguridad social y a la protección social*, Editorial Porrúa-Unam, México, 2014.
- Cavazos Flores, B., *El derecho laboral en Iberoamérica*, Editorial Trillas, México, 1984.
- Cecchini, S. y Martínez, R., *Protección social inclusiva en América Latina*, Cepal-Giz, ONU, Santiago de Chile, 2011.
- Espinoza, M., *Trabajo decente y protección social*, Santiago de Chile, Organización Internacional del trabajo, 2003.
- Izar Landeta, J.M., *Los retos del retiro*, Editorial Trillas, México, 2010.
- Maristany, J., *Evaluación de tareas y administración de remuneraciones*, Tercera edición, Ediciones Contabilidad, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- Martínez Navarro, E., *Solidaridad liberal*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- Melendez, J., “Mercado laboral y temas relevantes”, *Revista Seguridad Social*, n. 241, 2003.
- Organización Internacional del Trabajo, *Las reglas del juego*, Ginebra Suiza, 2009.
- Pérez Chávez, F.O., *Previsión social, guía práctica*, Tax Editores, México, 2008.
- Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo*, Fondo de cultura económica, México, 2010.
- Rodríguez Valencia, J., *Administración moderna de personal*, Editorial Ecafsa, México, 2001.
- Rodríguez Valencia, J., *Recursos Humanos*, Editorial Trillas, México, 2002.
- Reynoso Castillo, C., Nuevas normas laborales internacionales, la experiencia mexicana de la globalización, *Alegatos*, México, n. 41, enero-abril 1999.
- Ruiz Moreno, Á.G., *Los sistemas pensionarios de las Universidades públicas en México*, Editorial Porrúa, 2005.
- Sánchez Luna, G., *Diccionario de Seguridad Social*, México, UNAM-IIIJ, 1994.
- Valdés Dal-Ré, F., *Descentralización Productiva y Desorganización del Derecho de Trabajo*, Editorial Universo, 2001.

**Derecho del Trabajo:
Invención, teoría y crítica,
por José Luis Ugarte Cataldo
*Una reseña***

El Derecho del Trabajo ha sido una rama que, pese a su notable dinamismo e innovación, posee una contradicción en su origen, en cuanto a si en una relación de subordinación como es la relación de trabajo, puede existir además un espacio de libertad, un espacio de emancipación de los trabajadores. Además, surge la pregunta acerca del rol en todo esto del Derecho laboral. Por este motivo desde sus orígenes, laboristas y académicos han pretendido conceptualizar y dotar de contenido a esta novedosa rama. Es precisamente aquello lo que Ugarte se plantea en este libro, al buscar resolver sobre que puede ser considerado Derecho del Trabajo, y cual es su mejor versión.

Es así como en su primer capítulo llamado *La rehabilitación de los principios y el concepto del derecho del trabajo* lo que se buscará es lograr conceptualizar y determinar que puede ser considerado Derecho del Trabajo. Para esto, se centra en la discusión relativa a los principios del derecho y su rol en materia laboral. al señalar que estos nos ayudan a concluir qué norma legal puede finalmente ser considerada Derecho del Trabajo. De manera que, si los principios han sido constitucionalizados, determinarán la validez de las normas legales, o si por el contrario no han sido reconocidos en la Constitución, de todas maneras, tendrán una función interpretativa de la regla que el juez laboral tendrá que efectuar.

Sin embargo, la situación actual de los principios jurídicos, es precaria, debido a lo que el autor llama el “arrinconamiento” de los principios laborales. Donde su razón, a nuestro parecer acertada, dice relación por un lado con el agresivo entorno político y económico que ha enfrentado el Derecho del Trabajo en las últimas décadas. Y, por otro lado, principalmente, el arrinconamiento viene de la concepción dominante que

se tiene del Derecho. Esta es la del positivismo, ya que no deja lugar para los principios, al señalar que el derecho, será aquellas normas dictadas por la autoridad competente, sin importar su contenido. Quedando así los principios, los cuales se identifican como derecho en base a su contenido y no a su origen, en una débil y difícil posición.

Surgiendo así dos posturas, o se trivializan estos, señalando que su valor era relativo, que no eran normas jurídicas aplicables para resolver casos, o por otro lado se les positivizaba, buscando su reconocimiento en textos legales o en la Constitución. Lo cual inmediatamente trae las dudas acerca de aquellos principios no positivados, concluyendo que o no había respuesta desde el positivismo o derechamente aquellos principios no constituyen derecho.

