



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

ANALISIS DE LA LEY DE SUBCONTRATACION Y DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS

Memoria para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales

Joaquín Manuel Urra Trujillo
Carlos Alberto Jofré Salgado

Profesor Guía: María Eugenia Montt

Santiago, 2008

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO I	7
PROBLEMÁTICA INICIAL.....	7
NORMATIVA ANTERIOR A LA DICTACIÓN DE LA LEY 20.123.....	12
Legislación Anterior.....	12
Otras Normas.....	15
Jurisprudencia Administrativa y judicial.....	16
Artículo 478, actual 507 del Código del Trabajo.....	26
LEGISLACIÓN COMPARADA.....	28
España.....	30
Convenio 181 de 1997 de la OIT.....	39
Conclusiones respecto a la legislación comparada.....	43
OPINIÓN DE LOS TRABAJADORES Y EMPRESARIOS SOBRE LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY.....	44
Trabajadores Subcontratados.....	44
Opinión de los Sindicatos.....	46
Opinión del empresariado de la legislación anterior.....	47

CAPITULO II	50
PLANTEAMIENTOS DOCTRINARIOS.....	50
Subcontratación.....	50
Suministro de trabajadores.....	54
CAPITULO III	57
ANÁLISIS DE LA LEY 20.123.....	57
Parrafo 1º: del trabajo en régimen de subcontratación.....	58
Concepto de subcontratación.....	58
Lugar en que se prestan los servicios o se ejecutan las obras contratadas.....	61
Obras o servicios ejecutados o prestados de forma discontinua o esporádica.....	65
Exclusión de personas naturales.....	67
Subcontratación ilícita.....	68
Responsabilidad de la Empresa principal en Régimen de Subcontratación.....	70
Derechos de información y retención.....	77
Disminución de responsabilidad.....	80

Responsabilidad en materia de riesgos laborales.....	81
Párrafo 2º: De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios.....	84
Empresas de servicios transitorios.....	84
Sanciones a la empresa de servicios temporarios por infracción.....	93
Del contrato de puesta a disposición de trabajadores (entre empresas de servicios temporarios y usuarias)...	94
Carácter excepcional del Contrato.....	95
Plazo del contrato.....	97
Causales de Exclusión.....	98
Cláusula Prohibida.....	99
Simulación.....	103
Compensación de feriado.....	104
Organización y Dirección en las tareas.....	105
Garantías Constitucionales.....	106
Responsabilidad Subsidiaria de la Usuaría. y Directa por Accidentes.....	106
Opinión de la confederación de la producción y comercio.....	108
CONCLUSIONES.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	121

INTRODUCCIÓN.

La relación laboral esta habitualmente determinada por el carácter bilateral, de tal forma que es el propio empleador quien obtiene la mano de obra a través de la selección directa o indirecta que él realiza. De la misma forma, es el trabajador quien recibe las remuneraciones como obligación principal del empleador, en forma directa de la persona que lo contrató y que es a quien presta su servicio. Esto es el contrato de trabajo en que se inspira el Código del Trabajo y casi la totalidad de la legislación laboral.

Ahora bien, producto del dinamismo de las relaciones que están determinadas por la economía, el contrato de trabajo, como el antes concebido, ha sufrido diversas mutaciones y es insuficiente para regular la situación actual. Así sucede con empresas que cuentan con un giro de actividades específico, como por ejemplo una empresa minera, cuya actividad principal es la extracción de minerales y no el trazado de caminos para llegar a la mina, los servicios de seguridad, aseo, etc., los cuales desde un punto de vista de costos, no es conveniente adoptarlos como propios,

resultando más práctico utilizar otros mecanismos para contar con dichos servicios.

Ejemplo de ello es el surgimiento de nuevas modalidades, tales como el outsourcing, trabajo temporal, tele-trabajo, trabajo a domicilio, subcontratación y suministro de personal.

Lo anterior trae como consecuencia que un número cada vez más creciente de trabajadores prestan sus servicios en empresas que no son sus empleadores directos, de lo cual el ejemplo más latente es la figura de la subcontratación.

En dicho sistema, una empresa encomienda la realización de determinadas obras y servicios a una empresa denominada contratista, la cual realiza el trabajo con un precio, plazo y modalidad de ejecución determinado con la empresa principal a través de contratos civiles o comerciales entre estas dos partes. Para estos efectos la empresa contratista es la encargada de aportar todos los medios, ya sea humanos o materiales para la ejecución de lo pactado.

En la situación antes descrita podemos distinguir dos relaciones contractuales. Por un lado, tenemos el contrato que obliga a la empresa contratista con la empresa principal (de ejecución de obra o de prestación de servicios), el cual se caracteriza por ser exclusivamente comercial. Por otro lado, existe la relación contractual del trabajador con la empresa contratista, en la que se dan los presupuestos habituales de una relación laboral en su sentido tradicional.

Ahora bien, puede ocurrir que la empresa contratista no realice directamente la obra o servicio a la cual se obligó, sino que requiera a otra

empresa para la ejecución de la totalidad o parte de este trabajo, de tal forma que sea esta última empresa quien se encargue de suministrar los medios necesarios para la faena.

Así, podemos observar que en la práctica puede producirse una cadena más o menos compleja de obligaciones que, en último término, tendrán al trabajador como aquella parte más débil, frente a lo cual el sistema busca otorgar una mayor protección.

Además de la subcontratación, otra de las modalidades que se han presentado en los últimos años es el suministro de mano de obra de empresas de trabajo temporal, denominadas por nuestra legislación como empresas de servicios transitorios (E.S.T). En dicha modalidad, una empresa facilita a otra que contrata sus servicios, los trabajadores necesarios para la realización de ciertas obras o servicios, con la particularidad que será la empresa que contrata los servicios la que organizará directamente el trabajo de los empleados suministrados, sin perjuicio de que la empresa de servicio temporal conserva la calidad de empleador de aquellos trabajadores.

En este caso se vislumbran tres relaciones contractuales. El contrato de suministro de servicio, el contrato de trabajo entre la E.S.T. y los trabajadores y la relación entre el trabajador y la empresa usuaria de los servicios.

En resumen, las modalidades anteriormente descritas representan formas de descentralizar la relación laboral. Dicha tendencia es recogida y regulada por la Ley 20.123, la cual pasaremos a analizar.

CAPITULO I

PROBLEMÁTICA INICIAL.

La empresa conceptualmente como se entendía a finales del siglo XIX, y hasta mediados del siglo XX, ha cambiado por diversos factores, sean estos políticos, sociales, económicos, etc., lo cual ha tenido como efecto una transformación en la forma en que las empresas enfrentan sus procesos productivos. Ello es consecuencia necesaria de la competencia generada entre las empresas a nivel mundial, considerando especialmente el fenómeno de la globalización. Así, tenemos que la empresa más eficiente será aquella que produzca dentro de los mejores estándares de calidad y al menor costo. Para conseguir dicho fin, se han ideado nuevas estructuras, dentro de las cuales están aquellas medidas tendientes a la descentralización de las actividades productivas. Dentro de estas medidas destaca la figura de la subcontratación (en sentido amplio).

Esta nueva modalidad tiene fines económicos para alcanzar los objetivos ya señalados, pero también ha sido utilizada con otras intenciones, como por

ejemplo, contrarrestar la acción de los obreros, frenando el desarrollo de los movimientos sindicales, los cuales tenían un fuerte impacto social en algunos países. Evitar la contratación directa, en definitiva como mecanismo para evitar el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales.

Nuestra legislación ha ido evolucionando de acuerdo a la lógica antes descrita.

Así tenemos que el Código del Trabajo del año 1931 aparece precisamente a partir de los movimientos sociales que tuvieron lugar a raíz, principalmente, de los excesos cometidos por las empresas en contra de sus trabajadores. Aquel cuerpo normativo venía a convertirse en la primera manifestación legal que daba cuenta del problema y pretendía arribar a una solución. Para ello regulaba una serie de situaciones, dentro de las cuales estaba la responsabilidad del dueño de la empresa respecto de trabajadores sometidos a régimen de subcontratación. El Código del Trabajo del año 1931 regulaba la responsabilidad del dueño de la empresa. El artículo 16 de dicho cuerpo normativo establecía *“el dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de sus obreros”*. El inc 2° se coloca en el supuesto de la construcción de edificios en donde el mandante sea una persona natural, señalando al respecto: *“en los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural”*.

De lo anterior se desprende claramente que no se trata de un tema actual, pues la regulación al respecto es de larga data y ha continuado siendo una

especial preocupación para el legislador, pues en las sucesivas evoluciones de la legislación laboral, ha seguido estando presente como una materia de relevancia legislativa.

Avanzando en el tiempo, nos encontramos en la década del 60 con la actual ley de accidentes del trabajo (Ley N° 16.744), la que en su artículo 4 se refiere a la responsabilidad subsidiaria del empleador.

Sin embargo, la legislación a lo largo de los años, ha ido complementando la materia con otras normas que dan un mayor alcance en lo que respecta a responsabilidad y definición del concepto de subcontratación, puntos sobre los cuales recae en general la mayor parte del problema que atañe a la institución de la subcontratación.

Uno de los problemas que planteaba la antigua regulación era, como ya adelantamos, la delimitación del concepto de subcontratación.

Para lograr una aproximación a lo que implica el concepto de subcontratación, esto es, su determinación, debemos partir desde los dos tipos de enfoques a través de los cuales se puede observar la subcontratación.

Desde un punto de vista económico, la subcontratación es una forma de descentralización productiva. En ella, pueden distinguirse dos acepciones. En un sentido amplio, se denomina subcontratación a toda descentralización que realiza la empresa de las actividades que forman parte de su ciclo productivo (desintegración vertical), abarcando así, tanto la contratación de obras y servicios, como el suministro de personal. En un sentido estricto, es entregar a otra empresa una parte de la producción o de ciertos servicios, en

función de directrices previamente establecidas, dejando por ende fuera del concepto el mero suministro de mano de obra.

El concepto legal imperante, previo a la promulgación de esta ley, no permitía diferenciar la subcontratación del suministro de personal. Así, el problema que ello generaba fue abordado por la jurisprudencia (tanto administrativa como judicial). La Dirección del Trabajo delimitó el concepto de contratista, señalando que éste era “toda persona natural o jurídica que, mediante contrato, ejecuta para un tercero dueño de la obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajos o prestación de servicios a cambio de un precio convenido, contratando para ello trabajadores”¹.

El contratista sería, bajo este supuesto, quien ejerce la función propia de empleador (entendida dicha función a la luz del Código del Trabajo). En caso de que no se ejerzan dichas funciones, de modo tal que se trate, en el hecho, de una mera colocación de trabajadores, por parte de una empresa que se denomine contratista, y que estarán sometidos a la supervigilancia de la empresa principal, no se puede hablar de contratista en los términos del artículo 64, y por lo tanto, dicha situación cabría bajo el supuesto de suministro de personal, pues existiría una relación directa entre los trabajadores y la empresa principal².

Entonces, tenemos que, por la vía interpretativa, se reconocía al primer caso como un contratista en su sentido estricto y al segundo como un proveedor de personal.

¹ Ord. N° 9.159/212 de 14 de diciembre de 1990.

² Dictamen N° 9.353/214 de 1989.

La ley 20.123 adopta un concepto de subcontratación que concuerda en su esencia con la visión jurisprudencial antes descrita, de tal forma que el artículo 183-A del Código del Trabajo señala como contratista a *“un empleador que en razón de un acuerdo contractual se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o se ejecutan las obras contratadas”*.

Al contar con esta norma, podemos distinguir entre ambos tipos de subcontratación, pues se distingue claramente el contrato de obra del contrato de suministro de personal, lo cual resulta aún más claro al revisar el inc. 2º del mismo art. el cual señala que *“si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena...”*

Este segundo supuesto hay que concordarlo con el artículo 183-F que viene a regular los supuestos para que el contrato de suministro de personal sea lícito. De estas dos normas resulta que el contrato de suministro de personal se encuentra absolutamente diferenciado de la subcontratación en sentido restringido, tal y como venía haciendo la jurisprudencia antes de la dictación de la ley.

El otro punto conflictivo y que es una de las grandes novedades de la nueva ley, es el cambio de responsabilidad de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores en régimen de subcontratación.

En la antigua legislación, se contaba con una responsabilidad subsidiaria en lo tocante a estas obligaciones, lo cual se presentaba como una constante a lo largo de todas las modificaciones que ocurrieron en materia laboral. A partir de la reforma, se crea por primera vez una nueva modalidad para la responsabilidad. En efecto, se introduce la solidaridad como supuesto de extensión de responsabilidad, la que se da en ciertos supuestos y cuyo alcance será analizado más adelante.

NORMATIVA ANTERIOR A LA DICTACIÓN DE LA LEY 20.123.

Legislación Anterior.

La descentralización productiva encuentra sustento jurídico en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política del Estado (Libertad económica y de iniciativa de empresa) existiendo, antes de dictarse la Ley 20.123, como normas específicas que regulaban la subcontratación, los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo y respecto del Suministro de Trabajadores no había disposición especial alguna, sin perjuicio de la abundante jurisprudencia administrativa y judicial atingente al tema. No se puede dejar de mencionar también, como norma reguladora de esta institución, el artículo 3 del Código del Trabajo que contiene la definición de empleador y empresa

El artículo 64 establecía:

***Artículo 64.** El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los*

contratistas a favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

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

El trabajador, al entablar la demanda en contra del empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural.

De la citada norma se desprende que la responsabilidad del dueño de la empresa, obra o faena respecto de las obligaciones que afectan a los contratistas a favor de los trabajadores de estos es **Subsidiaria**, esto es, que el trabajador para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones debe dirigirse contra el contratista, que es su empleador, y supletoriamente en contra del principal, sin perjuicio de la acción del trabajador para demandar a ambos conjuntamente (a pesar de ser responsabilidad subsidiaria) y de solicitar la notificación de la demanda al responsable subsidiario, suspendiéndose la prescripción.

Artículo 64 bis. *El dueño de la obra, empresa o faena, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informado por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que*

a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas. En el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, así como cuando el dueño de la obra, empresa o faena fuere demandado subsidiariamente conforme a lo previsto en el artículo 64, éste podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquel, el monto de que es responsable subsidiariamente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas.

En todo caso el dueño de la obra, empresa o faena, o el contratista en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso primero de este artículo, podrá ser acreditado mediante certificados emitidos por la Inspección del Trabajo respectiva.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento del dueño de la obra, empresa o faena, las infracciones a la legislación laboral o previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.

Esta norma, incorporada al código del Trabajo por la Ley 19.666 (D.O.10-03-00) establece los derechos de la Empresa Principal, esto es

Información, Retención, resarcirse del incumplimiento del contratista y pago por subrogación.

La **información** dice relación con el cumplimiento de obligaciones laborales de los contratistas y subcontratistas, requisito sine quanon para ejercer el derecho de retención.

La retención **consiste en el derecho del dueño de la obra, empresa o faena para retener del pago de las obligaciones que tenga para con el contratista el monto del cual es responsable subsidiariamente frente a los trabajadores de este último.**

Ahora bien, para hacer efectivo estos derechos existe el derecho al pago por subrogación, de este modo el principal podrá pagar directamente al trabajador o institución previsional acreedora. Este pago se hará con los fondos antes retenidos, satisfaciendo al trabajador de su acreencia contra el subcontratista, adquiriendo por esto, el principal, el derecho a ser resarcido por el contratista del incumplimiento.

En lo que respecta al **suministro de trabajadores**, en el Código del Trabajo existía el artículo 478 que de manera muy tangencial se refería al suministro de trabajadores al sancionar con multa al empleador que simula la contratación de trabajadores a través de terceros, utilizando subterfugios, ocultando o disfrazando la individualización o patrimonio del empleador. El artículo en comento cambia la numeración con la reforma al 507.

Otras Normas.

Existían y existen hasta ahora otras normas que más que regular la subcontratación norman la responsabilidad subsidiaria.

Así tenemos al artículo 209, inciso 2º, del Código del Trabajo, que se refiere a la responsabilidad previsional del dueño de la obra, en materia de afiliación y cotización, respecto de la ley de accidentes del trabajo.

En la ley N° 16.744, sobre accidentes del Trabajo, existe la misma norma respecto de la responsabilidad previsional del dueño de la obra en el artículo 4º y en el artículo 69 que trata el tema de las indemnizaciones civiles y el daño moral.

El Decreto Supremo N° 594 del año 2000, reglamenta las condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, incorporando la obligación de la empresa a tomar acciones preventivas, de tutela y de salud de lo trabajadores., bastando que sólo ellos estén insertados espacialmente en sus faenas, sin considerar quien es el empleador (responsabilidad respecto de trabajadores que no son propios).

Finalmente, como otra norma referida al tema de relevancia, está el artículo 20 de la Ley N° 17.322, sobre el cobro de cotizaciones previsionales que establece que los contratistas y subcontratistas son responsablemente solidarias en el pago de estas cotizaciones.

Jurisprudencia administrativa y judicial.

La jurisprudencia administrativa se ha encargado de clarificar algunos temas conflictivos. Así tenemos el concepto de “**Contratista**”, los límites a la responsabilidad subsidiaria, los sujetos activos de esta responsabilidad y continuidad de la empresa.

Mención especial merece la opinión de la Dirección del Trabajo respecto del suministro de trabajadores. Dicha entidad ha señalado que no existe este

tipo de contrato, calificando esta actividad como simulación, ha aplicado el principio de supremacía de la realidad y otras figuras para desvirtuar esta forma de contratación.

En lo que dice relación con los límites de la responsabilidad subsidiaria, la Dirección del Trabajo ha establecido el ámbito temporal (hasta la convalidación del despido), el ámbito subjetivo (actores que pueden exigir la responsabilidad subsidiaria) y objetivo (obligaciones que nacen para el empleador directo e indirecto respecto de los derechos de los trabajadores).