Claramente, este análisis nos lleva a un planteamiento crítico acerca del positivismo como manera de comprender el Derecho en general, así como el Derecho del Trabajo en particular. Lo cual creemos que es correcto e interesante, ya que sin obviar que hay razones políticas y económicas que afectan al Derecho del Trabajo, apuntar los dardos hacia el positivismo jurídico es una visión crítica novedosa, que parece haber sido abandonada por parte de la doctrina nacional, que en general no suelen criticar la manera positivista de comprender el derecho.

A partir de esto, es que el autor se propone encontrar modos de comprensión del derecho, donde tengan cabida los principios, así es como llega a posturas postpositivistas, que reconocen la existencia de dos niveles, el de las reglas y el de los principios, donde estos últimos expresan la dimensión valorativa o ideal del derecho. Así, volviendo los principios a un lugar central en el derecho, ya sea a través del reconocimiento constitucional de estos, determinando la validez de las normas inferiores o a través del rol que tendrán en la resolución de los casos difíciles.

De esta concepción es que, en el Derecho del Trabajo, el principio protector como principio madre, así como los demás principios, operarían como pretensión de corrección, determinando de mejor forma que es Derecho del Trabajo y que no.

Luego en el capítulo segundo llamado el *Derecho del Trabajo y el ideal de libertad: notas sobre fines, funciones y medios*, se pretende responder la cuestión acerca de la mejor versión del Derecho del Trabajo. Para esto parte realizando un análisis de las funciones de esta rama del derecho, encontrando la función jurídica, función social, función política y función económica. las cuales tendrán mayor o menor intensidad en relación a los fines que se le atribuyan al Derecho del Trabajo. Encontrando así una relación directamente proporcional entre fines y funciones.

De estas funciones nos llama particularmente la atención la función

política, en tanto se pretende institucionalizar el conflicto laboral, para de esta manera buscar el mantenimiento del sistema capitalista. La recalcamos principalmente por la razón que en general, la función social en tanto busca la protección del trabajador y la función económica, al pretender una redistribución de las riquezas, son funciones bastante conocidas y difundidas. Sin embargo, esta función política no ha sido tocada por todos los autores nacionales, por lo que dota una mejor comprensión acerca de los orígenes del Derecho del Trabajo³⁸⁶.

Posteriormente se realiza el tratamiento de los fines del derecho laboral, encontrando tres posturas, una minimalista o de un derecho del trabajo modesto, que se conforma con la protección de mínimos sociales, evitando condiciones de trabajo que se consideren indignas, la cual se refleja tanto con posturas políticas neoliberales, así como también progresistas, que abandonaron el área del trabajo como frente de cambio social, por otro sector como la educación o la salud. Otra postura dice relación con un derecho del trabajo robusto, que tendrá como fin la igualdad. Sin embargo, acá el autor termina señalando que es un tanto contradictorio buscar la igualdad en una relación necesariamente caracterizada por la subordinación, en concreto tratándose de una relación de poder. En relación a este punto creemos que no deja de tener sentido que el Derecho del Trabajo no puede optar como fin llegar a casi un modelo de cogestión o autogestión, buscando este tipo de emancipación de los trabajadores. Ya que eso necesariamente implicaría cambiar el sistema de producción capitalista, lo cual llevaría a un derecho distinto al derecho del trabajo. Por tanto, la tarea que queda es centrarse en el análisis del Derecho del Trabajo en el capitalismo.

Para lograr este análisis es que Ugarte opta por una concepción robusta del Derecho del Trabajo, pero que como finalidad esta va dirigida hacia la libertad como no dominación. En el sentido que finalmente lo que se buscaría es evitar las arbitrariedades del empleador en el uso de su poder de dirección. De esta manera se inicia reconociendo la subordinación existente. En el entendido que existen muchas libertades limitadas, tales como en el ámbito laboral, familiar, etc. Sin embargo, estas son aceptadas mientras no contengan abusos ni arbitrariedades.

Por ultimo en este capítulo se analizan los medios para lograr estos fines, poniéndose el acento en los dos medios clásicos del Derecho del Trabajo. Por un lado, a través de las normas legales, las cuales deberán ser aplicadas por los organismos estatales. Y por otro, la tutela colectiva, la cual se

³⁸⁶ Para mayor abundamiento de esta función, se recomienda el Capítulo I de El nuevo derecho del trabajo, de José Luis Ugarte, Lexis Nexis, Santiago, 2007, pp. 7 y siguientes.

expresa en el poder colectivo de los trabajadores el cual está compuesto por el poder de organización, poder normativo y poder de resistencia.