Como otro principio de aplicación por la Dirección del Trabajo es el de ***“Continuidad de la Empresa”***. Tratándose de reorganizaciones empresariales la Dirección ha sostenido que se mantiene la continuidad de los contratos de trabajo y reglamentos internos de las empresas sin importar la nueva forma organizacional y jurídica que pueda adoptar la empresa.

En la jurisprudencia judicial, los Tribunales conociendo de recursos de protección, por regla general los ha acogido cuando los inspectores del trabajo han ordenado escriturar los contratos al existir relaciones en que intervienen tres partes, sin embargo no puede hablarse de que exista una doctrina de parte de las Cortes que regulen el fondo del tema, es decir, que señalen quien es el empleador en la realidad, cual es la responsabilidad que les cabe a las diferentes partes, etc. Sin embargo, aquí se vislumbra otro problema como es determinar las atribuciones de la Dirección del Trabajo al momento de fiscalizar, en donde los Tribunales si han hecho doctrina en el sentido de que al ente fiscalizador le esta vedado interpretar, valorar y calificar los antecedentes, lo cual consideramos, con semejante doctrina, la Dirección del Trabajo no puede desempeñar su labor.

Pese a lo anterior se pueden extraer algunas ideas.

- i) Interpretación amplia, incluso más que la realizada por la propia Dirección del Trabajo, por parte de la Corte del concepto de obligaciones laborales y previsionales del artículo 64, señalando que el responsable subsidiario responde ***“de todas las obligaciones laborales y previsionales, legales y convencionales o de aplicación práctica, derivadas del contrato de trabajo con el contratista”***.
- ii) La responsabilidad subsidiaria nace en la medida que se ha podido supervisar el cumplimiento de las obligaciones respecto de las cuales se le pretende hacer responsable.
- iii) No se responde los las obligaciones que no nacen durante la vigencia de la obra contratada.
- iv) Respecto de las indemnizaciones, la Corte ha dicho que el subsidiario responde en forma proporcional a la obra encargada, por el tiempo que estos trabajadores estuvieron a su servicio y sólo respecto de los trabajadores que efectivamente estaban a su disposición. Hay opiniones de Ministros disidentes que señalan que las indemnizaciones por término de contrato no forman parte de la responsabilidad subsidiaria debido a que los artículos 64 y 64 bis, estaban dentro del título que protege las remuneraciones y las indemnizaciones no serían remuneraciones por lo que no están incluidas en la responsabilidad subsidiaria.
- v) El concepto de Holding para la Corte existe señalando que es una unidad económica de empresas relacionadas. Esto es lícito en la

medida que no implique el menoscabo de derechos de los trabajadores. Por lo general, al referirse la Corte al Holding ocupa el principio de supremacía de la realidad para superar una situación de vulneración de derechos. Así ha señalado que una empresa puede tener diferentes razones sociales y no obstante ser una misma para efectos laborales y de responsabilidad.

A continuación pasamos a revisar alguno de estos dictámenes y fallos judiciales.

Para la **Dirección del Trabajo** debe entenderse por **contratista** a "*la persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta para un tercero, dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajos o prestaciones de servicios, mediante un precio convenido, contratando para ello trabajadores*" (dictamen N° 9.159/212, de 14.12.89).

La Dirección de Trabajo estableció que (Dictámenes No. 544/04, **2049/03**, **2049/03**) para efectos de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, o del contratista al tenor del artículo 64 del Código del Trabajo, se entiende por **obligaciones laborales** las que emanan de los contratos individuales o colectivos del trabajo y del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, de los trabajadores del contratista o subcontratista, según el caso, ocupados en la ejecución de la obra, empresa o faena. Asimismo, son **obligaciones previsionales** todas las relacionadas con el integro o declaración de las cotizaciones de seguridad social, y con la prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, respecto de los mismos trabajadores empleados en la obra, empresa o faena. La indicada responsabilidad subsidiaria subsiste con posterioridad al término

de la relación laboral y mientras no se extinga por el correspondiente finiquito debidamente cumplido, o por la alegación de la prescripción. Las remuneraciones, vacaciones proporcionales, gratificación, horas extraordinarias, indemnización por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, constituyen obligaciones laborales que se encuentran comprendidas en la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, o del contratista según el caso, por los trabajadores ocupados en las mismas y **por el período en que trabajaron en ellas.** En efecto, si la obra, empresa o faena ya estuviere concluida y hubieren sido satisfechas o finiquitadas las correspondientes obligaciones recíprocas del dueño de estas, éste no podría ejercer los derechos del artículo 64 bis (información acerca del estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y provisionales), por lo que debería quedar liberado de responsabilidad subsidiaria respecto de los trabajadores del contratista o subcontratista que participaron en la ejecución de las obras. De este modo, la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena no podría alcanzar a obligaciones laborales y previsionales del contratista o del subcontratista originadas en otras obras, de distintos dueños, o por períodos anteriores o posteriores a la duración y ejecución de la correspondiente obra.

Asimismo, se hace necesario también añadir a lo expresado, que la jurisprudencia ha manifestado, que la responsabilidad subsidiaria que se consigna en el artículo 64 del Código del Trabajo, sólo puede hacerse efectiva a través del correspondiente requerimiento judicial, es decir, previa presentación de la demanda respectiva, no resultando por ende jurídicamente procedente que los fiscalizadores hagan exigible dicha

responsabilidad subsidiaria (**Dictamen No. 4546/95** DE 21.07.1995). Lo anterior guarda concordancia con lo que establecía el inciso 3° del artículo 64 del Código del Trabajo: *"El trabajador, al entablar la demanda, en contra de su empleador directo, podrá también solicitar que ésta sea notificada a todos aquellos que puedan responder subsidiariamente de sus derechos, entendiéndose interrumpidos respecto de ellos los plazos de prescripción, si se les practicó tal notificación dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 480 del presente Código"*.

Entonces, el trabajador se encuentra facultado para notificar la demanda interpuesta en contra de su empleador directo a todos quienes puedan responder subsidiariamente de sus derechos laborales y previsionales, entendiéndose así, interrumpidos los plazos de prescripción, respecto de los mismos, si la notificación se practica dentro de los seis meses de terminada la relación laboral. Cabe hacer presente que esta notificación no implica emplazamiento según la Jurisprudencia, en efecto en fallo de **Corte de Apelaciones de Santiago, 12.03.1998, Rol 4.383-97**, se establece: *"...1.- Que tal como se sostuviera en sentencia de 27 de noviembre de 1997, librada por esta Corte en los autos Rol N° 4.490-96 del Quinto Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, surgida de los mismos hechos que han servido de base a la presente causa y seguida en contra de iguales sujetos pasivos, sentencia que este Tribunal hace suya, el artículo 64 del Código del Trabajo, en su inciso tercero al disponer que la demanda pueda también ser notificada por los trabajadores a todos aquellos que puedan responder subsidiariamente de sus derechos, sólo ha otorgado a éstos un*

medio de interrumpir la prescripción que eventualmente pudiere correr en contra de estos últimos;

2.- Que como bien se ha sostenido, en consecuencia, la notificación que se hizo en autos a la sociedad apelante, no ha producido el emplazamiento de ésta, tendiente a convertirla en parte, obligándola a litigar en el juicio, sino que ha suspendido el curso de la prescripción que pudiere favorecerle, hasta que se haya establecido la responsabilidad del empleador directo a virtud de sentencia ejecutoriada y no se haya dado entero y cumplido pago a lo resuelto por ésta, hecho que se condice a cabalidad con las normas sustantivas del Derecho Civil que tratan de la subsidiariedad, las que denotan que en esos casos hay una situación que sigue a otra que ha tenido lugar en un tiempo anterior a la calificada como subsidiaría;

3.- Que, en consecuencia y como bien se ha dicho en el fallo anterior indicado, al no producirse con la notificación respectiva el emplazamiento de intangibles Santa Cruz S.A. en los términos que procesalmente suponen el nacimiento de una controversia, esta última empresa no ha podido ser parte en este juicio, sino que solamente se ha interrumpido la prescripción extintiva que en su favor hubiere empezado a correr;...”

La ley establece derechos y mecanismos a las empresas principales para exonerarse de la responsabilidad subsidiaria lo cual debe ejercer, de lo contrario se es responsable frente a los trabajadores. Corte Suprema de fecha 13.08.2002, recaída en recurso de casación Rol N° 1.825-02, en autos *Cortés Gamboa, Esteban Alfonso con Administradora de Personal Recursos Humanos*, del 1 Juzgado de Letras de La Serena, al expresar: *en la especie, el incumplimiento que justificó el despido indirecto por parte del*

*trabajador fue precisamente el no pago de las remuneraciones y cotizaciones previsionales por el período que se indica en la sentencia atacada, de manera que en este caso el término de la relación laboral tiene por causa la trasgresión contractual del empleador, y a la vez, **el incumplimiento del demandado subsidiario respecto de la obligación de control que debía ejercer sobre el contratista**, pues no usó las herramientas que el ordenamiento jurídico le franquea para evitar esa falta de tipo laboral y previsional que, precisamente, debía cautelar ... por lo que éste es también responsable de pagar las indemnizaciones por años de servicio y por falta de aviso previo derivadas de la terminación del contrato por despido indirecto del trabajador.*

Cabe hacer el comentario que la Corte Suprema sólo se refiere al “incumplimiento del demandado subsidiario respecto de la obligación de control”, sin precisar a si este se debió a negligencia o para vulnerar la ley. Esto demuestra que la distinción anterior no importa para efectos de determinar, agravar o morigerar la responsabilidad que le cabe al dueño de la obra, empresa o faena (exclusión de “dolosamente”).

Ahora bien, la legislación anterior establece un estatuto de responsabilidad subsidiaria respecto de la subcontratación en sentido estricto (dictamen N° 1546/220, de 21.07.95), lo que permite sostener que el legislador al referirse en el artículo 64 a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra y del contratista ha querido significar que éstos deberán asumir las obligaciones que correspondan al contratista y subcontratista en aquellos casos en que, requerido estos últimos, no les den cumplimiento. En tales circunstancias, cabe concluir que **sólo podrá perseguirse la responsabilidad subsidiaria**

por las obligaciones contraídas por el contratista o subcontratista, según corresponda, una vez que éstos han sido requeridos y se ha agotado el procedimiento de cobro en su contra.

Entonces no procede demandar y requerir de pago al dueño de la obra o al contratista sin haber requerido previamente al contratista o subcontratista, respectivamente, obligados principales al cumplimiento de tales obligaciones, lo que permite afirmar, entonces, que no se puede demandar conjuntamente a ambos.

Por otra parte, es necesario puntualizar que esta responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o del contratista les permite gozar del **beneficio de excusión**, en virtud del cual, una vez reconvenidos, pueden exigir que antes de proceder en su contra se persiga la deuda en el patrimonio del deudor principal.

Durante la discusión de la ley siempre se sacaba a la palestra, por parte de la coalición de oposición, el tema de la subcontratación y suministro de servicio por parte del Estado. Alegaban que la regulación debe ser para todos, tanto privados como públicos, aduciendo que es el Estado el que no practica lo que perora. En efecto, el Estado no estaba ajeno a la práctica de gestiones o maniobras tendientes a eludir esta responsabilidad subsidiaria, para ello era común señalar que los distintos órganos estatales sólo entregaban fondos para la concreción de obras que no importaban beneficios directos a el Estado. Sin embargo, si bien hay casos en que esto es así, en muchas ocasiones no se daba la situación anterior y la excusa era la misma. Así, existen conflictos entre los órganos fiscalizadores (Contralorías Regionales, Inspecciones del Trabajo, Dirección del Trabajo),

y los organismos que realizan labores de ejecución del Estado (CORFO, MOP, etc.) por la situación antes descrita³

Como antes señalamos, el dueño de la obra empresa o faena puede exonerarse de la responsabilidad subsidiaria si hace efectivo los derechos que le otorga el artículo 64 bis, esto es, el derecho a que se le mantenga informado sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales además de poder retener de las obligaciones que tenga a favor del contratista el monto del que es responsable subsidiariamente pudiendo pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora y debiendo ser puestas en su conocimiento las infracciones a la legislación laboral o previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen por la Dirección del Trabajo. Sin embargo, cabe advertir que el dueño de la obra o faena, no participa en la decisión de despido de los trabajadores, por lo tanto, no resulta posible atribuir responsabilidad por el hecho del empleador, respecto del cual se carece de instrumentos legales en orden a fiscalizar la adopción por parte de aquél de una medida en términos legítimos, que impida una posterior sanción en su contra. Por lo tanto el 64 bis tiene un límite.

La figura del suministro de trabajadores tenía por objeto la ocupación de personal permanente sin contratarlo y así eludir la responsabilidad que implica la contratación. Se buscaba en primer término abaratar el despido reduciendo al máximo los pagos por concepto de obligaciones previsionales

³ (48.051, 14.10.05) Sobre atribuciones y responsabilidades de CORFO respecto de las obligaciones laborales y previsionales que pesan sobre los beneficiarios de subsidios para proyectos solventados con el Fondo Nacional de Desarrollo Tecnológico).

o laborales como son las derivadas del acto del despido en sentido restringido. Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que la empresa principal es obligada subsidiariamente de todas las obligaciones. En fallo **Daniela José Arias Lorca con Wackenhut Valcorp Servicios SA. Rol: 766-2005** se Establece: *“6°.- Que asiste responsabilidad a una empresa que contrata personal por interpósitas personas jurídicas, para la realización de faenas propias e inherentes a su giro, como cuando una tienda que comercia en ropas, mandata la custodia de parte tan inherente a ese rubro, como lo son los probadores, sin los que difícilmente podría encarar con éxito ese giro;*

7°.- Que cualquier otro entendimiento importa desentenderse del principio de realidad que siempre ha de informar la judicatura laboral, realidad que exhibe un generalizado intento de desdoblamiento del empleador antes sus dependientes, con grave peligro de elusión de los derechos de éstos;...”

Artículo 478, actual 507 del Código del Trabajo.

El art. 478, con la modificación de la ley 19.250, contemplaba una sanción (de una a doce UTM a beneficio fiscal) para aquellos empleadores que dolosamente simularan la contratación de trabajadores a través de terceros, o cualquier otro tipo de subterfugio como ocultar, disfrazar o alterar su individualización o su patrimonio con el fin de eludir las obligaciones laborales establecidas en la ley.

La reforma concretada a través de la ley 19.759 eliminó la expresión “*dolosamente*”, pero aumento las sanciones, las cuales pasaron a ser de 5 a 100 UTM y de 10 a 150 UTM para el caso en que hubiera perjuicio en los derechos de los trabajadores por algún tipo de subterfugio realizado por el empleador. Además, dicha reforma estableció la responsabilidad solidaria entre el empleador real y el empleador simulado.

El hecho de eliminarse la expresión “*dolosamente*” del art. 478 ha implicado que la Dirección del Trabajo (ord. N° 922/25, 11/05/2003) interprete dicho precepto en el sentido de afirmar que la gravedad de la simulación conlleva considerarla objetivamente como una conducta disvalórica, esto es, sin necesidad de determinar la intencionalidad de la simulación en cuanto a si fue hecha o no con el animo de provocar un perjuicio en los derechos de los trabajadores, en contraposición a la doctrina civil tradicional en función a la distinción entre simulación lícita e ilícita dependiendo de su intencionalidad en cuanto a ser hecha o no en perjuicio de terceros.

Por otro lado la Dirección del Trabajo ha establecido, como requisitos para entender que existe simulación: La existencia de un empleador, inexistencia de un contrato escriturado y que un tercero aparezca como acreedor de los servicios del empleador.

La sanción es la responsabilidad solidaria de los derechos laborales y previsionales de los trabajadores y también por las multas.

Cabe señalar que la ley 20.123 ha efectuado importantes modificaciones al art. 478 C.T., cuyos alcances serán debidamente analizados en su oportunidad en el presente trabajo.

Ahora bien, al no haber una normativa que regulara el suministro de trabajadores, aun es más, esto se consideraba ilegal o al menos ilegítimo, la Dirección del Trabajo fiscalizaba y cada vez que detectaba que trabajadores en una empresa que no eran contratados por esta cursaba infracciones en virtud del ya comentado artículo 478 del Código del Trabajo.

Ante la situación descrita las empresas recurrían de protección a los Tribunales de Justicia contra la Dirección del Trabajo siendo vacilante la jurisprudencia al respecto, pero no así el argumento de rechazo, esto es, no ejercer el derecho en conformidad al ordenamiento jurídico, requisito exigido por el artículo 20 de La Constitución Política de La República, al considerar a los suministradores como meros testaferros o “palos blancos”.⁴

LEGISLACIÓN COMPARADA.⁵

⁴ “Parga Loyola con Director Regional del Trabajo de la VII Región” R.D.J.G.T, 2º parte, sección 5º 1988: 299 y siguientes, citado por Welsch Ramírez, Marcela, Análisis del Proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación y regulación del funcionamiento de las empresas de servicios transitorios en Chile, investigación jurídica para optar al grado de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2004.

⁵ CECILY HARPEN MONTECINO, El nuevo fenómeno organizativo, causas e implicancias, en Seminario de derecho laboral régimen de subcontratación Ley N° 20.123, Colegio de Abogados de Chile A.G., 4 de julio del 2006.

En el Derecho Comparado existe un nuevo concepto: *“la ampliación fundamental de los derechos de los trabajadores, a la información y consulta, en los grupos de empresas de dimensión comunitaria”*.

Una manifestación de lo anterior se encuentra en *“el comité de Empresa Europeo”*, que es un órgano de representación de los trabajadores en la Unión Europea que agrupa a representantes de trabajadores de empresas que se ubican en los diversos países que conforman la Unión. Algunas empresas en donde se han formados estos comités son el grupo Santander en España, Reino Unido , Portugal y en el Banco BBVA.