En relación a los medios, la novedad del libro viene señalada, por la postura que plantea superar la teoría que proviene desde Mario de la Cueva al señalar que sindicato, negociación colectiva y huelga, eran los tres pilares parte de un triángulo equilátero, donde cada uno era indispensable para el desarrollo del Derecho Colectivo del Trabajo. Sin embargo, Ugarte señala que de estos tres pilares el fundamental es la huelga, ya que este no depende de los demás para su éxito. En tanto puede existir un gran sindicato, que no tenga poder efectivo al no tener la huelga, o en caso de una negociación colectiva sin huelga, no podrá llegar a un adecuado instrumento colectivo. Por lo que la huelga es autosuficiente, e incluso según señala el autor sirve de anclaje a todo el sistema de relaciones colectivas del trabajo. Esta visión que claramente se contrapone a laboristas de gran renombre como Mario de la Cueva u Oscar Ermida Uriarte, viene a ser a nuestro parecer una de las mayores novedades planteadas en el libro.

Esta postura será la cual se desarrolla de manera más profunda en el capítulo tercero llamado El Derecho del Trabajo, la huelga y la democracia. En este se comienza enfatizando en la relevancia de la huelga por sobre los otros derechos colectivos integrantes del triángulo equilátero, para luego analizar las características particulares de la huelga como un derecho excéntrico.

Por ultimo un aspecto a nuestro parecer interesante de este capítulo, es la vinculación entre el Derecho del Trabajo y la democracia. Para esto es que se divide el análisis entre la democracia en la fábrica y la democracia política. Resultando esta última vinculación la más atrayente, al plantear que el Derecho del trabajo en su versión robusta permite un mayor grado de desarrollo de la democracia deliberativa o participativa, lo cual de alguna manera se puede relacionar con la visión planteada por Ermida³⁸⁷ en cuanto a la interdependencia de la libertad sindical con los demás derechos humanos. Sin embargo, para que este Derecho robusto del Trabajo logre salir del marco meramente laboral, y así influir en una democracia participativa, son necesarios dos elementos más. El primero dice relación con el reconocimiento de un interés colectivo público y por otro un modelo polivalente de huelga, que incluya la huelga política.

En conclusión, podemos señalar que en el libro se plantean bastantes posturas novedosas para la doctrina nacional, como por ejemplo la crítica

³⁸⁷ Ermida Uriarte, O., *Sindicatos en libertad sindical*, 4ª edición, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, pp. 24-25.

hacia la concepción positivista del derecho, por una concepción comprensiva de los principios como parte de este. La mención de la función política del Derecho del Trabajo. Así como el planteamiento del derecho del trabajo robusto como mejor versión del Derecho del Trabajo, donde la huelga toma un rol fundamental. Para finalmente señalar su vinculación con la democracia participativa.

Alfonso Muñoz Bolados*

* Ayudante de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

La eficacia diagonal u oblicua y los estándares de conducta en el Derecho del Trabajo, por Sergio Gamonal Contreras

Una reseña

Esta obra, de 148 páginas, comienza analizando el surgimiento y consolidación de la eficacia horizontal y cuales son sus particularidades en materia laboral. Posteriormente, el autor se hace cargo de todas las críticas que se pueden realizar a esta construcción constitucional y busca rebatirlas atendiendo a las particularidades propias del derecho del trabajo. Finalmente, se presenta una sistematización de distintas sentencias de tribunales ordinarios y superiores donde se puede apreciar la aplicación de esta doctrina.

Es cierto que la discusión acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es una discusión que se remonta a mediados del siglo pasado, sin embargo, es injusto pensar que el presente libro es anacrónico o no contribuye a las discusiones propias del siglo XXI. Muy por el contrario, la democracia constitucional requiere de estas discusiones, ya que “el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente los derechos de libertad sino también los derechos sociales; en segundo lugar frente a todos los poderes no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no sólo el derecho estatal sino también en el derecho internacional”³⁸⁸.