Otra forma de manifestación es el estatuto de la Sociedad Anónima Europea por el cual se obliga, con la creación de un estatuto tipo, a consultar el deber o la obligación de incluir información a los representantes de los trabajadores, en caso de traspaso de la empresa o despidos por motivos económicos.

En el derecho Francés cuando empresas utilizan trabajadores que son de otra empresa se dice que estas empresas son *“Coempleadores”*, por lo que ambas empresas empleadoras tienen una responsabilidad directa respecto de los trabajadores que están prestando servicios, esto se acentúa más cuando la empresa que acoge a los trabajadores tiene el control de estos.

La negociación, especialmente la colectiva, es otra característica del derecho laboral europeo. Así se han dado lugar a los *“acuerdos marco”* en donde los trabajadores se agrupan por rama para negociar. Estos acuerdos marcos representan a todos los trabajadores de las empresas de una misma

unidad geográfica incluyendo a los subcontratados. El elemento que interesa para negociar es la rama y el territorio.

Como otro elemento podemos mencionar a la responsabilidad social de la empresa. Existe el denominado “*Libro Verde*” que pretende que las empresas creen códigos de conducta voluntarios más allá de lo establecido en la ley.

Finalmente está la responsabilidad solidaria de todos los empleadores cuando se utiliza a trabajadores que pertenecen a distintas empresas.

España.

La jurisprudencia comparada ha regulado de manera distinta las situaciones del contratista y del suministrador de trabajadores. En España, la ley N° 14/1994 regula a las empresas de trabajo temporal y la Subcontratación propiamente tal, se reglamenta principalmente en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Respecto del suministro de trabajadores en España, denominadas Empresas de Trabajo Temporal, antes de la dictación de la ley N° 14/1994⁶ (importante fuente inspiradora para el legislador chileno) se prohibía el reclutamiento de trabajadores para cederlos temporalmente a otras

⁶ Ley 14/1994, de 1 de junio de 1994. Jefatura del Estado, Gobierno de España. En <http://info.mtas.es/guia/leyes/L1494.html>.

empresas. Sin embargo, esto se enmendó para adecuarse a la nueva realidad económica de la comunidad europea. La ley se divide en 5 Capítulos: Capítulo I Empresas de trabajo temporal; Capítulo II Contrato de puesta a disposición; Capítulo III Relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal; Capítulo IV Relación del trabajador con la empresa usuaria; Capítulo V Infracciones y sanciones.

El Capítulo I, en su primer artículo, da un concepto de **Empresas de trabajo temporal**, estableciendo *“Artículo 1. Concepto. Se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.”* Luego regula aspectos esenciales de estas empresas como son:

Artículo 2. Autorización administrativa; Para conseguirla se deben cumplir con una serie de requisitos:

- 1) Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social.
- 2) Tener por giro exclusivo la actividad constitutiva de empresa de trabajo temporal.
- 3) No tener obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social.

- 4) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones salariales y previsionales Seguridad Social.
- 5) No haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones.
- 6) Incluir en su denominación los términos **“empresa de trabajo temporal”**

Artículo 3. Garantía financiera: esta podrá consistir en:

- 1) Depósito en dinero efectivo o en valores en una institución que se designa.
- 2) Aval o fianza de carácter solidario prestado por una Institución Financiera o de Seguros.

La garantía constituida responderá de las obligaciones por indemnizaciones salariales y de Seguridad Social.

Artículo 4. Registro: Este estará a cargo de la Autoridad Administrativa correspondiente y en el se consignará la información respecto de la identidad de la empresa, sus directores, gerentes o dueños, el ámbito profesional y geográfico de actuación, número de autorización administrativa y vigencia de la misma, entre otras informaciones.

Artículo 5. Obligaciones de información a la autoridad laboral: La empresa de trabajo temporal deberá remitir a la autoridad laboral que haya concedido la autorización administrativa, una relación de los contratos de puesta a disposición celebrados y además, la empresa de trabajo temporal

deberá informar a dicha autoridad laboral sobre todo cambio de titularidad, apertura de nuevos centros de trabajo, así como del cese de la actividad.

En el **Capítulo II**, se regulan los **Contratos De Puesta A Disposición**, esto es, según el artículo 6 de la ley en comento, “*el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél.*” La ley establece **cuatro supuestos de utilización de contratos** de puesta a disposición:

1) Para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es de duración incierta.

2) Para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, **aun tratándose de la actividad normal de la empresa.**

3) Para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo.

4) Para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción.

La duración de estos contratos de puesta a disposición dependerán de los supuestos para los cuales se contrataron, así la duración máxima del contrato de puesta a disposición será de seis meses en el supuesto previsto en el número 2) y de tres meses en el supuesto previsto en el número 4). En los demás su duración coincidirá con el tiempo durante el cual subsista la

causa que motivó el respectivo contrato. Ahora bien, si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido. Además será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición en que se prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición.

La ley también establece cuatro **supuestos de exclusión** de contratos de puesta a disposición, estos son:

- 1) Para **sustituir a trabajadores en huelga** en la empresa usuaria.
- 2) Para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente.
- 3) Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente y por otras causales previstas, excepto en los supuestos de fuerza mayor.
- 4) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.

El **tercer Capítulo** regula las **Relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal**, estableciendo derechos de los trabajadores (remuneraciones, indemnizaciones, etc.) y obligaciones de las empresas (obligaciones provisionales y destinar fondos a capacitación de los trabajadores).

Se autoriza y fomenta la negociación colectiva, ya que el Artículo 13 señala **negociación colectiva:** *“En ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimados para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las Organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la Comisión negociadora cuando de ella formen parte tales Organizaciones.”*

El Capítulo IV, regula **La Relación del Trabajador con la Empresa Usuaria.** Aquí se establece que cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria, las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por aquélla durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito. Así las cosas, si una empresa usuaria considera que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual, lo pondrá en conocimiento de la empresa de trabajo temporal a fin de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes.

Respecto de las obligaciones de la empresa usuaria, éstas dicen relación con informar al trabajador el trabajo a efectuar y el riesgo al que se expone así como las medidas de protección y prevención contra los mismos.

En lo que dice relación con las obligaciones salariales (así se señala en la ley en comento) y de Seguridad Social la ley establece lo siguiente: *“La empresa usuaria responderá **subsidiariamente** de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Dicha responsabilidad **será***

solidaria en el caso de que el referido contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la presente Ley. Reglamentariamente se determinará la información que la empresa de trabajo temporal debe suministrar a la empresa usuaria.”

Se establece una responsabilidad Subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, tal como lo establecía el artículo 64 del Código del Trabajo. Sin embargo, esta responsabilidad deviene en solidaria en caso que el contrato de suministro de trabajadores se haya efectuado vulnerando los supuestos de utilización y de exclusión.

En lo que dice relación con los derechos de los trabajadores en la empresa usuaria, éstos podrán hacer reclamaciones por medio de un representante, además, tendrán derecho a la utilización de transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición.

Por último, **El Capítulo V**, establece Las **Infracciones y sanciones** especiales que dicen relación con la ley en comento.

Establece infracciones Leves, graves y muy graves:

Infracciones de las Empresas de Trabajo Temporal

1. Infracciones leves:

1.1) No cumplir, en los términos que reglamentariamente se determine, el contrato temporal o contrato de puesta a disposición.

1.2) No incluir en la publicidad de sus actividades u ofertas de empleo su identificación como empresa de trabajo temporal y el número de autorización.

2. Infracciones graves:

2.1) No formalizar por escrito los contratos de trabajo o contratos de puesta a disposición, previstos en esta Ley.

2.2) No remitir a la autoridad laboral competente la información requerida por la ley o no comunicar la actualización anual de la garantía financiera.

2.3) Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en la Ley.

2.4) No destinar a la formación de los trabajadores temporales los fondos señalados en la ley

2.5) Cobrar al trabajador cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación.

3. Infracciones muy graves:

3.1) No actualizar el valor de la garantía financiera, cuando se haya obtenido una autorización administrativa indefinida.

3.2) Formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente.

Infracciones de las empresas usuarias.

1. Infracciones leves:

1.1) No cumplir, en los términos que reglamentariamente se determine, el contrato de puesta a disposición.

2. Infracciones graves:

2.1) No formalizar por escrito el contrato de puesta a disposición.

2.2) Formalizar contratos de puesta a disposición para supuestos no previstos en la Ley

2.3) Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio por los trabajadores puestos a su disposición de los derechos establecidos en la Ley.

2.4) La falta de información al trabajador temporal en los términos previstos en la Ley.

3. Infracciones muy graves:

3.1) Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga, consistentes en la sustitución de trabajadores en huelga por otros puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal.

3.2) La formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente.

Las sanciones para el caso de incurrir en las faltas señaladas van desde multas hasta la suspensión de actividades.

En lo que respecta a la **Subcontratación propiamente tal en España**, esta se encuentra regulada principalmente en el artículo N° 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (símil de nuestro Código del Trabajo) que se titula “**Responsabilidad Empresarial en caso de Subcontrata de obra de Servicios**”⁷, en dicha normativa se contempla que el empresario que contrata la obra o faena será **solidariamente** responsable de las

⁷ “Los empresarios que contratan o subcontratan con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá cursar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante. 2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial” En <http://www.canaltrabajo.com/articulo-42-responsabilidad-empresarial-en-caso-de-subcontrata-de-obras-o-servicios>.

obligaciones de naturaleza salarial y de las de Seguridad Social a diferencia del antiguo artículo 64 de nuestro Código del Trabajo.

Convenio 181 de 1997 de la OIT.

La Organización Internacional del Trabajo no ha regulado de manera sistemática la subcontratación, siendo la única normativa vigente relacionada con el tema, el **Convenio 181 de 1997 sobre Agencias de Empleo privadas**, que regula el suministro de trabajadores.

Dicho convenio parte definiendo a las **Agencias de Empleo Privadas**, señalando: “...A efectos del presente Convenio, la expresión **agencia de empleo privada** designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;

b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "**empresa usuaria**"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar

información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas...”

El Convenio se aplica a todas las categorías de trabajadores y a todas las áreas de la económica exceptuando al reclutamiento y colocación de la gente de mar y tiene por finalidad permitir el funcionamiento de las agencias de empleo privadas, así como la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios, en el marco de sus disposiciones.

Todo estado miembro podrá **prohibir**, en determinadas circunstancias, el funcionamiento de las agencias de empleo privadas con respecto a ciertas categorías de trabajadores o en ciertas ramas de actividad económica y **excluir**, en determinadas circunstancias, a los trabajadores de ciertas ramas de actividad económica, siempre que se garantice por otros medios a los trabajadores en cuestión una protección adecuada.

El **artículo 4** fomenta la sindicalización y la Negociación Colectiva de los trabajadores de agencias de empleo privadas estableciendo: *“Se adoptarán medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas que prestan los servicios a los que se hace referencia en el artículo 1 no se vean privados del derecho de libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva.”*

Además, busca proteger otros derecho laborales, a saber el artículo 11 establece: *“Todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el*

apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de:

a) libertad sindical;

b) negociación colectiva;

c) salarios mínimos;

d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo;

e) prestaciones de seguridad social obligatorias;

f) acceso a la formación;

g) seguridad y salud en el trabajo;

h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;

i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales;

j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

Lo que se refuerza con lo señalado por el artículo 12: “*Todo Miembro deberá determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas que prestan los servicios que se mencionan en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, y de las empresas usuarias, en relación con:*

- a) la negociación colectiva;*
- b) el salario mínimo;*
- c) el tiempo de trabajo y las demás condiciones de trabajo;*
- d) las prestaciones de seguridad social obligatorias;*
- e) el acceso a la formación;*
- f) la protección en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo; g) la indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;*
- h) la indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales;*
- i) la protección y las prestaciones de maternidad y la protección y prestaciones parentales”*

Este convenio aun no ha sido ratificado por Chile y entró en vigencia el 10 de mayo del año 2000.

Conclusiones respecto a la legislación comparada.

Se desprende de lo antes expuesto que, tratándose del suministro de personal, se reconoce, en el derecho comparado, una **triangulación laboral**⁸ en que cada una de las tres partes, se reserva determinados

⁸ Halpern Montecino, Cecily. En Seminario del Colegio de Abogados de Chile A.G. “Derecho Laboral Régimen de Subcontratación Ley N°20.123. El Nuevo Fenómeno Organizativo: Causas e Implicancias”, Martes 4 de julio de 2006

derechos y obligaciones. Estas partes son la Empresa Usuaria, la Empresa Suministradora de Personal y los Trabajadores temporales.

Otra característica de la legislación comparada es que el trabajo suministrado debe ser **Transitorio**. En todas las legislaciones, el suministro de trabajadores es temporal, variando la duración de los contratos entre tres meses a un año, sancionándose por fraude a la ley los contratos de mayor duración.

En definitiva, este tipo de contratación laboral, como bien señala la Profesora Cecily Halpern, es una herramienta auxiliar que no debe ser usado como una forma de operar de la empresa, no debe ser parte de la gestión estructural de ésta, este es el límite.

OPINIÓN DE LOS TRABAJADORES SOBRE LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY.

Trabajadores Subcontratados.

Los trabajadores en régimen de subcontratación se desempeñan en diferentes industrias, así los tenemos en actividades de oficinas realizando labores de administrativos, cajeros, secretarias, ejecutivos; en faenas del campo; profesionales, etc.

En un estudio realizado por la Dirección del Trabajo⁹, mediante entrevistas a trabajadores subcontratados o suministrados, se puede extraer una visión general, de estos respecto al trabajo en este régimen.

Se desprende que los trabajadores, en su mayoría, no recibían ningún tipo de capacitación de parte de la empresa suministradora. En los casos donde esta se daba era cuando el trabajador llevaba muchos años prestando servicios a través de la misma suministradora, lo que puede mirarse como una mala forma de ahorro y cuidado de recursos por este concepto.

En lo que respecta a las remuneraciones, estas son por lo general menores a las de los trabajadores contratados directamente por las empresas y que realizan la misma labor, debiendo realizar horas extras para equiparar las remuneraciones, además los beneficios que tienen los trabajadores contratados directamente, en la mayoría de los casos no son los mismos o derechamente inexistentes entre los trabajadores subcontratados.

Los trabajadores subcontratados son vinculados con la empresa suministradora o contratista de una manera muy heterogénea, habiendo contratos a plazo fijo, indefinidos, a honorarios e incluso no escriturados (por lo general a los trabajadores más calificados se les contrata a honorarios, perdiendo con esto beneficios previsionales, derecho a vacaciones pagadas e indemnización por años de servicio). Todo lo anterior, no obstante de tratarse de trabajadores que en la práctica tienen el carácter de permanente en la empresa usuaria. Las consecuencias de esto es la

⁹ “Parga Loyola con Director Regional del Trabajo de la VII Región” R.D.J.G.T, 2º parte, sección 5º 1988: 299 y siguientes

sensación de inestabilidad y de estar en tierra de nadie ya que se trabaja como empleado con características de permanente en la empresa usuaria, pero quien paga es la empresa contratista o suministradora con la cual no existe mayor relación. Ahora bien, si agregamos el hecho de que muchas veces son discriminados por los propios trabajadores de planta de la empresa usuaria al ponerles impedimentos para ser parte de los sindicatos, o al establecer distintivos para diferenciar ambas clases de trabajadores; la situación de los “subcontratados” se precariza aun más.

Por último, los trabajadores subcontratados perciben que no tienen posibilidades de hacer carrera laboral y de mejorar sus condiciones de trabajo, por lo que no se trata de un trabajo que se deba desempeñar de por vida.

Todo lo anterior crea descontento entre estos trabajadores, produciéndose la sensación de ser trabajadores de tercera categoría, lo que se ha reflejado en las protestas que se han originado últimamente y que han tenido su punto álgido en Codelco.

Opinión de los Sindicatos.

Los sindicatos están contestes en manifestar que la existencia de trabajadores suministrados influye negativamente en la sindicalización, atomizando a los trabajadores y debilitando los lazos que puedan crearse entre éstos, debido a la rotación e interrupción de los contratos. Por otro lado, que los sindicatos formados de la empresas usuarias ayuden a los

trabajadores suministrados es muy difícil, ya que las empresas se dividen en razones sociales distintas o en diferentes unidades económicas. Muy recurrentes son los “palos blancos”, en donde los contratos de varios trabajadores se encuentran suscritos con otro trabajador de la misma empresa, quien aparece formalmente como empleador, función que en los hechos no cumple ya, que las remuneraciones las paga la empresa usuaria.

También están de acuerdo en que los trabajadores subcontractados tienen condiciones de trabajos desmejoradas promoviendo el trabajo a ritmos altos para poder ganar una renta más o menos decente. Así, tenemos que en muchas empresas las áreas más riesgosas de trabajar se externalizan

Por último, el tema de las remuneraciones no es menor, ya que efectivamente las remuneraciones de los trabajadores subcontractados inferiores, a lo que se agrega el hecho de no tener derechos previsionales, vacaciones pagadas, indemnización en caso de despido y la fuerza para poder negociar.

Opinión del empresariado de la legislación anterior.

Por este motivo varios sectores presionaron para que se regulara este tema con el fin de crear con un marco jurídico claro en el cual operar. Uno de estos sectores es el de los empresarios de Suministro de Trabajadores Temporarios, los cuales en 1996 crearon la Asociación Gremial de Empresas de Servicios Temporarios (AGEST).

Entre las razones que se dan para regular esta situación están: que ya son una realidad en el mercado laboral, debido a necesidades eventuales y transitorias, de suministro de trabajadores; que con la regulación existente antes de la ley, las empresas suministradoras se encontraban muy vulnerables a las arbitrariedades y cambios de criterios de los fiscalizadores; que la regulación debe tener como fin evitar el establecimiento de trabajadores de tercera categoría; evitar la aparición de empresas improvisadas, informales, que no cuentan con los recursos económicos ni técnicos para dedicarse a la actividad que desnaturalizan la industria; por último, que resulta conveniente mantener esta alternativa de trabajo en ciertos casos, tanto para los empresarios (inicio de un negocio, épocas de aumento de producción) como para los trabajadores (jóvenes que recién se insertan al mercado laboral).

Los representantes de las Empresas de trabajo temporal también argumentaban que la legislación anterior presentaba obstáculos para el funcionamiento de sus empresas. La primera de ellas era la definición legal de empleador y la obligación de establecer contrato con aquel que se crea el vínculo de subordinación y dependencia, esto porque, al no reconocer la ley la triangulación laboral que existe en esta forma de subcontratación, se fiscalizaba a la empresa usuaria y esta terminaba siendo sancionada.

Una segunda limitación legal de la legislación anterior es que esta dificulta la contratación de personas suministradas en forma temporal, esto por la existencia de la cláusula que establece que un contrato a plazo se convierte con la segunda renovación en indefinido. Los empresarios alegaban que la necesidad de renovar los contratos a los trabajadores temporales es muy

frecuente, ya que es difícil establecer el tiempo exacto de duración de las faenas para las cuales se les contrata.

Otra limitación es la exigencia de escriturar los contratos, ya que a juicio de muchos empresarios, existen trabajadores que no les interesa estar contratados y prefieren prestar servicios a honorarios (desconociendo la calidad de orden público del servicio de previsión social y otros beneficios que importa al ser contratado). Frente a esto, algunas empresas contratan sus propios seguros contra accidentes.

Relacionado con lo anterior, está el tema de la prevención de riesgos, ya que en la práctica no es factible que el suministrador le imponga un programa de prevención de riesgos a un cliente, tampoco es posible la operación de un comité paritario, todo esto por la particularidad del fenómeno.

Por último, los empresarios señalan que el perfil de los trabajadores que buscan este tipo de empleo requieren de más flexibilidad horaria para trabajar, por lo que la duración y distribución de la jornada de trabajo constituye otro problema.

De la experiencia internacional se coligen otros aspectos a regular, esto es, la temporalidad del servicio del trabajador en régimen de suministro de personal y la exigencia de giro exclusivo. En efecto, en países europeos la ley exige que los trabajadores suministrados operen siempre de manera temporal y bajo ciertas condiciones o supuestos de inclusión y exclusión, así como también se exige el giro exclusivo.

En Chile, los dos elementos anteriores, antes de dictarse la ley, no se cumplían, ya que no había regulación alguna que se refiriera al tema,

pudiendo los trabajadores suministrados ser parte permanente de la empresa usuaria sin ser contratados por esta. En lo que respecta al giro exclusivo, la situación se puede decir que, en la mayoría de los casos, es contraria a la legislación comparada, al vislumbrarse en Chile que el gran porcentaje de las empresas que se dedican al suministro de personal son filiales o están directa o relacionadas con las empresas usuarias, prestándose para fraudes.

Otro tema a considerar son las remuneraciones. En la mayoría de los casos es la empresa suministradora la que determina su monto, sin embargo, cuando los servicios tenían el carácter de permanente era la empresa usuaria la que fijaba éste.¹⁰

Por último, tratándose de la subordinación y dependencia, en general es la empresa usuaria quien determina la jornada de trabajo y la que controla el cumplimiento.

CAPITULO II.

PLANTEAMIENTOS DOCTRINARIOS.¹¹

Subcontratación.

¹⁰ Echeverría Magdalena, Solís Valeria, Uribe-Echeverría Verónica, El otro trabajo, el suministro de personas a las empresas. Cuadernos de investigación N° 7 de la Dirección del Trabajo, Santiago, Chile 1998.

¹¹ Echeverría, Magdalena, Solís Valeria, Uribe-Echeverría, Verónica. El otro Trabajo, el suministro de trabajadores en las empresas. Dirección del trabajo, departamento de Estudios, cuaderno de investigación numero 7, Santiago Chile, 1998.

Las cuestiones abordadas por la ley 20.123 han generado amplia discusión a nivel académico. Ello se debe naturalmente a las implicancias, tanto jurídicas como económicas, que producirá la aplicación de la ley en las relaciones laborales y empresariales.

Ante esto se plantea el desafío de determinar el alcance derivado de la inclusión de nuevos conceptos que servirán para delimitar las instituciones tratadas en la ley.

Un primer punto a considerar, es el marco en que debe entenderse el concepto de subcontratación, cual es su fundamento y que es lo que incluye. Existen diversas figuras que se denominan subcontratación, por ejemplo, se habla de “empleo temporal”, “colocación de personal”, “agencias de empleo privadas”, “agencias de empleo de trabajo temporal”, “empresas de servicios eventuales”, etc., bajo este predicamento es que se hace necesario limitar el concepto de subcontratación a lo que la ley en estudio entiende y, por lo tanto, regula, esto es, Subcontratación propiamente tal y Suministro de trabajadores.

La OIT ha realizado muchos esfuerzos para conceptualizar estos términos. Se puede rescatar de estos estudios tres aspectos: 1) Distinción del objeto de la subcontratación, esto es subcontratación de bienes y servicios y la subcontratación de trabajo; 2) Criterios para mensurar los niveles de dependencia en una relación laboral; y 3) Límites del Trabajo subcontratado.

Respecto del primer punto, la subcontratación de bienes y servicios se refiere al ámbito de las relaciones entre empresas, en donde una encarga a la otra producción, total o parcial, de bienes o servicios que la segunda se

compromete a llevar a cargo por su cuenta y riesgo. En este caso las relaciones laborales se producen entre la empresa contratista y sus trabajadores, mientras que la compañía mandante no forma parte de ellas. En la otra forma de subcontratación, el objeto es el trabajo, la empresa que contrata con otra no compra productos o servicios, sino que provisión de trabajadores. En esta forma de subcontratación se distingue la relación comercial entre la empresa que utilizará los trabajadores y la empresa que presta el servicio de suministro de trabajo y, por otro lado, tenemos la relación entre el contratante que es la empresa usuaria y el colocador que es el que se mantiene como empleador formal del trabajador todo el tiempo que dure la prestación. Esta ultima forma de subcontratación es el “Suministro de Trabajadores”.

El segundo criterio es el establecimiento de los grados de dependencia que nos permite vislumbrar cuando se está en presencia de trabajo en régimen de subcontratación. Si se es totalmente dependiente, estamos en presencia de una relación de trabajo tradicional, por otro lado, si se es totalmente independiente, se trata de un trabajo por cuenta propia. Entonces, el trabajo en régimen de subcontratación, esta en una zona intermedia. La OIT en su Proyecto de Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación (1997), propone los siguientes criterios:

- a) Grado en que la empresa usuaria determina la forma en que deban de llevarse a cabo las actividades laborales
- b) Pagos periódicos y por pautas preestablecidas de parte de la empresa usuaria al trabajador en régimen de subcontratación.

- c) Grado de autoridad, supervisión y control que la empresa usuaria tiene sobre el trabajador subcontratado.
- d) Grado de inversión como herramientas, maquinarias, etc. que realiza la empresa usuaria para efectuar las labores.
- e) Beneficios que puede obtener el trabajador subcontratado al efectuar su labor.
- f) Trabajo en forma regular y continua.
- g) Si el trabajador subcontratado solamente está empleado en una empresa usuaria.
- h) Capacitación impartida por la empresa usuaria al trabajador subcontratado.

Estos son elementos a considerar en conjunto que se deben ponderar empíricamente y de ninguna manera de modo mecánico y matemático.

Como tercer elemento entregado por los estudios de la OIT para efectos de la conceptualización de la subcontratación, está el establecimiento de límites dentro de los cuales se realiza el trabajo subcontratado. Para la OIT las relaciones de subcontratación tienen dos fronteras. Por un lado, están las relaciones laborales encubiertas y por otro están los contratistas independientes.

Las relaciones laborales encubiertas son para evitar las obligaciones laborales y previsionales que impone la ley y se le puede dar la forma de relación entre independientes, relación comercial en que interviene un tercero que presta un nombre o razón social, etc. Son relaciones clandestinas, simulación ilícita, ya que tienen por objeto vulnerar la ley. La

OIT señala que esto se debe desenmascarar y así cumplir con la normativa de cada país.

En el otro extremo encontramos el “Contratista Independiente” y en donde se da una relación mercantil entre dos empresas, por lo general, una empresa fuerte y dominadora de las negociaciones y otra débil y sometida a las directrices de su contraparte, lo que también constituye un problema. Estas relaciones pueden ser, a juicio de la OIT:

- 1) Bilateral, entre trabajador y empresa usuaria denominada “subcontratación dependiente” o “contratista dependiente”.
- 2) Triangular en donde un trabajador es puesto a disposición de la empresa usuaria por un tercero que puede ser un subcontratista o un intermediario.

Las primeras aparentan ser relaciones comerciales, pero realmente son relaciones laborales (prestación de servicios a honorarios y contratistas independientes, pero sujetos a una estrecha dependencia y subordinación).

La segunda puede ser suministro de trabajadores propiamente tal u suministro de trabajadores por intermediación (Agencias de empleo).

Para la OIT, la subcontratación abarcaría las siguientes relaciones laborales:

- 1) Relaciones bilaterales, de independencia en la forma, pero de subordinación y dependencia en el fondo.
- 2) Trabajo desempeñado por contratistas, pero los trabajadores prestan este servicio en condiciones de subordinación y dependencia para con el mandante.
- 3) Trabajo suministrado por empresas de empleo temporal y el suministro por simples intermediarios.

Así las cosas, se ha hablado que existe una tercera categoría de trabajadores, con menores derechos que los trabajadores dependientes, situación que a juicio de los trabajadores debe reconocerse y normarse para efecto de garantizar los derechos mínimos que les corresponden.

Las definiciones dadas por la OIT son muy amplias y siempre comparándolas con la relación laboral tradicional. A esto se agregan las diferencias idiomáticas, institucionales y prácticas que hacen imposible denominar al conjunto de conceptos que se tienen en un solo vocablo. Sin embargo, es bueno hacer presente el estudio efectuado por la OIT, ya que de él se desprenden ciertos lineamientos que la ley chilena tomó para su regulación y que se analizan más adelante.

Suministro de Trabajadores

Es de la esencia del concepto de suministro de trabajadores, en la ley en análisis, la **temporalidad** del servicio prestado por los trabajadores, así un trabajador se obliga ante su empleador a prestar servicios para un **tercero**, por un periodo transitorio, en los términos que este último establezca.¹²

En el derecho comparado se establecen ciertas condiciones esenciales para que estemos en presencia de esta forma de contratación. Estas son:

1) Carácter Trilateral, o sea, vínculo jurídico en el que intervienen tres partes de manera simultánea, reservándose cada una de ellas determinados derechos. En efecto, existe la **Empresa usuaria** de los servicios del trabajador temporal, ejerciendo sobre él su potestad laboral y a su vez

¹² Ramírez Welsch, Marcela. Análisis del Proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación y regulación del funcionamiento de las empresas de servicios transitorios en Chile, Investigación jurídica para optar al grado de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 2004.

pagando a la empresa que se lo proporciona un precio por el servicio. **Empresa de Suministro de trabajadores**, que es la que proporciona los trabajadores a las empresas usuarias, manteniendo esta su calidad de empleador de estos. Los **trabajadores temporales**, que son las personas naturales contratadas por las empresas de trabajo temporal, pero que prestan servicios a la empresa usuaria.

2) Se debe considerar como empleador a la empresa de suministro de trabajadores y no a la empresa usuaria, por lo que todas las obligaciones laborales y previsionales recaen sobre la primera empresa. No se atiende para la determinación del empleador a quien recibe los servicios y ejerce potestad de mando, sino a quien ha celebrado el contrato de trabajo temporal.

3) El servicio o labor del trabajador otorgado por la empresa de suministro de trabajadores debe ser **transitorio**, de lo contrario la figura cambia a contrato común e indefinido, ya que cualquier otra forma de contratación pura y simple de mano de obra constituye intermediación.

La transitoriedad es esencial para que no se produzcan fraudes por medio de la utilización del suministro de trabajadores, encubriendo la contratación de los trabajadores por largos periodos de tiempo para no cumplir con las obligaciones laborales y previsionales que implica la contratación directa.

Se trata de que el suministro de trabajadores no sea una manera de evitar la contratación directa de trabajadores, sino una forma o herramienta de soslayar necesidades extraordinarias de la empresa.

Cabe señalar que no hay que confundir el suministro de trabajadores con las Agencias de empleo privado, ya que este último concepto es más amplio y

comprensivo, además, de las empresas intermediadoras de empleo (son giros diferentes).

CAPITULO III.

ANÁLISIS DE LA LEY 20.123 SOBRE TRABAJO EN REGIMEN DE SUBCONTRATACION, EL FUNCIONAMIENTO DE LAS

EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

La ley comienza por derogar la antigua regulación existente respecto del trabajo subcontratado propiamente tal, esto es los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo e incorporando dos incisos al artículo 92 bis del citado cuerpo legal, por el cual, en el primero de ellos adecua la normativa al suministro de personal en el trabajo agrícola, estableciendo que las empresas que utilicen servicios de intermediarios agrícolas o de empresas contratistas que no estén inscritas en la forma que señala la ley (Registro especial que llevará la Inspección del Trabajo respectiva), serán sancionadas con multa a beneficio fiscal de conformidad a lo dispuesto en el artículo 477 (debe entenderse al artículo 506 del nuevo Código del Trabajo). En el segundo inciso agregado, reconoce la intermediación de trabajadores como una forma distinta al suministro de trabajadores, prescribiendo que dichos trabajadores son dependientes del dueño de la obra empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478 (artículo 507 en el nuevo Código del Trabajo, donde se trata la simulación laboral, como ya se había hecho mención en este estudio).

El artículo 3º agrega al Libro I del Código del Trabajo el nuevo Título VII **“Del Trabajo en Régimen de Subcontratación y del Trabajo en Empresas de Servicios Transitorios”**.

Párrafo 1º

Del trabajo en régimen de subcontratación

Concepto de subcontratación.

El artículo 183-A define la subcontratación a partir de las relaciones jurídicas que se dan en dicha institución: *“Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.*

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478”.

Así, tenemos por un lado el contrato de carácter civil o comercial, donde una de las partes encarga a otra la ejecución de una obra o servicio. Por otro lado tenemos la existencia de uno o más contratos de trabajo entre el obligado a la ejecución de la obra o servicio y los trabajadores que realizan materialmente dicha ejecución.

Sin embargo, en estricto rigor las relaciones anteriormente descritas no dan lugar a una subcontratación propiamente tal. En efecto, para que ello ocurra sería necesario que aquella parte que se obligó a la ejecución de la obra o servicio encargara a su vez a otra empresa todo o parte de la ejecución, dando origen a otro contrato civil o comercial. Este supuesto es obviado por la legislación y al establecer el trabajo en régimen de subcontratación no se menciona como necesaria la existencia o no de un subcontrato, distinto del celebrado originalmente.

Aclarado este primer punto, es necesario determinar los supuestos que caben dentro la norma para entender cuando estamos frente al trabajo en régimen de subcontratación.

La normativa actual especifica claramente cuando estamos frente a trabajos efectuados bajo régimen de subcontratación y cuando no. A este respecto señala el artículo 183-A del Código del Trabajo que debe existir un contratista que en virtud de un acuerdo contractual ejecute, por su cuenta y riesgo **obras o servicios con trabajadores bajo su dependencia**. De este modo, lo primero que debe quedar establecido es que sólo estará cubierto por esta normativa el hecho de contratar la realización de una obra o la prestación de servicios, de tal forma que quedarían excluidos, en principio, todos aquellos supuestos que impliquen la sola contratación de mano de obra.

De lo anterior, resulta también que el contratista tendrá para con sus trabajadores todos los derechos y obligaciones contempladas por la legislación laboral, sin importar el hecho de que las obras o la prestación de servicios se realice en el recinto de la empresa principal.

Ello no ocurrirá en los casos en que lo que se contrate sea sólo el suministro de personal para determinadas labores, pues en dicho caso, los trabajadores quedan subordinados a la empresa usuaria.

Este último supuesto es recogido también por el artículo 183-A en su inc. final al hacer precisamente la distinción, señalando que cuando sólo se trate de *“intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra”*.

Ahora bien, lo anterior no implica que el suministro de personal haya sido excluido de la actual legislación. En efecto, dicha situación está regulada en los artículos 183-F y ss., en donde se legitima el suministro de mano de obra bajo ciertos supuestos a través de Empresas de Servicios Transitorios. En relación a ello, el artículo 183-F letra a) señala que dichas empresas están autorizadas a *“poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional”*

Por último, la norma especifica también que, para que estemos en presencia de trabajo en régimen de subcontratación, es necesario que la ejecución de las obras o la prestación de los servicios se realicen por cuenta y riesgo del contratista o subcontratista.

Lugar en que se prestan los servicios o se ejecutan las obras contratadas

Es necesario delimitar a continuación el lugar en el que se ejecute la obra o presten los servicios. A este respecto, el artículo 183-A habla de *“...la obra,*

empresa o faena (...) en la que se presten los servicios o ejecutan las obras contratadas” refiriéndose a estos lugares como aquellos de que sea dueño quien encarga los trabajos. A partir de esto, tenemos que el sitio en que tiene lugar la materialización del contrato comercial o civil, entre contratista y empresa principal, será aquel espacio cuyo dominio, posesión o mera tenencia corresponda a esta última. Así, las obras o la prestación de servicios que se ejecuten fuera del espacio antes descrito deberán ser consideradas como un tipo de subcontratación, que, sin embargo, no acarrea las responsabilidades establecidas por la ley, de tal forma que podemos determinar que estamos en presencia de una subcontratación atípica para efectos del artículo 183-A.

Si bien, lo anterior puede resultar a simple vista sencillo, es necesario dilucidar algunas complicaciones que podrían aparecer. En concreto, es necesario determinar que ocurriría si por ejemplo la actividad productiva de la empresa principal no se encuentra concentrada en un lugar determinado, sino que está dispersa en varios lugares. Ante esta situación deberíamos, en primer lugar, considerar que al entender por empresa una organización, tal como lo señala la definición del artículo 3 inc. 3 de Código del Trabajo (“...se entiende por empresa toda organización de, medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”) podemos pensar que ésta puede desplegar su actividad en cualquier espacio físico. En este sentido, el inc. final del artículo 10 del Código del Trabajo, establece que “*si por la*

naturaleza de los servicios se precisare el desplazamiento del trabajador, se entenderá por lugar de trabajo toda la zona geográfica que comprenda la actividad de la empresa”

Claudio Palavecino¹³ opina, sin embargo, que para que operen las responsabilidades del trabajo en régimen de subcontratación, necesariamente el contratista debe ejecutar la obra o prestar el servicio en algún lugar ocupado por la empresa principal mediante un título jurídico. Ello lo concluye del mismo artículo 183-A del Código del Trabajo que identifica expresamente a la empresa principal con la persona natural o jurídica “dueña” de la obra, empresa o faena. Según este autor, la norma debería interpretarse en el sentido de que la empresa principal, en su condición de dueña, tiene algún tipo de derechos sobre el espacio físico en que se prestan los servicios, lo que no necesariamente debería ser el derecho de propiedad sobre el espacio físico.

En el mismo sentido, la Corte Suprema resolvió la aplicación del artículo 64 del Código del Trabajo al señalar que “...la Municipalidad demandada debe considerarse dueña de la obra o trabajos de mantención de las áreas verdes de la comuna, al margen de que estas áreas verdes, en su condición de bienes nacionales de uso público, pertenezcan al dominio de la Nación toda, con arreglo al artículo 589 del Código Civil”.

Al revisar la historia fidedigna de la ley, se advierte que dicha problemática fue tratada a través de la intervención del Ministro del Trabajo de la época, quien, fundamentando también a través del concepto de empresa que

¹³ Palavecino C., “Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 36.

establece el Código del Trabajo, señaló que: *“no existe fundamento legal ni jurisprudencial para circunscribir la empresa o la faena a un ámbito espacial o físico determinado (...) en tanto se trate de actividades que pertenecen a su organización y que se encuentran sometidas a su dirección”*.

La Dirección del Trabajo por su parte concuerda (dictamen N° 141/5 de 10/1/2007) con dicha interpretación y dice al respecto que lo fundamental es que la empresa principal sea dueña de la obra o faena en las que deban prestarse los servicios o ejecutarse las labores subcontratadas, siendo esto totalmente independiente del lugar físico en que se realicen.

A mayor abundamiento la mencionada Dirección señala también que: *“la exigencia de que la empresa principal deba ser dueña de la obra o faena que debe realizar el personal subcontratado, significa que éstas deben corresponder a actividades que pertenezcan a la organización de la empresa principal y que estén sometidas a su dirección, debiendo por lo tanto, excluirse de tal aplicación, a aquellas que no cumplan tal exigencia”*.

En virtud de lo anterior, para la Dirección del Trabajo, *“no quedarían regidas por la normativa que regula la subcontratación, las labores prestadas por los trabajadores de una empresa encargada de recoger y repartir correspondencia o encomiendas a diversos clientes, en cuanto las actividades de la misma sean ejecutadas con autonomía y sin exclusividad,*

respecto de quien contrata el servicio, atendido que en tal caso se trata de actividades ajenas a la organización de la o las empresas que utilizan dichos servicios y en cuya realización carecen de toda ingerencia.

Tampoco podrían considerarse trabajo en régimen de subcontratación las asesorías jurídicas o contables, en la medida que exista autonomía funcional respecto del cliente y cuente con sus propias oficinas desde las cuales se desarrolla el servicio. En la misma situación pueden encontrarse servicios de bodegaje y/o almacenamiento, cuando la empresa que ofrece este servicio cuenta con sus propias instalaciones y organización. En ambos casos, será importante considerar el que no exista exclusividad respecto del cliente”.

Entonces, de lo señalado podemos determinar que para la Dirección del Trabajo estarán excluidas del régimen de subcontratación todas aquellas obras o prestaciones de servicios que se realicen con autonomía y sin exclusividad respecto de quien contrata. De esta forma, y en concordancia también con la historia fidedigna de la ley, resulta que aquellas actividades realizadas dentro del ámbito espacial del contratista o subcontratista deberían quedar excluidas del concepto que da la ley para el trabajo en régimen de subcontratación, pues no se realizan dentro de la organización de la empresa principal y, por tanto, se encuentran fuera de su dirección.

Obras o servicios ejecutados o prestados de forma discontinua o esporádica.

Otro factor a tratar, a fin de delimitar la institución del régimen de subcontratación, es la expresa exclusión que hace el artículo 183-A inc 1° de *“las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica”*. Para los efectos de interpretación de esta exclusión es importante recordar lo señalado en el mensaje del veto presidencial que introdujo esta norma y que define de cierta forma que se puede entender por *“manera discontinua o esporádica”*: *“cuando se trata de servicios ocasionales, aislados, que obedecen a una causa específica extraordinaria, que se expresa en un contrato civil o comercial con un objeto determinado y que queda limitado en el tiempo, en cuanto éstos quedan ordenados por la naturaleza de la urgencia o de las necesidades esencialmente transitorias o breves a que corresponden”*.

“Por el contrario, aquellas prestaciones que impliquen permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, como aquellas otras que exceden de la brevedad, especificidad o transitoriedad de las mismas, quedan comprendidas en el régimen de trabajo en subcontratación, situación que por lo demás ha sido acogida a través de los criterios de aplicación en diversos fallos de la Corte Suprema”.

“La propuesta se funda en que el criterio que mejor posibilita determinar con certeza la presencia de trabajo en régimen de subcontratación es el de la habitualidad. Es la permanencia en el tiempo de las labores desarrolladas por los dependientes del contratista para la persona o empresa principal, la que determina la aplicación del estatuto propuesto para el trabajo en régimen de subcontratación, sea que se trate de ejecutar obras o de prestar servicios”

“Lo verdaderamente relevante, entonces, para determinar si a una obra o servicio les resulta aplicable el estatuto de subcontratación, es determinar previamente la habitualidad y permanencia en el desempeño de su labor para la empresa principal”¹⁴.

En concordancia con el mensaje antes citado, la Dirección del Trabajo ha señalado que para que estemos frente a trabajo en régimen de subcontratación es necesario “que las obras o servicios que deban ejecutar y / o prestar los respectivos trabajadores sean realizadas en forma permanente o habitual para la empresa principal, entendiéndose que revisten tales características aquellas cuyo desarrollo implica permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, esto es, que no se realicen o respondan a necesidades específicas, extraordinarias u ocasionales”.

La Dirección en el mismo dictamen señala además dos ejemplos, el primero, da cuenta de un trabajo que quedaría comprendido en el régimen de subcontratación y, el segundo, correspondería a un servicio ocasional y que por lo tanto, quedaría excluido de dicho régimen:

- a) Quedarían regidos por las normas que regulan el trabajo en régimen de subcontratación, los trabajadores de una empresa de aseo o seguridad que, en forma diaria o regular, realizan labores o servicios del rubro para la empresa principal, en virtud de un acuerdo celebrado entre ambas empresas, siempre que se cumplan los demás requisitos que al efecto exige la ley.

¹⁴ Oficio N° 89-345, de 5 del junio de 2006, pp. 2

- b) Quedarían excluidas de la aplicación de la señalada normativa las actividades de reparación de maquinaria, soporte técnico, aseo industrial u otras que se realizan en forma ocasional y extraordinaria cuya duración queda determinada por la prestación del servicio específico contratado.

Sin embargo, la norma es, con todo, bastante ambigua a nuestro entender y deja un espacio amplio para la determinación práctica de la limitación.

Exclusión de personas naturales.

Finalmente, como último punto de delimitación de la institución en comento, es necesario mencionar lo que nos señala el artículo 183-B inc. final del Código del Trabajo.: *“en los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural”*

Tenemos que la norma excluye a las personas naturales del régimen de responsabilidad, sólo en el supuesto del contrato de construcción de edificios. Sin embargo, lo anterior sólo es la consecuencia de la interpretación de este artículo aisladamente, pues en definitiva, podremos darnos cuenta que la exclusión de las personas naturales es más amplia, de modo que se puede determinar que la responsabilidad de las personas naturales que establece este sistema se dará sólo en los casos en que ésta sea titular de una empresa. Así, los diversos artículos que dan forma a la

institución establecen que el régimen opera cuando se da el vínculo entre dos empresas. En efecto, los artículos 183-A, 183-B, 183-C, etc. del Código del Trabajo hablan siempre de “empresa principal” o del vínculo entre la “empresa principal y la empresa contratista”.

Subcontratación Ilícita.

El artículo 507 del Código del Trabajo, que en la legislación anterior correspondía al artículo 478, dispone en su inciso primero lo siguiente: “*Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 474. En este caso, el empleador quedará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren respecto de los trabajadores objetos de la simulación*”. Este inciso fue introducido por la ley 20.123, reemplazando el anterior inciso 1º, y sanciona expresamente la contratación de trabajadores mediante simulación a través de terceros.

Las otras conductas sancionadas se encuentran en el inc 2º del mismo artículo donde se sanciona a quien utilice cualquier subterfugio con el fin de ocultar, disfrazar o alterar la individualidad del empleador o su patrimonio, y que tal conducta tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones labores o previsionales.

Según la doctrina civil tradicional, la simulación es una declaración de voluntad que tiene como fin ocultar la verdadera intención de los

contratantes. Sin embargo, no todo acto simulado será ilícito pues para que ello ocurra es necesario que exista la intención de dañar a terceros.

En la nueva normativa, no se atiende a la intencionalidad de la simulación, pues ya no se contempla el dolo como requisito para la sanción de la simulación (dicho requisito fue eliminado de nuestra legislación mediante la ley N° 19.759). Ello a llevado a la Dirección del Trabajo a interpretar que la simulación constituye una conducta disvaliosa, independiente de si hubo o no intención de dañar a los trabajadores. De esta forma, basta con probar la conducta para que operen las sanciones establecidas en la norma, sin necesidad de probar el dolo.

Para Palavecino¹⁵, dicha interpretación resulta inadmisibles, por cuanto se desvirtúa la distinción entre simulación lícita e ilícita, pues esta última requiere para su configuración la intención de perjudicar a terceros. Además, se estaría vulnerando garantías constitucionales relacionadas con el principio de culpabilidad, cuya aplicación resultaría en la exclusión de toda responsabilidad objetiva, haciendo necesaria la existencia de dolo o culpa en la conducta para poder aplicar las sanciones establecidas en la ley.

El Ministro del Trabajo, durante la discusión de la ley, señaló en relación a este punto que: “jamás podría ser entendida (la simulación) en forma tal que entrase la facultad de administración de los dueños o administradores de la empresa”. Además señaló que: “La simulación lleva implícita una intencionalidad de producir el efecto de eludir o dañar los derechos laborales o previsionales de los trabajadores”. Dichas palabras deberían

¹⁵ Palavecino, op. cit., p. 47.

resultar un tanto más esclarecedoras a la hora de interpretar la norma en cuestión.

En relación a las sanciones, el nuevo inciso primero del artículo 507 señala como único responsable al empleador real, vale decir a la empresa principal, lo cual representa un cambio respecto a la anterior legislación en donde se hacía responsable solidariamente tanto al empleador simulado como al empleador real. La responsabilidad abarca todas las obligaciones laborales y previsionales y el pago de todas las prestaciones que correspondieren respecto de los trabajadores objeto de la simulación.

Aparte de la sanción antes señaladas, también se establecen multas a beneficio fiscal que van desde las 5 a las 100 UTM.

El plazo de prescripción para exigir la responsabilidad del empleador real es de 5 años según el inciso final del artículo 507.

Responsabilidad de la Empresa principal en Régimen de Subcontratación.

Otro punto que resalta al analizar la ley es, por su implicancia, el cambio de responsabilidad de la empresa principal. La antigua normativa establecía en el artículo 64 del Código del Trabajo una responsabilidad subsidiaria para el empresario principal. Ello implicaba, como ya se señaló anteriormente, que el trabajador podía demandar a su empleador y a los responsables subsidiarios y que al momento de la ejecución de la sentencia, debía dirigirse en primer lugar contra el principal obligado, esto es, su empleador directo, y en caso de que el patrimonio de éste resultara insuficiente, podía

dirigirse contra el subsidiario inmediato. Así, el obligado en forma subsidiaria contaba con el beneficio de excusión contra el trabajador.

Pues bien, esto ha sido modificado por la actual legislación, en el sentido de que la responsabilidad del empresario principal pasó a ser solidaria en virtud del artículo 183-B incisos 1° y 2° del Código del Trabajo: *“La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.*

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

Esta nueva norma implica que el trabajador podrá dirigirse contra todos los obligados solidariamente o sólo contra uno de ellos, cuestión que queda a su arbitrio.

Sin embargo, la responsabilidad no se extenderá, por regla general, a todas las obligaciones que se adeuden, pues para que ello ocurra deberá existir concordancia entre la prestación de servicios y las obligaciones incumplidas. Cuando ello no ocurra, la empresa principal sólo será responsable de la parte alícuota que corresponda en función del periodo en que el trabajador prestó sus servicios en el marco del contrato de obra o servicio.

El inc. 3º del artículo 183-B resulta un tanto confuso al señalar que: *“La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente”*.

La norma se refiere a la responsabilidad que atañe a la empresa principal respecto de los trabajadores de los subcontratistas. Se establece a este respecto que dicha responsabilidad será sólo subsidiaria, pues se señala en la norma que sólo será responsable la empresa principal cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad establecida en el inciso siguiente. Sin embargo, el mencionado inciso se refiere a la facultad que tienen los trabajadores de demandar conjuntamente a todos los responsables de sus derechos. Entonces, la pregunta es ¿a qué responsabilidad se refiere el inciso 3º?. La Dirección del Trabajo sostiene al respecto que la empresa principal será responsable de “las mismas obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad de su empleador directo”¹⁶. Dicha afirmación equivale a afirmar que la empresa principal responderá subsidiariamente cuando el trabajador del subcontratista no pueda hacer efectiva la responsabilidad de éste último. Lo anterior, sin embargo, resulta incompleto, toda vez que ello implicaría saltarse la responsabilidad solidaria del contratista establecida en el inciso 2º del artículo 183-B.

Para Claudio Palavecino, la referencia al “inciso siguiente” es un error de la norma pues debería referirse al inciso 2º que establece la responsabilidad solidaria del subcontratista, de tal forma que de no hacerse efectiva dicha

¹⁶ Dictamen N° 141/5 del 10 de enero de 2007

responsabilidad, surgirá la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal.

Creemos que la norma efectivamente establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales y previsionales que tenga el subcontratista para con sus trabajadores, pues ello resulta concordante con el sentido del artículo 183-B analizado en su conjunto.

Ahora, es importante precisar que, en principio, la empresa principal, y el contratista en su caso, sigue siendo subsidiariamente responsable del pago de las obligaciones laborales cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 183-C Código del Trabajo:

- a) Que la empresa principal haya hecho uso de su derecho a ser informada.
- b) Que la empresa principal haya hecho uso a su derecho de retención.

Encontrar fundamento a este aumento de responsabilidad ha sido uno de los puntos más polémicos en relación a esta nueva normativa. En primer lugar, y considerando la naturaleza relativa del contrato de trabajo, esto es, que afecta sólo al empleador (directo) y al trabajador, se puede apreciar como la ley hace una clara excepción a este principio, otorgándole responsabilidad a un tercero (la empresa principal) respecto de las obligaciones laborales a que tengan derecho los trabajadores de la empresa contratista. La ley incluso va más allá pues mediante la extensión de responsabilidad, viene en la práctica a equiparar al tercero con el empleador directo.

La pregunta obvia es ¿bajo qué fundamento se puede imputar dicha responsabilidad a la empresa principal? Al respecto, Claudio Palavecino desestima la explicación referida a que las normas que regulan la subcontratación son de orden público y por ende, el empresario principal resultaría obligado simplemente por mandato legal. Frente a ello, dicho autor plantea la cuestión de los derechos constitucionales implicados en la materia, a saber, el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo. En efecto, la Constitución en su artículo 19 N° 16 inc. 2° establece que “a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador”. Así, se podría concluir que el artículo 183-B del Código del Trabajo estaría precisamente imponiendo un trabajador al empresario que contrata una obra o servicio.

Otro de los argumentos tradicionales usados para fundamentar la responsabilidad de la empresa principal es en cuanto a la finalidad que persigue la ley laboral. Se señala que la extensión de responsabilidad sería necesaria si así se puede prevenir la insolvencia de las empresas contratistas y asegurar los derechos de los trabajadores. Además, la empresa principal resulta beneficiada de la actividad laboral de los trabajadores del contratista, de forma tal que debe transformarse en garante de los derechos de éstos.¹⁷

La Corte Suprema ha apoyado este argumento al señalar que: “la responsabilidad (...) tiene su fundamento, por una parte, en el provecho que reporta el trabajo prestado en su interés por los dependientes del contratista y, por la otra, en el imperativo de cautelar el debido cumplimiento de las

¹⁷ Tapia, F y Torres R., “La Responsabilidad subsidiaria en el contrato de trabajo (Ley N° 19.250)

obligaciones laborales y previsionales que benefician a estos trabajadores...)¹⁸

Para Palavecino, dicha explicación no sería suficiente puesto que desatiende el carácter oneroso conmutativo del contrato de obra o servicio, ello si se considera que, si el empresario principal ya se obligó a pagar un precio por la prestación, no puede ser la teoría del beneficio el fundamento que justifique la asunción de obligaciones adicionales no consentidas.

Otro argumento que se ha dado en función de justificar la responsabilidad de la empresa principal es lo que se denomina culpa *in contraendo*. Bajo este supuesto y según lo señalan los profesores Thayer y Novoa¹⁹, compete al dueño de la obra adoptar los resguardos necesarios previos a la contratación de los servicios que presta la empresa contratista. Dichos resguardos dicen relación con informarse sobre la calidad del contratista en lo referente a su diligencia en el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales. Además, también debe el empresario principal adoptar medidas de fiscalización y control sobre el contratista a fin de asegurarse de que éste de un cumplimiento cabal a sus obligaciones.

A este respecto, el profesor Palavecino objeta dos puntos: en primer lugar, que aún cuando el empresario principal actúe en forma diligente tanto en la etapa precontractual como durante la prestación de los servicios o ejecución de la obra, aún tendrá que responder al menos subsidiariamente, y en

¹⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, mayo 2002, tomo XCVIII, sección 3ª, pp. 173 y 223.

¹⁹ Thayer, W. Y Novoa, P., "Manual de Derecho del Trabajo", tomo II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Stgo, 1998, p. 372.

segundo lugar, el hecho de que sigue sin explicación la posición de garante que se le asigna a la empresa principal.

Palavecino intenta por fin fundamentar la responsabilidad que le cabe al empresario principal en materia de subcontratación. Argumenta que, al adoptar un sistema descentralizado como es la subcontratación, el empresario asume respecto de las empresas contratistas una posición jerárquica que repercutiría sobre los trabajadores de dichas empresas. De esta forma, surgiría respecto de estos trabajadores externos una relación de hecho que el autor denomina subordinación de segundo grado, la cual justificaría al menos la imputación de una responsabilidad subsidiaria. Sin embargo, dicha relación de subordinación indirecta no justificaría bajo ningún caso la extensión de responsabilidad (de subsidiaria a solidaria) pues ello implicaría la equiparación de la empresa principal al contratista, quien representa el papel de empleador directo respecto de sus trabajadores.

En cuanto a la justificación de la responsabilidad solidaria, Palavecino no aventura ningún intento por su justificación, dejando abierto el problema, el cual será retomado en el presente trabajo en el capítulo siguiente.

Derechos de Información y Retención.

El artículo 183-C establece los llamados derechos de información y retención.

a) Derecho de Información.

El mencionado artículo señala en su inc 1° que: *“La empresa principal, cuando así lo solicite, **tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas**”.*

Esta institución, establecida por la nueva normativa, consiste en que la empresa principal tendrá derecho, cuando así lo solicite, a ser informada por los contratistas acerca del monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que tengan éstas respecto de sus trabajadores, como asimismo, de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas para con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

El artículo 183-C inc 2° señala la forma de acreditación del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales: *“El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso anterior, **deberá ser acreditado mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social deberá dictar, dentro de un plazo de 90 días, un reglamento que fije el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del Trabajo respectiva emitirá dichos certificados. Asimismo,***

el reglamento definirá la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o instituciones competentes podrán certificar debidamente, por medios idóneos, el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores”.

Como podemos observar, la forma de acreditación del cumplimiento de las obligaciones antes señaladas se hará mediante certificados emitidos por la respectiva inspección del trabajo, o por medios idóneos que garanticen la veracidad de los montos y el estado de cumplimiento (art. 183-C inc 2º C.T.), para ello, el Ministerio del Trabajo y Previsión Social ha dictado un reglamento (del 20 de enero de 2007), en virtud del mandato legal establecido en este inciso, en base al art. 183-C, que tiene como fin regular la acreditación de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales.

Finalmente en relación al derecho de información, se introduce una obligación para la Dirección del Trabajo en el inc final del art. 183-C: *“La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas”.*

La obligación para la Dirección del trabajo será entonces la de informar a la empresa principal de todas las infracciones que cometan los contratistas a la legislación laboral y previsional que sean constatadas en la labor

fiscalizadora de dicho organismo. La misma obligación tiene la Dirección para con las empresas contratistas por infracciones cometidas por empresas subcontratistas.

b) Derecho de Retención.

El artículo 183-C en su inc 3° establece que: *“En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, **la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este Párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora”***.

En caso de que el contratista o subcontratista no de debido cumplimiento a las obligaciones laborales y previsionales, la empresa principal está facultada para retener las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos hasta el monto de que es responsable. Al efectuarse dicha retención, el mandante está obligado a pagar con ella al o los trabajadores afectados por el incumplimiento de su empleador directo y a las instituciones previsionales, en su caso. Este derecho se hace extensible también para el contratista respecto de sus subcontratistas.

Por último, en relación con el párrafo anterior se debe señalar que el inc. 4° establece la posibilidad de la empresa principal o el contratista, en su caso,

de pagar por subrogación al trabajador o a la institución previsional correspondiente.

Disminución de Responsabilidad: de Solidaria a Subsidiaria.

El beneficio que le reporta a la empresa principal ejercer una labor fiscalizadora a través de los derechos a información y retención está establecido en el artículo 183-D inc 1º del Código del Trabajo: *“Si la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, **responderá subsidiariamente** de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos”*.

Tenemos, según lo establecido por esta norma, que en el caso de que los derechos a información y retención sean ejercidos correctamente, surgirá una atenuación de responsabilidad para la empresa principal, de tal forma que pasará a ser sólo subsidiariamente responsable de los incumplimientos laborales y previsionales de sus contratistas. Lo mismo ocurrirá respecto

del contratista en relación a su responsabilidad para con los trabajadores de sus subcontratistas.

También operará la atenuación de responsabilidad en los casos en que la empresa principal, o el contratista en su caso, haya sido notificada por la Dirección del Trabajo de infracciones cometidas por sus contratistas y haya hecho uso de su derecho de retención (artículo 183-D inc 2° del Código del Trabajo).

Responsabilidad en materia de riesgos laborales.

A) Responsabilidad respecto de las obligación de protección de la vida y salud de los trabajadores.

En relación a las obligaciones tendientes a otorgar protección a la vida y salud de los trabajadores, la cual esta establecida en el artículo 184 del Código del Trabajo, la ley 20.123 introduce una nueva norma que viene a regular estas obligaciones para el régimen de subcontratación. A este respecto, el artículo 183-E establece que: *“Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo*

dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud”.

De este modo, la ley extiende la responsabilidad a la empresa principal para con los trabajadores que trabajen en su obra, empresa o faena, aún cuando estos no estén bajo su dependencia, como es el caso del trabajo en régimen de subcontratación.

B) Obligación de implementación de un sistema de gestión, seguridad y salud en el trabajo.

La ley N°20.123, introduce una modificación a la ley N°16.744, mediante la incorporación del artículo 66 bis. A través de esta nueva normativa, se impone a la empresa principal la obligación de vigilancia sobre las empresas contratistas o subcontratistas, en relación al cumplimiento de las normas relativas a higiene y seguridad. Dicha obligación, sin embargo, está limitada sólo para los casos en que se haya externalizado actividades que estén comprendidas dentro del giro de la empresa principal.

Para el cumplimiento de la norma antes citada, es necesario que la empresa principal implemente un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores, sin importar cual sea su dependencia, cuando en su conjunto se superen los 50 trabajadores.

A fin de lograr la implementación del sistema de gestión antes mencionado, el inc 2° del nuevo artículo 66 bis establece como obligación para la empresa principal la confección de un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas en donde se establezcan como mínimo

aquellas acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas que sean necesarias para garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas. El reglamento deberá contemplar además los mecanismos de fiscalización de la empresa principal, así como también las sanciones aplicables por infracciones.

Finalmente, se establece en el inc 3° del artículo en comento la obligación de la empresa principal de velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos.

Otro tipo de responsabilidad que atañe a la empresa principal es la señalada por el artículo 209 del Código del Trabajo. Dicha norma fue mantenida por la ley de subcontratación y establece que el empleador directo es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Luego, se agrega o más bien se extiende a la empresa principal, dueña de la obra empresa o faena, la responsabilidad por las obligaciones de afiliación y cotización que afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas. Dicha responsabilidad es sin embargo sólo subsidiaria.

Párrafo 2°

De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios.

Empresas de servicios transitorios.

El artículo 183-F define legalmente a “Empresa de Servicios Transitorios”, “Usuaria” y “Trabajador de Servicios Transitorios”.

Empresas de Servicios Transitorios: *“toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.”*

Se destaca del concepto que acoge las observaciones doctrinarias y de derechos comparado al establecer que sólo **Personas Jurídicas** puedan dedicarse a este negocio, el **Objeto Social Exclusivo** y sólo para faenas de carácter **Transitorio**.

Que sólo personas jurídicas se dediquen a esta actividad tiene por objeto formalizar más la actividad lo que unido al giro exclusivo busca la profesionalización del negocio.

Ahora bien, cabe preguntarse si las empresas unipersonales de responsabilidad limitada pueden dedicarse a este negocio. La ley nada señala por lo que se entiende que lo permite, pero como se trata de dar más garantías a los trabajadores que trabajan en este régimen la duda se hace

legítima. La Dirección del Trabajo señaló al respecto, por dictamen N° 1195/27 del 29 de marzo del 2007, que empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objeto; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas; por lo que estamos en presencia de una persona jurídica, distinta de la persona natural que la forma, facultada por la ley para operar. Así las cosas, se cumplen los requisitos exigidos por la ley laboral para que puedan actuar como empresas de servicios transitorios.

El objeto exclusivo y el carácter de transitorio del suministro de trabajadores fueron objeto de críticas por parte del empresariado. Estos manifestaban que muchas empresas de servicios transitorios eran filiales de otras empresas y que en muchas no había problema. Respecto de esto debemos señalar que el objeto exclusivo va en resguardo de los trabajadores ante la existencia (principalmente en el ámbito del retail) de muchas razones sociales que no eran precisamente para mejorar la gestión operativa de la empresa sino que derechamente para evitar la formación de sindicatos, eludir responsabilidades laborales y previsionales y para evitar la contratación directa en casos en donde está se hacía lugar.

El carácter de temporalidad de las faenas también fue objeto de críticas por parte del empresariado principalmente por entender este sector lo poco previsible de la duración de las labores en las cuales se necesiten más trabajadores, sin embargo la ley establece un plazo amplio que en mi opinión abarcaría cualquier imprevisto.

Cabe preguntarse si las empresas de selección, formación y capacitación de trabajadores, y otras afines a la gestión de recursos humanos, efectuados por agencias o empresas de empleo, se les aplica la normativa de la ley en análisis. La Dirección del Trabajo por **Dictamen N° 1189, de 2007**, señaló que las actividades de selección, formación y capacitación de trabajadores, y otras afines a la gestión de recursos humanos efectuados por agencias o empresas de empleo, que no impliquen, en caso alguno, la puesta a disposición de trabajadores en las empresas que contraten dichos servicios, no constituye una vulneración al contenido de la norma del artículo 183-L del Código del Trabajo, en cuanto las empresas que lo realizan, no están actuando como empresa de servicios transitorios.

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

La empresa usuaria puede ser tanto persona jurídica como natural y destaca en la definición el carácter de empleo de trabajadores en tareas transitorias u ocasionales y siempre que concurren las causales legales del artículo 183-Ñ.

Trabajador de Servicios Transitorios: *“todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este”.*

El artículo 183-G señala que la Dirección del Trabajo fiscalizará el cumplimiento de las disposiciones de la ley. Esto lo debe hacer tanto en la

empresa de suministro de trabajadores como en la empresa donde prestan servicios. En este quehacer podrá revisar el contenido de los contratos de servicios transitorios o de puesta a disposición entre la empresa de suministro y la usuaria, poniendo énfasis en la fiscalización de los supuestos que habilitan la celebración de los contratos de trabajo de servicios transitorios.

El artículo 183-H establece la competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de las cuestiones suscitadas entre las partes de un contrato de trabajo de servicios transitorios, o entre los trabajadores y la o las usuarias de sus servicios.

El artículo 183-I establece una importantísima norma que pretende consagrar la **Independencia** de las empresas de servicios transitorios: “*Las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios.*”

La infracción a la presente norma se sancionará con su cancelación en el Registro de Empresas de Servicios Transitorios y con una multa a la usuaria de 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado, mediante resolución fundada del Director del Trabajo.

La empresa afectada por dicha resolución, podrá pedir su reposición al Director del Trabajo, dentro del plazo de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de cinco días, ante la Corte de Apelaciones respectiva”.

Esta norma establece la independencia absoluta de la empresa de suministro de servicios transitorios con la usuaria, esto, relacionado con la exigencia de giro exclusivo, es en pleno resguardo de los trabajadores. La vulneración de esta norma es gravísima, sancionándose con la cancelación de la empresa del Registro de Empresas de Servicios Transitorios, más una multa a la empresa usuaria por cada trabajador contratado. Como contrapartida se establece un recurso de reposición administrativo ante el Director del Trabajo, siendo reclamable la resolución que no acoja esta reposición.

El artículo 183-J establece la **Garantía Permanente** a nombre de la Dirección del Trabajo *“Toda empresa de servicios transitorios deberá constituir una garantía permanente a nombre de la Dirección del Trabajo, cuyo monto será de 250 unidades de fomento, aumentada en una unidad de fomento por cada trabajador transitorio adicional contratado por sobre 100 trabajadores; 0,7 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 150 trabajadores, y 0,3 unidad de fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 200.*

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

La garantía estará destinada preferentemente a responder, en lo sucesivo, por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias, y luego las multas que se le apliquen por infracción a las normas de este Código.

La garantía deberá constituirse a través de una **boleta de garantía, u otro instrumento de similar liquidez**, a nombre de la Dirección del Trabajo y tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días, y será devuelta dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la nueva boleta.

*La garantía constituye un **patrimonio de afectación** a los fines establecidos en este artículo y estará excluida del derecho de prenda general de los acreedores.*

La sentencia ejecutoriada que ordene el pago de remuneraciones y/o cotizaciones previsionales adeudadas, el acta suscrita ante el Inspector del Trabajo en que se reconozca la deuda de dichas remuneraciones, así como la resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa, se podrá hacer efectiva sobre la garantía, previa resolución del Director del Trabajo, que ordene los pagos a quien corresponda. Contra dicha resolución no procederá recurso alguno.

En caso de término de la empresa de servicios transitorios, el Director del Trabajo, una vez que se le acredite el cumplimiento de las obligaciones laborales de origen legal o contractual y de seguridad social pertinentes, deberá proceder a la devolución de la garantía dentro del plazo de seis meses, contados desde el término de la empresa.

La resolución que ordene la constitución de dicha garantía, no será susceptible de ser impugnada por recurso alguno.”

La caución debe ser una boleta de garantía o un instrumento de similar liquidez, ahora bien, que otros instrumentos tienen similar liquidez a la boleta de garantía. La Dirección del Trabajo, por Dictamen 265 del 17 de enero del 2007, señaló que debe entenderse por “similar liquidez” todo

aquel documento que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de ser transformable de inmediato en dinero efectivo. Así las cosas, tratándose de una póliza de seguros se concluye que ésta no puede ser estimada como un instrumento de similar liquidez a la boleta de garantía, en los términos previstos en la citada disposición legal, toda vez que dicha póliza carece del requisito esencial que caracteriza a ésta, cual es su liquidez inmediata. Este requisito de liquidación inmediata es por el hecho de que para hacer efectiva la garantía necesariamente importa el transcurso de cierto lapso de tiempo, toda vez que en conformidad al inciso 6° del artículo 183-J en comento, es necesario una sentencia ejecutoriada que ordene el pago de remuneraciones y/o cotizaciones previsisonales adeudadas, o un acta suscrita ante el Inspector del Trabajo, en que se reconozca la deuda de dichas remuneraciones, o una resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa, requiriéndose, en cualesquiera de estos casos, una resolución del Director del Trabajo que ordene los pagos a quien corresponda. De esta suerte, prolongar aún más el pago pertinente con una garantía que no sea de liquidez inmediata, desvirtuaría el objetivo tenido en vista por el legislador al dictar la norma en análisis.

Lo que acepta el dictamen como instrumento de similar liquidez son los depósitos bancarios, ya sea a plazo fijo, a plazo renovable o a plazo indefinido.

Esta norma, a juicio de los empresarios, afectará a las pymes, atendido el monto de la garantía (la cual se rebajó según estaba en el proyecto). Señalan que existen muchas pequeñas y medianas empresas que se verán impedidas

de desarrollar la actividad de suministro de trabajadores. Esto puede ser cierto en alguna medida, pero no debemos olvidar de que es una garantía la cual, de no haber vulneración de los derechos de los trabajadores, se devolverá. No obstante esto, creemos conveniente señalar que para efectos de la fiscalización y devolución de las garantías se necesita un criterio claro por parte de la Dirección del Trabajo de tal manera que el proceso no se transforme en un costo que deba asumir la empresa de suministro diligente.

El artículo 183-K establece la obligación de **Inscripción en un Registro especial y público** que llevará la Dirección del Trabajo *“Las empresas de servicios transitorios deberán inscribirse en un registro especial y público que al efecto llevará la Dirección del Trabajo. Al solicitar su inscripción en tal registro, la empresa respectiva deberá acompañar los antecedentes que acrediten su personalidad jurídica, su objeto social y la individualización de sus representantes legales. Su nombre o razón social deberá incluir la expresión "Empresa de Servicios Transitorios" o la sigla "EST".*

La Dirección del Trabajo, en un plazo de sesenta días, podrá observar la inscripción en el registro si faltara alguno de los requisitos mencionados en el inciso precedente, o por no cumplir la solicitante los requisitos establecidos en el artículo 183-F, letra a), al cabo de los cuales la solicitud se entenderá aprobada si no se le hubieran formulado observaciones.

En igual plazo, la empresa de servicios transitorios podrá subsanar las observaciones que se le hubieran formulado, bajo apercibimiento de tenerse por desistida de su solicitud por el solo ministerio de la ley. Podrá asimismo, dentro de los quince días siguientes a su notificación, reclamar de dichas observaciones o de la resolución que rechace la reposición, ante

la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante para que ésta ordene su inscripción en el registro.

La Corte conocerá de la reclamación a que se refiere el inciso anterior, en única instancia, con los antecedentes que el solicitante proporcione, y oyendo a la Dirección del Trabajo, la que podrá hacerse parte en el respectivo procedimiento.

Inmediatamente después de practicada la inscripción y antes de empezar a operar, la empresa deberá constituir la garantía a que se refiere el artículo anterior”.

Con esta norma se pretende evitar lo que acontecía antes de la promulgación de la ley, donde no se sabía quien era la empresa contratante ni quien respondía por las obligaciones laborales y previsionales. Ahora, los trabajadores sabrán la individualización de la empresa que los contrata o tendrán los datos de sus dueños a disposición en la Dirección del Trabajo.

Sanciones a la empresa de Servicios Temporarios por infracción.

El artículo 183-L establece sanciones por la vulneración de las normas antes señaladas. La sanción será de multa a beneficio fiscal de 80 a 500 UTM aplicada por resolución fundada por el Director del Trabajo reclamable antes el juzgado del Trabajo competente dentro de 5° día después de notificada.

El artículo 183-M establece las causales de **cancelación de la inscripción del registro** de empresas de servicios transitorios. Estos casos son:

- a) Incumplimientos reiterados y graves de la legislación laboral o previsional.
- b) Por quiebra de la empresa de servicios transitorios, salvo que se decrete la continuidad de su giro.

Estas causales se condicen con lo establecido en el derecho comparado y la doctrina.

Ahora bien, se entiende por incumplimiento grave y reiterado de la legislación laboral o previsional cuando la empresa de suministro de servicios ha sido objeto de tres o más sanciones aplicadas por la autoridad administrativa o judicial, como consecuencia del incumplimiento de una o más obligaciones legales, en el plazo de un año. Se considerarán graves todas aquellas infracciones que, atendidos la materia involucrada y el número de trabajadores afectados, perjudiquen notablemente el ejercicio de los derechos establecidos en las leyes laborales, especialmente las infracciones a las normas contenidas en los Capítulos II, V y VI del Título I del LIBRO I del Código del Trabajo, como asimismo las cometidas a las normas del Título II del LIBRO II del mismo texto legal.

De la resolución por la cual se cancela la inscripción se podrá pedir su reposición dentro de cinco días. La resolución que niegue lugar a esta solicitud será reclamable, dentro del plazo de diez días, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.

Del contrato de puesta a Disposición de Trabajadores (entre empresas de servicios temporarios y usuarias).

Del artículo 183-N al 183-Q se regula el contrato de puesta a disposición de trabajadores. El primero de estos artículos señala que la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios a una usuaria por una empresa de servicios transitorios, deberá **constar por escrito** en donde se debe hacer mención de la causal invocada para la contratación de estos servicios transitorios, los puestos de trabajo para los cuales se realiza, la duración de la misma y el precio convenido. Además debe establecerse si los trabajadores puestos a disposición tendrán o no derecho, durante la vigencia de dicho contrato, a la utilización de transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria.

La escrituración del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios deberá suscribirse dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador. Cuando la duración del mismo sea inferior a cinco días, la escrituración deberá hacerse dentro de los dos días de iniciada la prestación de servicios. La omisión de la escrituración de estos contratos de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, trae como consecuencia que al trabajador se le considere como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiera aplicar conforme al Código del Trabajo.

Carácter excepcional del Contrato.

El artículo 183-Ñ establece las circunstancias en la empresa usuaria bajo las cuales puede celebrarse un contrato de puesta a disposición de trabajadores de Servicios Transitorios:

- a) **Suspensión** del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados.

- b) **Eventos extraordinarios**, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza.

- c) **Proyectos nuevos** y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados.

- d) Período de **inicio de actividades** en empresas nuevas.

- e) **Aumentos ocasionales**, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria.

- f) **Trabajos urgentes**, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria.

Respecto de estas causales hay opiniones divergentes entre los abogados, señalando algunos que estas son suficientes (incluso más extensivas que en el derecho comparado) y otros que son escasas²⁰. Diego Corvera V., quien sostiene la opinión de suficiencia de las causales, hace hincapié en que el suministro de trabajadores tiene un carácter excepcional y temporal y que fue el abuso de esta figura, utilizada para cubrir la plantilla permanente de personal, lo que motivó la regulación para así darle un genuino uso y sentido. Por otro lado, Enrique Munita L., quien considera que las causales de suministro de trabajadores son insuficientes, manifiesta que los hechos han demostrado que las causales de procedencia del contrato de puesta a disposición de trabajadores de empresas de servicios transitorios se necesitan legítimamente en circunstancias diversas que las que se han establecido.

En definitiva, siempre al tratar de poner límites se producen el tipo de discusiones como la antes expuesta, sin embargo el tema es determinar si se hacía necesario establecer causales taxativas y nuestra opinión, al respecto es, de que si se necesitaban, ya que al no establecer estos hitos seguiría sucediendo lo de antaño.

Plazo el Contrato.

El artículo 183-O regula el plazo del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios dependiendo de la causal:

²⁰ Diego Corvera V. y Enrique Munita L. en uno y otro sentido respectivamente, en entrevista de “Revista del Abogado”, N° 39 de abril del 2007.

- a) Tratándose de suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados, la puesta a disposición del trabajador podrá cubrir el tiempo de duración de la ausencia del trabajador reemplazado, por la suspensión del contrato o de la obligación de prestar servicios, según sea el caso.
- b) En los casos de eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza; y aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; el contrato de trabajo para prestar servicios en una misma usuaria no podrá exceder de 90 días.
- c) En proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados; y período de inicio de actividades en empresas nuevas; dicho plazo será de 180 días, no siendo ambos casos susceptibles de renovación. Sin embargo, si al tiempo de la terminación del contrato de trabajo subsisten las circunstancias que motivaron su celebración, se podrá prorrogar el contrato hasta completar los 90 ó 180 días en su caso.

Causales de Exclusión.

El artículo 183-P establece las causales de exclusión de contratos de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, estas son:

- a) Para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados.
- b) Para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva.
- c) Para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios.

De estas causales de exclusión, la más resistida por el empresariado es la de no poder reemplazar trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva. Sin perjuicio de esto, el reemplazo de trabajadores en huelga procede en nuestro derecho laboral bajo ciertos requisitos establecido en el artículo 381 del Código del Trabajo (entre ellas el bono de reemplazo de 4 unidades de fomento por cada trabajador **contratado** como reemplazante). En definitiva, lo que no acepta la ley es el reemplazo de trabajadores en huelga legal por otros suministrados por una empresa de servicios transitorios, ya que estos, como ya señalamos, pueden sustituirse por trabajadores contratados como reemplazantes, eso si bajo ciertos requisitos.

La disposición termina agregando que la contravención a lo dispuesto en ella excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2°. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común.

Además, la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa equivalente a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado.

Cláusula Prohibida.

El artículo 183-Q establece que será nula la cláusula del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios que prohíba la contratación del trabajador por la usuaria a la finalización de dicho contrato. A continuación, la ley regula **El contrato de trabajo de Servicios Transitorios.**

El artículo 183-R lo define como una *“convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido.”*

Este contrato deberá celebrarse por escrito y deberá contener las menciones del artículo 10 del Código del Trabajo como mínimo. La escrituración de este contrato deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador.

Cuando la duración del mismo sea inferior a cinco días, la escrituración deberá hacerse dentro de dos días de iniciada la prestación de servicios.

Una copia del contrato de trabajo deberá ser enviada a la usuaria en la que el trabajador prestará servicios.

Está prohibido a las empresas de servicios transitorios cobrar al trabajador para capacitarlo o ponerlo a disposición de otra empresa y esto es precisamente para diferenciar el giro de esta empresa, ya que si pudiese hacer lo antes señalado se trataría más bien de una agencia de empleo privado.

El dictamen 2249 del año 2007 regula un aspecto relacionado con este artículo, esto es si las partes de este contrato deben pactar **jornada de trabajo** y si es necesario, en el caso que la usuaria cuente con un sistema de jornada excepcional, que la empresa de servicios transitorios que le cederá trabajadores, obtenga una autorización de la misma naturaleza.

El dictamen establece que la determinación del tipo de jornada de trabajo y la respectiva distribución de la misma queda entregada a las partes del contrato de trabajo transitorio, esto es, a la empresa de servicios transitorios y al trabajador respectivo, esto porque el artículo 183-R. señala que *"el contrato de trabajo de servicios transitorios es una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido*. El contrato de trabajo de servicios transitorios deberá celebrarse por escrito y contendrá, a lo menos, las menciones exigidas por el artículo 10 de este Código". Dentro de las menciones obligatorias contempladas en el artículo 10, número 5 del Código de Trabajo se encuentra, precisamente, la "duración y distribución de la jornada de trabajo". Ahora, tal como señala la definición legal de contrato de trabajo transitorio, la prestación de servicios o labores a las que se obliga el trabajador se realizarán en la empresa usuaria, debiendo ser, en consecuencia, la jornada pactada por las partes la que el trabajador va a realizar en dicha empresa. Cualquier exceso de jornada de trabajo vulnera el artículo 183-X del Código del Trabajo que establece que la empresa usuaria deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios

transitorios relativas a la prestación de los servicios, tales como duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos.

Respecto a la necesidad legal de que, en el caso de que la empresa usuaria cuente con un sistema de jornada excepcional de trabajo, la empresa de servicios transitorios que cederá trabajadores a la primera, obtenga una autorización del mismo tipo y naturaleza, cabe señalar que según el artículo 38 del Código del Trabajo Director del Trabajo se encuentra facultado para autorizar respecto de trabajadores que laboran en empresas exceptuadas del descanso dominical, mediante resolución fundada y solamente en casos calificados, sistemas excepcionales de distribución de la jornada de trabajo y de los descansos cuando por la naturaleza y características de la respectiva prestación de servicios no fuere posible dar cumplimiento a las exigencias previstas en los incisos anteriores de dicho precepto, en orden a la oportunidad en que deben concederse los descansos compensatorios por los días domingo y festivos laborados por los respectivos dependientes. Ahora bien, por dictamen 2873/134 del 1 de agosto del 2001 se autorizó que las empresas que reciban la señalada autorización administrativa, se encuentran facultadas para aplicar el sistema excepcional de que se trata respecto de los dependientes que se desempeñan actualmente en la empresa respectiva, independientemente que éstos sean o no los mismos que conformaban la dotación de éste a la fecha de la citada autorización. Esto concuerda con lo establecido en el artículo 183-X en el sentido de que la empresa usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la

empresa de servicios transitorios. Entonces, interpretando armónicamente los artículos citados concluimos que el trabajador transitorio que celebra el contrato de trabajo transitorio con una empresa de servicios transitorios, va a prestar servicios efectivos en la empresa usuaria, debiendo, en consecuencia, someterse al régimen de trabajo de la misma. De ahí, entre otras cosas, que el trabajador quede afecto al poder de mando de la empresa usuaria y le serán aplicables las normas del reglamento de higiene y seguridad de la empresa usuaria, y que esta empresa sea la encargada de controlar el registro de asistencia. De este modo, y en concordancia con lo recién señalado, si la empresa usuaria ha obtenido un sistema excepcional de jornada de trabajo y de descanso, conforme al artículo 38 del Código del Trabajo, corresponde aplicar el mismo directamente al trabajador transitorio cedido por una empresa de servicios transitorios, toda vez que este trabajador se va a desempeñar efectivamente al interior del proceso productivo de la empresa usuaria, quedando afecto, precisamente, al régimen legal de jornada de los trabajadores de esta empresa. Lo anterior, sin perjuicio, de que deben dejar constancia en el contrato de trabajo transitorio respectivo del hecho de que la empresa usuaria se encuentra en un sistema excepcional de jornada de trabajo y descansos. En definitiva, la determinación de la jornada de trabajo del trabajador queda entregada a las partes del contrato de trabajo transitorio, debiendo estipularse la jornada de trabajo en que el trabajador prestará servicios en la empresa usuaria. Sin perjuicio, que la responsabilidad por el cumplimiento de esa jornada pactada en el contrato de trabajo transitorio corresponde, legalmente, a la empresa usuaria. Si la empresa usuaria ha obtenido un sistema excepcional

de jornada de trabajo y de descanso, conforme al artículo 38 del Código del Trabajo, corresponde aplicar el mismo directamente al trabajador transitorio puesto a disposición, no siendo necesario, en consecuencia, que la empresa de servicios transitorios obtenga una nueva autorización para dicho trabajador de aquella que ya ha sido obtenida por la empresa usuaria respectiva. Lo anterior, sin perjuicio de que se debe dejar constancia en el contrato de trabajo de dicha circunstancia.

El artículo 183-T establece como sanción que si el trabajador continuara prestando servicios después de expirado el plazo de su contrato de trabajo, éste se transformará en uno de plazo indefinido, pasando la usuaria a ser su empleador y contándose la antigüedad del trabajador, para todos los efectos legales, desde la fecha del inicio de la prestación de servicios a la usuaria.

Simulación.

El artículo 183-U prescribe otra sanción, esta vez para el caso en que se celebren contratos de puesta a disposición fuera de las causales que establece la ley (artículo 183-Ñ) o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria. En estos casos, se entenderán celebrados en fraude a la ley, excluyendo a la usuaria de la aplicación de las normas de la ley en análisis, especialmente el párrafo II (que regula el suministro de trabajadores). En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan.

Compensación de feriado.

El artículo 183-V instauro un beneficio a favor de los trabajadores de servicios transitorios, el que consiste en que cuando el trabajador de servicios transitorios haya prestado servicios, continua o discontinuamente, en virtud de uno o más contratos de trabajo celebrados con una misma empresa de servicios transitorios, durante a lo menos 30 días en los doce meses siguientes a la fecha del primer contrato, tendrá derecho a una indemnización compensatoria del feriado.

Por cada nuevo período de doce meses contado desde que se devengó la última compensación del feriado, el trabajador de servicios transitorios tendrá derecho a ésta.

La indemnización será equivalente a la remuneración íntegra de los días de feriado que proporcionalmente le correspondan al trabajador según los días trabajados en la respectiva anualidad. La remuneración se determinará considerando el promedio de lo devengado por el trabajador durante los últimos 90 días efectivamente trabajados. Si el trabajador hubiera trabajado menos de 90 días en la respectiva anualidad, se considerará la remuneración de los días efectivamente trabajados para la determinación de la remuneración.

En la remuneración convenida, se considerará la gratificación legal, el desahucio, las indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, y cualquier otro concepto que se devengue en proporción al tiempo servido.

Organización y Dirección en las tareas.

La facultad de dirección y control del trabajo, conforme el artículo 183-X, la ejercerá la empresa usuaria dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios.

Además, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, el que deberá ser puesto en su conocimiento mediante la entrega de un ejemplar impreso, en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 156 del Código de Trabajo.

La usuaria deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios relativas a la prestación de los servicios, tales como duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos.

Sólo podrán pactarse horas extraordinarias entre el trabajador de servicios transitorios y la empresa de servicios transitorios al tenor del artículo 32 del Código del Trabajo.

Las empresas de servicios transitorios deberán inscribirse en un registro que, para tales efectos, llevará la Dirección del Trabajo, por lo que la usuaria que contrate a un trabajador de servicios transitorios por intermedio de empresas no inscritas en el registro quedará, respecto de dicho trabajador, excluida de la aplicación de las normas del suministro de trabajadores que establece el párrafo 2º de la ley. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se registrará por las normas de la legislación laboral común.

Además, la usuaria será sancionada administrativamente, por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa equivalente a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado.

Garantías Constitucionales.

El artículo 183-Y prescribe que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial, cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos. La usuaria deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral.

Responsabilidad Subsidiaria de la Usuaria y Directa por Accidentes.

El artículo 183-AB establece, se puede decir, la norma más importante respecto al suministro de trabajadores, esto es la responsabilidad. Señala dicho artículo que la empresa usuaria será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las empresas de servicios transitorios a favor de los trabajadores de éstas, en los términos previstos en la ley. Será de responsabilidad directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley N° 16.744, especialmente las medidas de prevención de riesgos que deba adoptar respecto de sus trabajadores permanentes.

Asimismo, deberá observar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 66 bis de la ley N° 16.744.

Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la ley N° 16.744, la usuaria denunciará inmediatamente al organismo administrador, al que se encuentra afiliada o adherida la respectiva empresa de servicios transitorios, la ocurrencia de cualquiera de los hechos indicados en la norma legal antes citada. Al mismo tiempo, deberá notificar el siniestro a la empresa de servicios transitorios.

Serán también de responsabilidad de la usuaria las indemnizaciones a que se refiere el artículo 69 de la ley N° 16.744. Sin perjuicio de lo anterior, la empresa de servicios transitorios deberá constatar que el estado de salud del trabajador sea compatible con la actividad específica que desempeñará.

Finalmente la ley, en sus normas generales, regula el caso de los trabajadores con discapacidad, la capacitación y fuero maternal.

Respecto de trabajadores con discapacidad el plazo máximo de duración del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios establecido en el párrafo segundo del inciso primero del artículo 183-O, será de seis meses renovables.

Para efectos de capacitación, las empresas de servicios transitorios estarán obligadas a proporcionar capacitación cada año calendario, al menos al 10% de los trabajadores que pongan a disposición en el mismo período, a través de alguno de los mecanismos previstos en el Párrafo 4° del Título I de la ley N° 19.518. La Dirección del Trabajo verificará el cumplimiento de la obligación establecida en este artículo.

En cuanto al fuero maternal las trabajadoras contratadas en régimen de suministro de trabajadores, gozarán del fuero maternal señalado en el inciso primero del artículo 201 del Código del Trabajo, cesando éste de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria. Si por alguna de las causales que establece el la ley se determinare que la trabajadora es dependiente de la usuaria, el fuero maternal se extenderá por todo el período que corresponda, conforme a las reglas generales.

Opinión de la confederación de la producción y comercio.²¹

El grupo de empresarios representados por la Confederación de la Producción y Comercio (CPC) hicieron diversos comentarios al proyecto de ley (actual ley) en estudio, las cuales pasamos a exponer y que serán analizadas en nuestras conclusiones.

1) Definición de Trabajo en Régimen de Subcontratación.

Según su parecer, la definición legal tiene el problema de considerar como trabajo en régimen de subcontratación a actividades que, debido a su indiscutida naturaleza contractual civil o comercial, tradicionalmente se han entendido excluidas de este sistema; como por ejemplo: auditorías contables, soporte computacional, servicios técnicos a domicilio, asesorías medioambientales, comunicacionales y legales. De este modo, este tipo de

²¹ Presentada por el Presidente de la CPC, Sr. Hernán Somerville, ante la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, el 12 de abril de 2006.

relaciones pasarían a regirse bajo el régimen de la subcontratación, lo que produciría una evidente rigidez en las relaciones comerciales, al tener que cumplir con todas las obligaciones ya vigentes para la subcontratación, así como con las nuevas que el proyecto busca incorporar.

Manifiestan que la definición deja fuera a los servicios que no se desarrollan en la empresa del mandante y que, si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos comprendidos en el concepto, se entenderá que el empleador es el dueño de la empresa donde estos servicios se prestan.

2) Transformación de la responsabilidad subsidiaria en solidaria.

En la antigua normativa, como ya se ha señalado, respecto de la subcontratación propiamente tal, el mandante es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. En los mismos términos, el contratista es subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos. Finalmente, el mandante responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad contra el respectivo contratista.

La ley transforma todas las responsabilidades actuales, de *subsidiarias* a *solidarias*, con toda la gravedad que ello implica.

Alegan que esto resulta excesivo, ya que la subsidiariedad establecida por la normativa anterior, constituye una garantía suficiente para el debido respeto y cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores del contratista y del subcontratista. Además, señalan que no debe olvidarse que las empresas mandante, contratista y subcontratista son unidades independientes, por lo que la responsabilidad subsidiaria ya constituye una situación excepcional.

3) Acreditación del cumplimiento de las obligaciones.

Bajo la normativa anterior, el mandante tiene el derecho a la información, por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo, de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas. En el caso que el contratista o subcontratista no acreditara oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, el mandante podía retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquellos, el monto de que es responsable subsidiariamente (o solidariamente, de aprobarse el proyecto). El mismo derecho tenía el contratista respecto de sus subcontratistas.

La ley agrega que el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refieren los párrafos anteriores, deberán ser acreditados mediante certificados emitidos por la respectiva inspección del trabajo, o bien, por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho

monto y estado de cumplimiento. Señalan que para que esto sea viable, se requiere que las Inspecciones del Trabajo dispongan de los recursos humanos, financieros y tecnológicos para emitir los certificados requeridos, de manera rápida, completa y sin errores, situación que en la práctica no ocurre en muchas de estas reparticiones, como lo ha reconocido el ex Director del Trabajo. Señalan, además, que esta situación se agravará con el hecho de que la conceptualización legal, aumentará mucho la cantidad de situaciones que serán consideradas como tales.

Si bien se admite la presentación de otros “*medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento*”, resulta evidente que, ante el escenario de recibir diversos certificados de cada uno de los actores involucrados en esta materia, los mandantes preferirán un certificado oficial y único que sería el de la Inspección del Trabajo respectiva.

Adicionalmente, piénsese en las complicaciones que se darán cuando los contratistas no puedan entregar oportunamente a sus mandantes los certificados que éstos les pidan. No podrán sino que proceder a retener, con los consiguientes efectos negativos en la cadena de pagos, lo que será más grave en el caso de las pymes.

4) Posibilidad de responder sólo subsidiariamente.

La ley señala que si el mandante hiciera efectivo el derecho a ser informado y el derecho de retención, sólo responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos. Igual responsabilidad

asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

Por las dificultades que se presentan con la certificación del cumplimiento de las obligaciones, esta posibilidad de atenuar la responsabilidad se hace poco realista.

Por otra parte, la prueba de que efectivamente se ejerció el derecho a información podría presentar bastantes complicaciones, siendo objeto de controversias entre el mandante y el contratista.

5) Extensión de la responsabilidad a otras obligaciones.

La ley incorpora, dentro de las obligaciones laborales y previsionales por las que debe responder solidariamente el mandante, las eventuales indemnizaciones que correspondan por término de la relación laboral, sean legales o contractuales.

Esto resulta inadecuado, pues estas indemnizaciones se devengan sin que medie voluntad del mandante y sin que pueda impedir los despidos; sin que pueda ejercer derecho de retención sobre estas cantidades; sin que tenga la información necesaria para defenderse en un juicio; y con la posibilidad de que, sin el consentimiento del mandante, se pacten sumas superiores, haciéndolo responsable.

Adicionalmente, se indica que el mandante sólo debe responder por el porcentaje de la indemnización devengado por el trabajador mientras éste le haya prestado servicios a él; sin embargo, no se señala hasta cuándo se le puede requerir el pago al mandante después de que dejó el trabajador de

laborar en su empresa. Esta indefinición dejará responsabilidades pendientes por mucho tiempo.

6) Suspensión de faenas en caso de accidentes fatales.

La ley establece que, en caso de accidentes del trabajo fatales y graves, el empleador deberá informar inmediatamente a la Inspección del Trabajo y a la Secretaría Regional Ministerial de Salud que corresponda, acerca de la ocurrencia de cualquiera de estos hechos. En estos mismos casos, el empleador deberá suspender de forma inmediata las faenas afectadas y, de ser necesario, permitir a los trabajadores la evacuación del lugar de trabajo. La reanudación de faenas sólo podrá efectuarse cuando, previa fiscalización del organismo fiscalizador, se verifique que se han subsanado las deficiencias constatadas.

Esta obligación de informar resulta indispensable, sin embargo la imposición de que tras el acontecimiento de un accidente deba suspenderse la faena hasta que el organismo fiscalizador autorice su reanudación, resulta desproporcionada. Esto es así, especialmente en el caso de aquellas empresas, obras o faenas de gran extensión; en las que sus labores operen de manera independiente y en aquéllas impostergables, como la cosecha de la fruta. Los estudios de las causas de los accidentes, así como la verificación de que se solucionaron las deficiencias, pueden tomar mucho tiempo, perjudicando a todas las partes.

Empresas de Servicios Transitorios.

1) Patrimonios que garantizan los derechos de los trabajadores.

La ley garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores transitorios, mediante tres patrimonios distintos:

- a) El de la Empresa de Servicios Transitorios, directamente.
- b) El de la empresa usuaria, subsidiariamente.
- c) La garantía 500 UF (quedó 250 UF en la ley) o más, que deben constituir las Empresas de Servicios Transitorios en la Dirección del Trabajo para responder por estas obligaciones.

A juicio de la CPC esta triple protección resulta excesiva e innecesaria, transformando a estos trabajadores en los más protegidos del mercado laboral. La responsabilidad subsidiaria constituye una carga muy importante. Asimismo, el monto de la garantía resulta muy alto. Ambas podrían constituir una barrera de entrada a los nuevos actores y un serio impedimento para los ya existentes, promoviendo así la concentración de la actividad. Obviamente, las pymes serán las principales perjudicadas.

2) Ámbito de aplicación de los trabajos transitorios.

la ley señala que sólo podrá celebrarse un contrato de puesta a disposición de trabajadores temporarios cuando en la usuaria se den algunos casos.

Este ámbito de aplicación resulta bastante restringido, permitiéndose sólo en circunstancias muy específicas.

Al respecto, no existen fundamentos para no permitir la celebración de este contrato en relación a las actividades en las que expresamente se prohíben.

Por ejemplo, especial reparo nos merece el caso de la huelga, pues es en esta situación en la que la contratación de trabajadores de reemplazo por el plazo en que se mantenga la paralización de las actividades no sólo es admisible, sino que, además, está expresamente reconocida por nuestro legislador si se cumplen determinados supuestos. Evidentemente, en muchos casos, la mejor forma de incorporar a los trabajadores que reemplazarán legalmente a los que se encuentran en huelga será a través de la provisión de trabajadores temporarios, situación que, además, apunta a que el trabajador en huelga pueda recuperar sin problemas su empleo, por cuanto sólo se trata de un reemplazo esencialmente temporal.

3) Plazos de duración de los trabajos transitorios.

La ley establece duraciones determinadas para las distintas hipótesis en que procede el trabajo transitorio.

Estas duraciones resultan muy breves, aún para el tipo de actividades que se trata de realizar. Procediendo sólo en los casos expresamente señalados y existiendo los debidos resguardos, como lo establece el proyecto, debieran fijarse lapsos máximos de tiempo para estos contratos, como ocurre en otras legislaciones.

4) Prohibición de relaciones entre Empresas de Servicios Transitorios y Empresas Usuarias.

Las Empresas de Servicios Transitorios no pueden ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas, ni tener interés directo o indirecto, participación o

relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios.

Esta prohibición resulta excesivamente restrictiva. Existen muchas Empresas de Servicios Transitorios serias y responsables que tienen algún grado de relación con empresas usuarias. Ellas se han organizado de esta forma, con el fin de ganar eficiencia y no para evadir el cumplimiento de la legislación laboral o previsional, ya que para la seguridad de esto último se contempla la responsabilidad subsidiaria. No resulta conveniente impedirles operar de esta manera.

5) Necesidad de tener objeto social exclusivo.

Las Empresas de Servicios Transitorios deben tener como objeto social, sólo la puesta a disposición de terceros trabajadores transitorios, seleccionarlos y capacitarlos.

Esto privará a muchas entidades de seguir incursionando en este campo o las obligará a crear empresas relacionadas, con las complicaciones y mayores costos que ello acarreará. Especial mención merece el caso de los centros educacionales o de capacitación que, por su naturaleza, resultan muy aptos para proveer personal de servicios transitorios.

CONCLUSIONES.

Se puede afirmar que la regulación anterior, entiéndase los citados artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo y la jurisprudencia administrativa y judicial, era, en el papel, garantista de los derechos laborales y previsionales de los trabajadores, sin embargo, en la práctica, estos igualmente se veían menoscabados en ellos. Esto porque el trabajador podía exigir de manera subsidiaria la responsabilidad del principal, sólo en el caso que el contratista no responda, lo que hacía que el trabajador se viera envuelto en un largo proceso judicial para exigir la responsabilidad del contratista en el cual muchas veces no lograba nada, ya que éste no tenía bienes, terminaba como sociedad o simplemente quebraba. Otro elemento no menor, es el hecho de que los propios dueños de empresas tenían participación en empresas contratistas o eran familiares o relacionados con los que ofrecían los servicios subcontratados, no existiendo ningún tipo de control para detectar esto.

Con la nueva legislación, se delimita de mejor forma el concepto de subcontratación, separando lo que se entiende por subcontratación en sentido amplio (como forma de externalización de funciones) de la subcontratación en sentido restringido que es la que recoge el artículo 183 – A. En dicho artículo se señalan los requisitos que deben existir para que estemos en presencia de trabajo en régimen de subcontratación. La definición dada por la norma en comento, si bien no es perfecta, sí resulta más clara a la hora de enfrentarse con esta materia e interpretar las consecuencias jurídicas de la subcontratación. Otro acierto de la ley 20.123 es la de regular el suministro de personal, asunto que en la anterior

legislación no estaba contemplado. Así, se separan y regulan claramente ambas instituciones.

Otro cambio que ha resultado más polémico es el cambio de responsabilidad de la empresa principal, esto es, de subsidiaria a solidaria. Sin embargo, dicho cambio no es del todo perjudicial para la empresa principal, pues se le dan a ésta los derechos de información y retención, los cuales, de ser ejercidos correctamente, tienen como efecto mantener la responsabilidad subsidiaria. Se ha sostenido por algunos sectores que no le corresponde a la empresa principal ejercer funciones fiscalizadoras respecto de sus contratistas, señalando que ésta, en primer lugar, es una labor del ente estatal fiscalizador, en este caso la Inspección del Trabajo. Sin embargo, como lo han señalado los mismos sectores que hacen la observación en comento, el Estado es mal fiscalizador y por ende la nueva normativa pretende incentivar a los privados a que ellos realicen esta labor, lo cual concuerda plenamente con la disminución de responsabilidad establecida en el artículo 183-C del nuevo Código del Trabajo. Desde un punto de vista económico, los que están en mejor situación para garantizar los derechos laborales y previsionales son los privados ya que ellos son los que manejan sus operaciones.

Concordamos con la opinión de la Profesora Ximena Gutiérrez²², sobre las expectativas de los trabajadores respecto de la ley 20.123 detonadas por el caso Codelco, en el sentido de que la ley en comento no obliga en ningún caso a negociar colectivamente a la empresa mandante con los trabajadores

²² www.derecho.uchile.cl/noticias/2007/agosto/ley_subcontratacion_profesora_ximena_gutierrez

de sus contratistas, no impide externalizar labores adscritas al giro principal, ni tampoco obliga a equiparar beneficios de trabajadores contratados y subcontratados. La ley sólo regula una situación existente en los hechos y establece los responsables por las obligaciones laborales y previsionales estableciendo regimenes de responsabilidad.

Ahora bien, ¿debió la ley regular los puntos señalados? Según nuestro parecer, la subcontratación es el resultado de la evolución de operar que han tenido las empresas a lo largo de la historia reciente, como una forma de optimizar sus procesos productivos y de esa manera hacerse más competitiva. Esto ha sido aceptado, más aún incentivado por el derecho positivo, existiendo regulación para resguardar a los trabajadores de perjuicios directos en sus derechos, por lo que imponer regulación al tipo de actividades que se puedan subcontratar o que se igualen las remuneraciones de trabajadores de planta y trabajadores subcontratados escapa al espíritu de toda la normativa existente y constituiría una invasión al ámbito privado. Si bien, desde el punto de vista moral, es injusto que un trabajador reciba una remuneración menor a otro que hace sus misma labor en la misma obra empresa o faena, ello no es subsanable por la vía de la regulación laboral, ya que dicha tarea corresponde a la sociedad toda en el entendido de que es el sistema el que provoca estas distorsiones.

No obstante lo anterior, si los trabajadores subcontratados se unen, provocando así la reacción de las empresas contratistas, la situación podría equilibrarse de tal forma que las empresas mandantes accedan a otorgar

mayores beneficios a los trabajadores, mediante mecanismos como la negociación colectiva interempresas muy resistida por el empresariado.

Otra vía para ir protegiendo los derechos de los trabajadores es dejar que la Dirección de Trabajo haga su trabajo de fiscalizador, dejando atrás aquel predicamento de que este ente no puede interpretar las normas jurídicas para fiscalizar, siempre y cuando esta interpretación sea para dicho fin y no se torne abusiva. Decimos esta última cuestión, porque fallos recientes, recaídos en recursos de protección que se han interpuesto a propósito de la nueva normativa que regula la subcontratación, han señalado que la Dirección del Trabajo no puede interpretar ni calificar, pero esto es coartar cualquier intento del ente fiscalizador de actuar toda vez que, según nuestro parecer, fiscalizar implica interpretar la norma jurídica, contrastarla con el caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA.

1. HUMERES, H. 2006. La ley de subcontratación y sus implicancias en las relaciones de trabajo al interior de la empresa. En: Seminario derecho laboral régimen de subcontratación ley 20.123. Santiago: 5 de julio de 2006. Universidad del Desarrollo.
2. FIGUEROA, C. y SCHWENKE, E. El suministro de trabajadores y las empresas de servicios temporarios. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Santiago. 2002.
3. MILLON, P. La responsabilidad subsidiaria en la legislación laboral, Editorial Conosur, Santiago. 2001
4. PALAVECINO, C. Subcontratación: Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Editorial Jurídica, 2006. 121p.
5. POBLETE, C. La simulación en el ámbito laboral. En: Revista Laboral Chilena, N° 2-3, febrero-marzo, 1996.
6. THAYER, W. y NOVOA, P. Manual de Derecho del Trabajo, 3ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
7. HALPERN, C. El Nuevo Fenómeno Organizativo: Causas e Implicancias. En: Seminario derecho laboral régimen de subcontratación ley 20.123. Santiago, 4 de julio de 2006, Universidad del Desarrollo.
8. CONCHA, C. Ley de Subcontratación y sus Implicancias en el actual Modelo Organizativo de La Empresa, desde la Óptica del Derecho

Corporativo. En: Seminario derecho laboral régimen de subcontratación ley 20.123. Santiago, 4 de julio de 2006, Universidad del Desarrollo.

9. ECHEVERRÍA, M., SOLÍS V., URIBE-ECHEVERRÍA, V. El otro Trabajo, el suministro de trabajadores en las empresas. Dirección del trabajo, Departamentos de Estudios, cuaderno de investigación número 7, Santiago, Chile, 1998.
10. WELSH, M. Análisis del Proyecto de Ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación y Regulación de las Empresas de Servicios Transitorios en Chile. Investigación jurídica para optar al grado de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 2004.
11. SCHNAKE, A. Análisis Crítico del Proyecto de Ley de Subcontratación. Investigación jurídica para optar al grado de Licenciado en Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 2006.
12. Análisis Legal y Doctrinal del Artículo 478 del Código del Trabajo.