En este contexto, la contribución que puede hacer un profesor de Derecho del Trabajo, como el profesor Gamonal, es fundamental para el

³⁸⁸ Ferrajoli, L., “Sobre los derechos fundamentales”, en Carbonell, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*, España, Editorial Trotta, 2007, 74.

enriquecimiento en la discusión acerca de la eficacia de derechos fundamentales entre privados. Afirmamos esto, en razón de que el prisma desde el cual aborda el autor el efecto horizontal es, justamente, desde la relación laboral, es decir, desde una de las manifestaciones más claras de poder y subordinación entre privados, en otras palabras, estamos ante “la misma lógica inscrita en el código genético de los derechos fundamentales. No hay tensión, por tanto, entre la lógica propia del derecho del trabajo y la eficacia horizontal directa o inmediata de los derechos fundamentales”³⁸⁹.

Teniendo en consideración lo recién planteado, la exposición que el autor hace de la doctrina del efecto horizontal no es una repetición de libros de derecho constitucional, más bien es una reinterpretación de lo que debe entenderse como eficacia de los derechos fundamentales entre privados en el contexto de una relación laboral.

Para cumplir este objetivo el texto no se enfoca inmediatamente en el análisis del famoso fallo Lüth de 1958, sino que analiza la laboralización del derecho constitucional de comienzos del siglo XX, este es el primer tiempo del *Drittwirkung*, donde la naturaleza propia de esta rama del derecho es la que va gestando la eficacia de los derechos fundamentales entre privados. Posteriormente, desde los años 50 en adelante, se puede apreciar el efecto inverso, es decir, la aplicación horizontal de los derechos fundamentales vuelve al derecho del trabajo en lo que se ha denominado la constitucionalización del derecho laboral.

Sin embargo, las relaciones laborales difieren del resto de las relaciones privadas, por ende, la denominación “eficacia horizontal” no refleja a cabalidad la aplicación de los derechos fundamentales entre el empleador y el trabajador. Este es el motivo por el que el autor crea una nueva denominación más acorde a la realidad laboral, nos referimos a la de “eficacia diagonal”.

Esta nueva denominación que introduce el texto permite reflejar de mejor manera como funciona la eficacia de los derechos fundamentales entre un empleador y sus subordinados y, además, subsume la teoría de la eficacia horizontal a la dogmática laboralista, lo que permite descontextualizar varias de las críticas que se ha realizado a la tesis de la eficacia horizontal.

Lo recién planteado, permite hacer frente a los distintos cuestionamientos o mitos que rondan alrededor de la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales, ya que, como bien demuestra el profesor Gamonal, las particularidades propias de la relación laboral entre privados,

³⁸⁹ Ugarte Cataldo, J.L., *La tutela de los derechos fundamentales*, Chile, LegalPublishing, 2009, 91.

así como la práctica de los tribunales del trabajo, no permiten aplicar estas críticas a esta rama del derecho.

Ahora bien, este libro no solo abarca la discusión dogmática que existe acerca de la eficacia entre particulares de derechos fundamentales, además, busca sistematizar, mediante el análisis de 40 fallos, la aplicación de la eficacia diagonal por los tribunales ordinarios y superiores.

Este nuevo elemento de análisis resulta muy útil debido al rol que se le ha otorgado al procedimiento de tutela en el ordenamiento jurídico nacional, este es el hacer efectivo los derechos fundamentales en la relación laboral³⁹⁰, cuya particularidad consiste en que “el control jurisdiccional de los derechos humanos [es] proporcionado por el propio juez del trabajo (...)”³⁹¹.

De esta forma, la esquematización de sentencias que realiza el autor sirve para el lector nacional, ya que explicita ciertas tendencias en la jurisprudencia y para el lector extranjero, porque el modelo chileno supera, por medio del procedimiento de tutela, las problemáticas que conlleva encomendar a tribunales constitucionales la protección de derechos fundamentales entre particulares³⁹².

En conclusión, el presente libro es absolutamente recomendable para afrontar la discusión acerca de la eficacia horizontal, pero desde una perspectiva laboral. Además, entrega un análisis acabado de como el procedimiento de tutela aplica la eficacia diagonal en los conflictos laborales.

Andrés Ahumada Salvo*

³⁹⁰ Afirmamos esto en base a la propia redacción del artículo 485 del Código del Trabajo, que señala “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores (...)”.

³⁹¹ Aguilar Carvallo, G. y Contreras Rojas, C., “El efecto horizontal de los Derechos Humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile”, *Ius et Praxis*, n. 13, Tomo 1, 2007.

³⁹² Para profundizar en esta materia recomendamos Estrada, A.J., “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en Carbonell, M., *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos*, España, Editorial Trotta, 2007, 122.

* Ayudante de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y miembro del Centro de Estudios Aurora.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo