

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**ANÁLISIS Y ESTUDIO DE LA LEY N° 20.123 QUE REGULA EL TRABAJO EN
REGIMEN DE SUBCONTRATACION, FUNCIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS
DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y DEL CONTRATO DE SERVICIOS
TRANSITORIOS DE LA DOCTRINA EN GENERAL Y LA LEGISLACION
COMPARADA.**

AUTOR: DIONOR SOLÍS ROJAS

PROFESOR GUIA: RICARDO JURI SABAG

SANTIAGO. CHILE

2007

INDICE

INTRODUCCIÓN 121

CAPITULO PRIMERO

DOCTRINA GENERAL SOBRE EL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES Y DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TRANSITORIO 14

1.	DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN	15
1.1.	INTRODUCCIÓN AL TEMA. ORIGEN DEL PROBLEMA.....	15
1.2.	CONCEPTO DE SUBCONTRATACIÓN.....	16
1.3.	LA EXTERNALIZACIÓN.....	19
1.4.	FACTORES QUE ORIGINAN LA SUBCONTRATACIÓN.	23
2.	MODALIDADES QUE ADMITE LA SUBCONTRATACIÓN.	29
2.1.	SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS O DE SERVICIOS.....	29
2.2.	SUBCONTRATACIÓN PRIMARIA O SECUNDARIA.....	29
2.3.	SUBCONTRATACIÓN TEMPORAL Y PERMANENTE.....	31
2.4.	SUBCONTRATACIÓN INTERNA Y EXTERNA.....	32
2.5.	SUBCONTRATACIÓN CON CONTRATISTA COMO AGENTE INTERMEDIARIO O DEPENDIENTE DE LA EMPRESA PRINCIPAL.	33
3.	OBJETO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN GENERAL	34
3.1.	CONCEPTUALIZACIÓN.....	34
3.2.	SUBCONTRATACIÓN DE LA PRODUCCIÓN DE BIENES Y SERVICIOS....	35
3.3.	SUBCONTRATACIÓN DE TRABAJO.....	35
4.	RELACIONES Y SUJETOS QUE PARTICIPAN EN LA SUBCONTRATACIÓN PROPIAMENTE TAL.....	36
4.1.	LA EMPRESA PRINCIPAL O USUARIA DE SERVICIOS.	36
4.2.	EMPRESA CONTRATISTA O INTERMEDIARIO.....	37
4.3.	EL TRABAJADOR SUBCONTRATADO.....	38
4.4.	RELACIONES QUE SE ORIGINAN EN LA SUBCONTRATACIÓN PROPIAMENTE	

TAL.....	39
5. VARIANTES O CONDICIONES EN QUE SE DESARROLLA EL TRABAJO EN SUBCONTRATACIÓN Y DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.....	40
5.1. RECINTO O LUGAR DÓNDE SE DESARROLLA EL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN EN GENERAL.....	41
5.2. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN.....	43
5.3 LA SUBCONTRATACIÓN GENERAL EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD PRINCIPAL DE LA EMPRESA.....	45
5.4. NIVELES DE ESPECIALIZACIÓN EN LA SUBCONTRATACIÓN GENERAL.....	47
6. DIMENSIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN Y DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN NUESTRA ECONOMÍA.....	49
6.1. MEDICIÓN DE LA EXPANSIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN Y DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.....	50
6.2. MAGNITUD DE LA EXTERNALIZACIÓN EN LA MINERÍA.....	54
7. DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	60
7.1. CONCEPTO.....	60
7.2 REQUISITOS DE EXISTENCIA Y DE ACTUACIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.....	62
7.3 SUPUESTOS PARA PODER UTILIZAR LOS SERVICIOS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.....	63
7.4 DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.....	64
7.5. SUJETOS Y RELACIONES QUE ORIGINA EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.....	65

CAPITULO SEGUNDO

LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.123.....	75
--	----

1. ASPECTOS GENERALES. 72

2. DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA. 72	
3. DETERMINACIÓN DEL SENTIDO Y ALCANCE DE ESTA RESPONSABILIDAD	

SUBSIDIARIA.....	73
3.1 RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA.	73
3.2 DE QUÉ OBLIGACIONES RESPONDE SUBSIDIARIAMENTE EL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA.....	76
3.3. OBLIGACIONES A LAS QUE NO SE EXTIENDE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.....	77
3.4. JURISPRUDENCIA DISIDENTE: LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA NO ES POSIBLE LIMITARLA, SE EXTIENDE A LAS INDEMNIZACIONES POR AÑOS DE SERVICIOS Y OTROS PAGOS.....	80
3.5. TRABAJADORES A LOS QUE FAVORECE ESTA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA Y HASTA QUÉ PERÍODO.....	83
3.6 TENDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA SOBRE LA MATERIA.....	85
4. LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CONTRATISTA:	86
5. DERECHOS DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA, DEL CONTRATISTA Y DE LOS TRABAJADORES.....	87
5.1. DERECHOS DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA.	87
5.2 DERECHOS DE LOS CONTRATISTAS.....	89
5.3 DERECHO PARA DEMANDAR SUBSIDIARIAMENTE QUE TIENE EL TRABAJADOR:	89
6. CASO EN QUE NO PROCEDE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.....	90
7. PARALELO ENTRE LOS ARTÍCULOS 64, 64 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO Y LA LEY N° 20.123.....	90

CAPITULO TERCERO

ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS DEL MENSAJE Y DISCUSIÓN EN GENERAL DE LA LEY N° 20.123. 94

1. ANTECEDENTES Y ETAPAS DE LA TRAMITACIÓN DE LA LEY N° 20.123.....	94
1.1 ANTECEDENTES.	94

1.2	SINTESIS DE LAS ETAPAS DE TRAMITACIÓN DE LA LEY N° 20.123.	97
1.2.1	PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO.....	98
1.2.2	SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL: CÁMARA DE DIPUTADOS....	101
1.2.3	TERCER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO	103
1.2.4	TRÁMITE VETO PRESIDENCIAL: SENADO	105
1.2.5	TRÁMITE VETO PRESIDENCIAL CÁMARA DE DIPUTADOS.....	112
1.2.6	TRÁMITE EN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	113
1.2.7	TRÁMITE OFICIO DEL SENADO AL EJECUTIVO. PUBLICACIÓN DE LA LEY N° 20.123.....	122
2.	FUNDAMENTOS DEL MENSAJE QUE ACOMPAÑA AL PROYECTO	122
2.1.	LA UTILIDAD Y NECESIDAD DE REGULAR LA ACTIVIDAD DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	122
2.2.	DELIMITACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN.	125
2.3.	ESTABLECIMIENTO DE PRESUNCIONES LEGALES A FAVOR DE LOS TRABAJADORES TRANSITORIOS.....	125
2.4.	ESPECIAL PROTECCIÓN A LA MUJER TRABAJADORA.....	126
2.5.	EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	128
2.6	ESTABLECIMIENTO DE LIMITACIONES PARA LAS EMPRESAS DE SERVICIO TRANSITORIO Y DE SU INSCRIPCIÓN EN UN REGISTRO ESPECIAL.	129
2.7.	FUNCIÓN FISCALIZADORA DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.....	130
3.	DISCUSIÓN EN GENERAL DEL PROYECTO DE LEY Y SUS OBJETIVOS.	131
3.1.	DISCUSIÓN EN GENERAL	131
3.1.1.	EXISTENCIA DE UN COMPROMISO SOCIAL SOBRE EL TEMA.	131
3.1.2	DE LA ADECUACIÓN A LA REALIDAD ECONÓMICA LABORAL.....	132
3.1.3	LA EXTERNALIZACIÓN DE FUNCIONES.....	133
3.1.4.	DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.....	134
3.1.5	DE LA SUBCONTRATACIÓN.....	138
3.2	PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA LEY NÚMERO N° 20.123.....	140
3.2.1.	LA CREACIÓN DE UN MARCO JURÍDICO ADECUADO.	141

3.2.2. APORTES EN LA FORMALIZACIÓN DEL EMPLEO ASALARIADO:	143
3.2.3. FIGURAS FLEXIBLES Y LA EXTERNALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS.	144
3.2.4 ESTABLECIMIENTO Y REGULACIÓN DE RESPONSABILIDADES DE CARÁCTER SUBSIDIARIO Y SOLIDIARIA.	144
3.2.5. CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS.....	145

CAPITULO CUARTO

CONTENIDO DE LA LEY N° 20.123 QUE REGULA EL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, EL FUNCIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

147

1. DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.....	147
1.1 CONCEPTO Y SUJETOS.....	147
1.1.1 CONCEPTO DE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.....	147
1.1.2 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA SUBCONTRATACIÓN.....	148
1.2 MARCO DE APLICACIÓN DE ESTAS NORMAS.....	149
1.3. QUÉ TRABAJO, OBRAS O SERVICIOS PUEDEN SER OBJETO DE LA SUBCONTRATACIÓN.	149
1.4 REQUISITOS QUE LA LEY EXIGE PARA ESTAR DENTRO DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.....	152
1.5 ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS LEGALES.	153
1.6 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES.....	156
1.7. RESPONSABILIDADES QUE ESTABLECE LA LEY EN LA SUBCONTRATACION.	159
1.7.1 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL.	160
1.7.2 LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONTRATISTA.	166
1.7.3 LÍMITES A ESTAS RESPONSABILIDADES SOLIDARIAS.	166
1.7.4. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL Y DEL	

CONTRATISTA.....	167
1.7.5. LÍMITE A LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.....	169
1.7.6 RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL EMPLEADOR EN CASO DE SIMULACIÓN.	169
1.8 DERECHOS QUE OTORGA LA LEY N° 20.123 A LOS SUJETOS EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.	170
1.8.1 DERECHOS DEL TRABAJADOR.	170
1.8.2 DERECHOS DE LA EMPRESA PRINCIPAL.....	170
1.9. OBLIGACIONES QUE ESTABLECE LA LEY N° 20.123 EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.	172
1.9.1. DEBER DE PROTECCIÓN A LA VIDA Y SALUD DE LOS TRABAJADORES.	172
1.9.2 OBLIGACIÓN DIRECTA DEL EMPLEADOR, DE RESPETAR TODOS LOS DERECHOS QUE LAS LEYES LABORALES LE OTORGUEN A SUS TRABAJADORES.	173
1.9.3 DEBER DE VIGILANCIA Y DE CONFECCIONAMIENTO DE UN REGLAMENTO ESPECIAL.....	173
1.9.4 DEBER DE INFORMAR DEL EMPLEADOR EN CASO DE ACCIDENTES DEL TRABAJO.....	175
1.9.5 OBLIGACIÓN DE SUSPENDER LAS FAENAS AFECTADAS.....	175
1.9.6 SANCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE ESTA LEY.....	176
1.9.7 OBLIGACIÓN Y FACULTAD QUE TIENE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.	176
2. DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	178
2.1 CONCEPTOS.	178
2.2. REQUISITOS DE EXISTENCIA DE LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS.	179
2.3. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	179
2.3.1. REQUISITO QUE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS NO SEAN MATRICES, FILIALES, ETC. DE LA USUARIA	180

2.3.2	REQUISITO LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS DEBERÁN ESTAR INSCRITAS EN UN REGISTRO PÚBLICO Y ESPECIAL.....	181
2.3.3	REQUISITO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR UNA GARANTÍA PERMANENTE QUE TIENEN LAS E.S.T.	187
2.4.	SANCIÓN A LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS QUE ACTÚE SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO..	191
3.	DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE TRABAJADORES.....	192
3.1	CONCEPTO	192
3.2	REQUISITOS DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN.	192
3.3	SANCIÓN POR LA FALTA DE ESCRITURACIÓN DE ESTE CONTRATO..	193
3.4	CAUSALES QUE PERMITEN CELEBRAR UN CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN.....	194
3.5	PLAZO DE DURACIÓN DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE TRABAJADORES.	196
3.5.1	PRÓRROGA DEL PLAZO DE DURACIÓN DE ÉSTE CONTRATO.	196
3.5.2	PLAZO MÁXIMO DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN TRATÁNDOSE DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD.....	197
3.6	PROHIBICIÓN DE CELEBRAR ESTE TIPO DE CONTRATO.....	197
3.7	SANCIÓN POR INFRINGIR ESTA PROHIBICIÓN.....	198
3.8	NULIDAD DE LA CLÁUSULA DEL CONTRATO.....	198
3.9	FACULTAD DE REVISIÓN DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO.....	199
4.	DEL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	200
4.1	CONCEPTO	200
4.2	REQUISITOS DEL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS.	200
4.3	TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS EN UN CONTRATO DE PLAZO INDEFINIDO.	201
4.4	SANCIÓN POR CONTRATOS CELEBRADOS EN FRAUDE DE LA LEY.	202
4.5	DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE LE ENTREGA LA LEY A LA USUARIA.	203
4.5.1	CONTROL Y REGISTRO DE LA ASISTENCIA DEL TRABAJADOR DE SERVICIOS	

TRANSITORIOS.....	203
4.5.2 RESPETO A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES Y RESERVA DE INFORMACIÓN.....	203
4.5.3 DEBER DE INFORMAR Y ENTREGAR EL REGLAMENTO INTERNO AL TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS.	204
4.5.4 DEBER DE CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO DE LO CONVENIDO ENTRE EL TRABAJADOR Y LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	204
4.5.5 DERECHO DE ORGANIZAR Y DIRIGIR EL TRABAJO.....	205
4.6 SANCIONES LEGALES PARA LA USUARIA.....	205
4.7 RESPONSABILIDAD LEGAL DE LA USUARIA.	206
4.7.1 RESPONSABILIDAD DE CARÁCTER SUBSIDIARIA.....	206
4.7.2 LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA USUARIA.	208
4.7.3 OTRAS RESPONSABILIDADES DE LA USUARIA	209
4.8 PROHIBICIÓN Y OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	209
4.8.1 PROHIBICIÓN DE EFECTUAR COBRO AL TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	209
4.8.2 OBLIGACIÓN DE CAPACITACIÓN A SUS TRABAJADORES.	210
4.8.3 OBLIGACIÓN DE VERIFICACIÓN.	210
4.8.4 OBLIGACIÓN DE REMUNERAR.	210
4.9 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS.	210
4.9.1 OBLIGACIÓN ESENCIAL DEL TRAJADOR.....	210
4.9.2 OBLIGACIÓN DE CUMPLIR EL REGLAMENTO DE LA USUARIA.....	210
4.9.3 DERECHO A PERCIBIR LA REMUNERACIÓN CONVENIDA.	211
4.9.4 DERECHO DEL TRABAJADOR A LA INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA POR FERIADO.	211
4.9.5 DERECHO AL FUERO MATERNAL.	212
5. NORMAS TRANSITORIAS SOBRE LA VIGENCIA DE LA LEY N° 20.123....	215
5.1. SITUACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS VIGENTES A LA	

DICTACIÓN DE LA LEY N° 20.123.....	215
5.2 ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.123.	215
5.3 ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS PRIMERO Y SEGUNDO TRANSITORIOS.	215

CAPÍTULO QUINTO

LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TRANSITORIO. 219

1. DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN EN ESPAÑA.	219
1.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN.	220
1.2 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA SUBCONTRATACIÓN.....	220
1.3. REQUISITOS DE LA SUBCONTRATACIÓN.	222
1.4. LÍMITES O EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN.	224
1.5 DEL REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS.	225
1.6 DEBERES, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES QUE GENERA ESTA LEY ESPAÑOLA.....	226
1.7 DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.	230
1.8 DE LAS INFRACCIONES A ESTA LEY Y SUS SANCIONES.	231
1.9 ALGUNAS DISPOSICIONES ADICIONALES TRANSITORIAS Y FINALES DE ESTA LEY.....	231
2. ANÁLISIS DE ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.	237
INTRODUCCIÓN.....	237
2.1 REQUISITOS LEGALES PARA CONSTITUIRSE Y ACTUAR COMO UNA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	238
2.2. SUPUESTOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.....	245
2.3 ACTIVIDADES EXCLUIDAS O PROHIBIDAS DEL RÉGIMEN DE EMPLEO TEMPORAL.....	249
2.4 DE LA FORMALIZACIÓN, DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO TEMPORAL Y DE LAS CONDICIONES DEL TRABAJO SUMINISTRADO. ...	251

2.5 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y SUBSIDIARIA ENTRE LAS E.T.T. Y LA
USUARIA:.....255

CAPITULO SEXTO

SISTEMATIZACION DE LOS INCONVENIENTES, VACIOS Y APORTES QUE PRESENTA LA
LEY N° 20.123. PLANTEAMIENTOS DE ALGUNAS SOLUCIONES SOBRE EL TEMA
.....270

1. INTRODUCCION AL TEMA270

2. DE LOS INCONVENIENTES, PROBLEMAS O VACIOS QUE PRESNETA LA LEY
.....270

3. DE LOS APORTES QUE PRESENTA LA LEY

CONCLUSIONES 258

TABLA DE ABREVIATURAS. 277

BIBLIOGRAFÍA 278

INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo nuevas formas de trabajo han irrumpido y se han desarrollado en la economía, como lo han sido el trabajo en régimen de subcontratación y el suministrado por las Empresas de Servicios Transitorios. Todo ello en virtud de la llamada “globalización de los mercados internacionales”, ayudado por el principio de la “flexibilidad de los procesos de producción y de contratación laboral”, lo cual ha originado la creación de un nuevo orden económico, debiendo las empresas adecuarse a estos cambios a través de la innovación en diferentes estructuras en su organización, radicadas esencialmente en una mejor distribución de sus recursos técnicos y humanos, apareciendo así una “empresa flexible” que pueda disponer de mano de obra según las necesidades del mercado, permitiéndose variar tanto en cantidad como en calidad de sus operarios, surgiendo con ello nuevas y atípicas formas de contratación laboral.

Por tal motivo el legislador, tomando en cuenta estos factores de transformación económica, ha debido adoptar y crear normas que regulen la contratación de los trabajadores bajo dichas exigencias del mercado.

Es así como se dicta la Ley N° 20.123 que viene a establecer un Título VII en el Libro I del Código del Trabajo, llamado “Del Trabajo en Régimen de Subcontratación y del Trabajo en Empresas

de Servicios Transitorios”, modificando con ello la precaria e insuficiente legislación que pretendía regular estas materias, donde la solución de los conflictos originados por los numerosos vacíos legales que presentaba quedaba entregada a la decisión administrativa o bien jurisprudencial.

Luego, nuestro estudio tiene por objeto analizar esta ley, particularmente los nuevos regímenes de trabajo que se crean y a las llamadas Empresas de Servicios Transitorios. Con dicha finalidad, esta investigación se ha dividido en seis capítulos que serán desarrollados de la siguiente manera:

En el Capítulo Primero se aborda desde un punto de vista doctrinario el trabajo en régimen de subcontratación, los factores que lo originan, su objeto, las modalidades que admite, las relaciones y sujetos que nacen de esta forma de trabajo, así como las variantes o condiciones en que se desarrolla. También se analiza el suministro de trabajadores y a las Empresas de Servicios Transitorios, los supuestos de su actuación, las relaciones contractuales que originan y los sujetos que intervienen.

En el Capítulo Segundo, se hace un estudio de toda la legislación anterior a la Ley N° 20.123, particularmente a los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, hoy derogados, pero que en su esencia son recogidos por la nueva normativa, por ello analizamos también los fallos judiciales que resolvían los conflictos laborales basados en esos artículos.

En el Capítulo Tercero se pretende investigar todos aquellos antecedentes que dieron origen a esta nueva normativa, así como los fundamentos con que se acompañó el Mensaje del Ejecutivo, haciéndose además una síntesis de las etapas de la tramitación y discusión del proyecto de ley ante el Congreso, para ver así las dificultades que presentó y el criterio técnico y/o político con que se resolvieron.

En el Capítulo Cuarto se hace un completo análisis del contenido de esta ley, partiendo por desarrollar el tema del trabajo en régimen de subcontratación, distinguiendo los diversos sujetos que intervienen en ella, así como el marco de aplicación de estas normas, los requisitos y consecuencias jurídicas ante su incumplimiento, las responsabilidades que se establecen y los derechos y obligaciones que nacen en virtud de este régimen; para posteriormente desarrollar el segundo tema de la ley, que son las Empresas de Servicios Transitorios y el Trabajo Suministrado, analizándose los

conceptos, requisitos y sanciones para estas Empresas, así como también se estudian los contratos de puesta a disposición y el contrato de trabajo de servicios transitorios, para concluir revisando las normas transitorias sobre vigencia de esta nueva ley y la situación de aquellas Empresas de Servicios Transitorios anteriores a esta normativa.

En el Capítulo Quinto, se pretende hacer un estudio de investigación comparativa entre nuestra legislación sobre trabajo en régimen de subcontratación y la nueva Ley Española N° 32/2006 que rige esta materia, aún cuando sea sólo de alcance sectorial.

Además, se señala cómo se ha desarrollado y regulado el trabajo suministrado por las Empresa de Servicios Transitorios en otros ordenamientos jurídicos, particularmente en algunos países europeos, como también en Argentina.

Finalmente, en el Capítulo Sexto, para facilitar una adecuada comprensión de esta nueva legislación, se ha desarrollado en forma sistemática todos los inconvenientes o vacíos que presenta, tratando además de buscar algunas soluciones sobre dichos puntos, sin dejar de analizar también los aportes que ha significado para nuestro ordenamiento jurídico laboral esta normativa.

CAPITULO PRIMERO

DOCTRINA GENERAL SOBRE EL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES Y DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TRANSITORIO.

1. DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN

ALCANCE GENERAL

Es preciso señalar que bajo la denominación “subcontratación” se mezclan y confunden dos temas distintos, el de la subcontratación propiamente tal y el suministro de trabajadores, función esta última que es realizada por las llamadas Empresas de Servicios Transitorios, y que analizaremos por separados, como acertadamente lo hace nuestra legislación, delimitando la subcontratación exclusivamente a la ejecución de obras o servicios, por cuenta y riesgo del contratista o subcontratista y excluyéndola del suministro de mano de obra, considerándola otra figura laboral.

Si bien son materias que tienen puntos en común como por ejemplo la externalización de la producción y del trabajo, la flexibilidad en la contratación, la trilateralidad contractual, etc. También no es menos cierto, que difieren en cuanto a su naturaleza misma y enfoque esencial, por lo que nosotros veremos éstos y otros puntos en ambas materias, pero bajo supuestos diferentes.

1.1. INTRODUCCIÓN AL TEMA. ORIGEN DEL PROBLEMA.

Se produce en estos tiempos la irrupción de nuevas formas de contratación laboral, llamadas “contrataciones atípicas”, “empleos no institucionales” o “neocontractualismo”, fenómenos que consisten en la sustitución del trabajo asalariado, garantizado por disposiciones legales, por nuevas formas de contratación que excluyen algunos de los elementos sustanciales de la relación laboral clásica, generando un trabajo de inferior calidad, con carencia en general, de normas protectoras para

los trabajadores, todo esto es, fruto del ajuste y adecuación efectuada por las empresas sobre la mano de obra, para adaptarse así, a los cambios económicos que se estaban produciendo, frente a un mercado cada vez más abierto y competitivo.

Lo novedoso sobre este punto, es que el ámbito atípico de las contrataciones laborales se ha ido extendiendo a otras áreas del derecho, disputándole terreno cada día a las contrataciones tradicionales, surgiendo así nuevas formas de contratos que de una u otra forma se alejan de las teorías clásicas.

Así aparece la subcontratación como una forma de contratación atípica, siendo su existencia parte de una realidad socioeconómica innegable y que presenta aspectos negativos y positivos, destacándose dentro de los efectos negativos la precarización del empleo, esto es, la pérdida paulatina de los derechos laborales reconocidos legalmente en favor de los trabajadores, convirtiéndose así en una forma de empleos desprotegidos o de mala calidad, siendo necesario determinar en qué casos y de qué forma estos nuevos tipos de contrataciones constituirían fuente de precarización.

Por último, precisemos que las contrataciones atípicas, alejadas de la contratación laboral tradicional han existido desde hace tiempo, pero referidas sólo a casos particulares y claramente determinados, como por ejemplo sobre el trabajo eventual o estacional, contrataciones para facilitar la entrada a nuevos grupos de trabajadores potenciales, para movilizar mano de obra a un costo relativamente bajo¹.

1.2. CONCEPTO DE SUBCONTRATACIÓN.

Conceptualizar la subcontratación es una labor difícil ello porque este término hace referencia a procesos complejos de la organización del trabajo, como así mismo se refiere a las diversas relaciones jurídicas que se originan producto las distintas contrataciones que se dan en esta figura, como también a una serie de relaciones materiales derivadas de las prestaciones mismas que deben realizar los operarios, además porque la propia doctrina tiene un amplio catálogo de definiciones para esta materia.

¹ Caire Guy, “El trabajo Precario en la Regulación del Mercado Laboral. El Crecimiento del Empleo Atípico en Europa Occidental”, Págs. 113 a 185, Madrid, MTSS, 1992.

En sí la subcontratación es un problema candente para las instituciones del trabajo no sólo en nuestro país, sino también en ámbito internacional, como quedo demostrado en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT número 85², donde se abordó éste tema, sin que se llegará a una resolución partiendo de la dificultad por lograr coincidir en una definición universal sobre el tema que satisfaga y comprenda, por una parte, las formas que toma la subcontratación en los distintos contextos nacionales y por otra, los distintos niveles de legitimidad y regulación con que cuenta en cada uno de ellos.

Se enfrentaba la Conferencia Internacional del Trabajo con la necesidad de definir un concepto jurídico de régimen de subcontratación que fuese lo suficientemente amplio para responder a toda la problemática que se deseaba abordar, mediante la inclusión de éste tema en su agenda, pero también lo suficientemente preciso como para poder definir obligaciones susceptibles de aplicarse en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros que componen la OIT, es decir, se pretendía lograr un texto jurídico único que pudiera respetar, por ejemplo el espíritu de los sistemas del Common Law como del sistema Romano- Germánico, los que ofrecen la característica de llegar a las mismas soluciones pero a través, de metodologías y formas de razonamiento jurídico opuestos.

Sin embargo, pese a todas estas dificultades señaladas y a la amplitud del término es posible señalar algunos conceptos de subcontratación:

i) En primer lugar podemos definir la subcontratación como aquel acuerdo que se celebra entre una persona o empresa con un contratista, para que el mismo realice determinados trabajos aportando sus propios conocimientos, herramientas capitales y personal³. Esta definición se ajusta por ejemplo a

² En su reunión anual de 1998 los delegados que acudieron a la Conferencia Internacional de Trabajo no pudieron ponerse de acuerdo sobre la adopción de un convenio y una recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, tema que figuraba en su orden del día en virtud de una decisión del Consejo de Administración tomada en abril de 1995. Conforme al reglamento de la Conferencia Internacional del trabajo, se había llevado a cabo una primera discusión, en 1997, en el curso de la cual quedó de manifiesto las dificultades conceptuales que enfrentaba este tema.

³ A. Bronstein “La Subcontratación Laboral” Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, República Dominicana Abril de 1999.

las prácticas prevalecientes en la industria de la construcción en donde una persona o empresa que es dueño de la obra contrata una construcción civil con un constructor o arquitecto (llamado contratista), quién a su vez subcontrata partes de la obra con diversos gremios, albañiles, electricistas, obreros etc. Sin embargo ésta no es la única forma de subcontratación; son muy numerosas las industrias distintas de la construcción en donde también se recurre a la subcontratación. Por tanto, más que hablar de una sola forma de subcontratación, convendría hablar de las distintas formas de arreglos o prácticas que se conocen bajo el nombre de ésta figura, y preguntarnos si es posible establecer alguna tipología de ellas. Por esta vía llegaremos a distinguir por lo menos la subcontratación de producción, la de obra, la de servicios, la de tareas y la de mano de obra.

ii) Otro concepto que pretende abarcar un mayor rango de formas de subcontratación señala que “el trabajo en régimen de subcontratación; es aquella prestación realizada para una persona física o jurídica, por un sujeto llamado trabajador, cuando el trabajo lo realiza personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto de la primera, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales siempre que el trabajador en régimen de subcontratación no sea empleado de la empresa usuaria⁴.

iii) También es posible señalar brevemente cómo se conceptualiza este término por los países miembros de la OIT, que abarcan las más heterogéneas y diversas formas de definición, todo ello de acuerdo con su propia organización laboral y legal.

a. Así por ejemplo, para la mayoría de los países de lengua inglesa, el término sub-contracting estaría referido a la sustitución de una relación de trabajo por un contrato de carácter comercial, como se señala el caso de un conductor asalariado de una empresa que se independiza, transformándose en transportista autónomo y que luego celebra un contrato de transporte con su antigua empresa, sin que la naturaleza de sus prestaciones hayan variado. Mientras que se define Contract Labour como aquél que corresponde al suministro de mano de obra mediante intermediación laboral.

⁴ Concepto de trabajo en régimen de subcontratación propuesto por la Oficina Internacional del Trabajo, definición que perseguía el propósito de cubrir el mayor alcance de las diversas formas de subcontratación, ya sea de mano de obra como de tareas o servicios personales.

b. En cambio para los países de lengua española, la subcontratación es aquella que a veces se identifica con el suministro de fuerza de trabajo, pero otras veces se emplea dicho término para la subcontratación de obra, en este caso se habla de contrata, como en España, reservándose el concepto Intermediación sólo para el caso del trabajo.

c. A su vez, los de lengua Francesa distinguen entre la Sous Traintance para los servicios y la Sous Enterprise para la mano de obra, a la que también pueden denominar Marchandage si asume una forma prohibida por la ley, o Mise a Disposition de trabajadores cuando la ley lo permite, como por ejemplo cuando se hace con la intermediación de una empresa de trabajo temporal.

iv) Otros autores, aproximándose en sus definiciones con respecto al término de la subcontratación, señalan que es aquella que hace referencia a una prestación de trabajo para una empresa pero que se efectúa fuera de ella o el vínculo original con el operario que lo obliga a realizar el trabajo, es externo a la empresa y por tanto, ella se beneficia con el trabajo pero no responde de las obligaciones propias del vínculo contractual, excluyéndose con ello un elemento que era natural en la relación laboral clásica de contratación y relativizando la protección legal sobre el trabajo asalariado.

v) Creemos sin embargo que una acertada definición sobre el trabajo en régimen de subcontratación es aquella que entrega nuestra legislación laboral en su Ley Número 20.123, que señala en su artículo 183-A que es “Aquel realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando este, 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 empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas”.

Decimos que es acertada, por que dicha ley distingue claramente entre la subcontratación propiamente tal y el suministro de trabajadores que se realiza a través de una empresa de servicios transitorios.

1.3. LA EXTERNALIZACIÓN

Se ha dicho que una de las estrategias de adaptación de las Empresas frente a las nuevas exigencias de competitividad interna y externa ha sido la externalización de las actividades de producción o servicio, lo cual se ha logrado a través de la figura de la subcontratación.

LA TERCERIZACIÓN DE LA PRODUCCIÓN Y DEL TRABAJO O EXTERNALIZACIÓN.

Es una de las características más esenciales para el desarrollo actual de la economía globalizada, la cual consiste en que un determinado servicio o bien que comercializa una empresa o alguna de las etapas en su proceso productivo puede ser encargada a otra empresa, en donde, la que ofrece el producto le es más rentable abastecerse o encargar las distintas etapas de la producción. Estas consideraciones variaran dependiendo del tipo de producción que se tenga, es decir, si se está en presencia de un alto nivel tecnológico e intensivo en capital o bien si es más intensiva en mano de obra y por tanto, normalmente de menor nivel tecnológico, pero apreciándose en general siempre dos constantes en dicha elección, primero la abundancia de materias primas que ofrece el mercado por una parte y por la otra el bajo valor del trabajo. Sin embargo, cuando se trata de productos o servicios para cuya generación se requiera de una tecnología de muy alto nivel, esto variará porqué encontrar el equilibrio entre calificación y precio de mano de obra resulta una ecuación difícil pero necesaria para los procesos de producción, y que son tomados en consideración por el mercado, al momento de la externalización.

POR QUÉ SE EXTERNALIZA.

La externalización tiene un origen complejo, surge a partir de diversos motivos que a veces se interrelacionan entre sí, es decir; no hay una sola causa o concepto ni una sola forma de externalizar, el problema se mueve desde un extremo a otro del proceso productivo, desde la compraventa de servicios entre empresas formalmente constituidas y con solvencia económica, hasta el más burdo ocultamiento del verdadero empleador a través de diversos subterfugios. Pero lo cierto es que la externalización de la producción y del trabajo en las últimas décadas se ha extendido vertiginosamente a todos los países industrializados básicamente porque en el trabajo asalariado desde sus orígenes se recurrió a la intervención de terceros como medio de organizar la producción estos es, la contratación de mano de obra a través de los intermediarios y ya habían sectores de la actividad económica en los cuales estas prácticas constituían una antigua aplicación como por ejemplo, en la construcción, minería, agricultura etc., pese a ser este fenómeno una practica limitada a ciertos sectores se fue

expandiendo y pasando a constituir una estrategia recurrentemente usada por los empresarios en todos los sectores de la actividad económica.

En Chile la externalización como un proceso sistemático, se fue desarrollado a partir de los años 80 en forma silenciosa pero creciente de modo que, al cabo de los últimos años, ya estaba plenamente instalada en nuestra realidad económica pero bajo ciertas modalidades muy diversas, siendo una práctica muy utilizada en las empresas del Estado de la gran minería del cobre y del petróleo y también por las otras empresas mineras, en general, viéndose claramente la externalización en la contratación de servicios con terceros y de mano de obra para ciertas actividades menores a través de un intermediario. Por otra parte, la actividad en la construcción por sus propias características técnicas, se fue desarrollando en base a una serie de contratos y subcontratos determinados en cada etapa de la obra.

La extensión, generalización y adquisición de esta práctica, sin embargo, se fue produciendo a partir de la liberación de las normas de contratación laboral y del proceso de fragmentación vertical de las empresas en unidades económicas más pequeñas y de su eslabonamiento horizontal.

CRÍTICAS A LA EXTERNALIZACIÓN.

Se ha criticado a este fenómeno económico señalando que es frecuente que en los países en vías de desarrollo tiendan a externalizar los procesos de producción que requieren de mayor tecnología y en los cuales no han realizado mayores inversiones, fomentando así un estancamiento en el crecimiento tecnológico. Por su parte los países industrializados externalizan aquellas etapas de su producción que involucra un alto contenido manual o que signifiquen un mayor número de operarios, lo que necesariamente los lleva a buscar mano de obra más barata, lo que se denomina por la macroeconomía como “la exportación e importación de la pobreza”.

Otra crítica que se ha formulado es el aumento, cada vez más frecuente, en la externalización de los procesos llamados “sucios o riesgosos”. Señalando al régimen de subcontratación como una zona crítica respecto de la accidentabilidad de los trabajadores y de la salud de éstos en el trabajo, además de la falta total de normas de carácter preventivo sobre riesgos laborales.

La medicina ocupacional y la de prevención de riesgos se ha desarrollado en el marco institucional de la industrialización, que tenían frente a ellas, a las grandes empresas y a sus trabajadores, que se relacionaban con un único empleador como responsable de sus condiciones de trabajo y sobre todo de los posibles riesgos laborales, permaneciendo siempre los operarios en la fábrica donde prestaban sus labores, lo que permitía que la exposición a los riesgos o accidentes y su impacto en la salud pudiera ser minimizada, vigilada y estudiada en profundidad a lo largo del tiempo en los respectivos lugares de trabajo. Esta situación se rompe en la nueva economía global y también en las economías nacionales entre otras causas, debido a la externalización, porque en este fenómeno los trabajadores tienden a una rotación muy alta y con ello se exponen a una sucesión de riesgos en los distintos lugares que prestan sus servicios, lo que dificulta los deberes de vigilancia hacia ellos, así como la delimitación de responsabilidades respecto de quién es el verdadero empleador haciendo además complejo determinar el lugar concreto de los riesgos.

La subcontratación no se contemplaba en el andamiaje institucional de la industrialización ni en general dentro del régimen jurídico tradicional del trabajo si bien es cierto, que en distintos países ya se ha habían desarrollado políticas preventivas y métodos de trabajo para éstas materias, sin embargo este desarrollo no había sido contundente de tal suerte que el trabajo en régimen de subcontratación adolecía de un gran déficit en su regulación e institucionalidad, lo cual dejaba entregada a la incertidumbre las eventuales responsabilidades laborales, que pudieran surgir.

Ya que en la subcontratación lo que siempre se obtiene, aun cuando no sea lo que se busque, es la “transferencia de responsabilidades”, sacarla hacia fuera de la empresa es una suerte de “tierra de nadie”, constituyéndose en una situación precaria en el área de la administración del trabajo, de desorden en el terreno operativo con ordenes confusas en forma habitual y hasta contradictorias, todo lo cual podría acrecentar los riesgos laborales.

Por último otra crítica que se le formula a la externalización de la producción y del trabajo que es por su naturaleza llevan a que la mayoría de las empresas se encuentren desmembradas en múltiples unidades productivas lo que a su vez haría más precario e inestable el empleo y las

condiciones de trabajo en las empresas, originado así otra incertidumbre laboral que traería consigo la desarticulación de las organizaciones sindicales o el resquebrajamiento y debilitamiento de sus estructuras y aún peor podría prestarse para el encubrimiento de relaciones laborales reales.

Haciendo una síntesis de todas estas críticas a la externalización podemos señalar que la redefinición y la fragmentación, en la forma o en la realidad de la empresa como unidad nítida, así como la aparición de un “tercero” en la relación laboral y el desperfilamiento frecuente de la figura del empleador, dificultan muchas veces la identificación clara de las verdaderas partes de la relación laboral y por lo mismo la responsabilidad que les cabe a cada una en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus derechos. Además las acciones de fiscalización pueden verse entorpecidas ante la superposición de hecho de distintas empresas en un mismo recinto laboral o ante la existencia de contratos de distinta naturaleza en relaciones de trabajo que parecen iguales. Asimismo frente a accidentes y enfermedades del trabajo se plantean dudas respecto de la serie de responsabilidades frente al encadenamiento entre varias empresas que operan en un mismo lugar. La otra dificultad que vimos con respecto a los derechos sindicales es si cabe o no poder negociar colectivamente a trabajadores que no obstante trabajar en el mismo lugar, pertenecen a empresas distintas. Todas estas dificultades deben irse solucionándose paulatinamente con una adecuada regulación y sistematización de las figuras laborales de la subcontratación y del suministro de personal por un tercero; figuras que son parte de un proceso mayor, más amplio que las engloba a ambas, como lo es la externalización de las actividades productivas y del trabajo, que entre ésta y aquellas figuras; que la tienen por fundamento, hay una verdadera relación de causa-efecto, de origen y consecuencia.

1.4 FACTORES QUE ORIGINAN LA SUBCONTRATACIÓN.

1.4.1 DE LA FLEXIBILIDAD EN LA PRODUCCIÓN.

Debido al cambio que ha venido experimentando el modelo económico en un mercado globalizado que ha llevado de una producción estandarizada a una producción de carácter flexible, esto es, de una empresa que produce en grandes series, de manera predecible y similar, se ha pasado a una producción por partidas específicas, variables y a pedido, por tanto a una estrategia de guerra a los llamados stocks. Este cambio en las formas de organizar el trabajo y la producción llevó necesariamente a una mayor especialización de la misma, esto es una especialización flexible, que

tiene como correlato la externalización de las actividades secundarias o periféricas, lo que permite una mayor reducción de costo como también de la mano de obra utilizada directamente, porque ahora dentro de un marco económico dominado por una demanda variable, debe primar la capacidad de reacción y adaptación empresarial, a los cambios del mercado. Además el desarrollo e incorporación de nuevas tecnologías a los procesos productivos ha generado como consecuencia profundos cambios en las habilidades laborales requeridas para los operarios de las empresas, por lo que el trabajo parcelado y repetitivo propio del modelo de organización FORDISTA-TAYLORISTA va perdiendo peso estratégico, ya que la competitividad laboral que demandan las empresas son cada vez más completas, al suponer una combinación de destrezas manuales e intelectuales, por lo que la rígida estructura vertical de la empresa va dando paso a una visión más horizontal de ésta, es así como el trabajo en grupo, el liderazgo, la creatividad y otras cualidades laborales comienzan a ser altamente valoradas por la moderna administración de recursos humanos⁵. No obstante, que estas nuevas calificaciones otorgan una mayor autonomía en la planificación y ejecución de las labores en la empresa, para los trabajadores podría originarse un problema respecto a que no está claramente establecido los límites tradicionales entre la separación del tiempo de trabajo con el destinado al descanso⁶.

Además, “las nuevas tecnologías” facilitan un modelo de competencia basado más en la innovación que en los precios de los productos haciendo posible lo que se conoce como la “especialización flexible” disminuyendo con ello significativamente los costos de transacción y facilitando así el control de los productos. Dentro de las llamadas “nuevas tecnologías” encontramos el desarrollo de la informática y de las demás ciencias de la información que rápidamente han sido introducidas a los procesos productivos de las empresas lo que ha contribuido a la diversificación de la producción en períodos cortos de tiempo; es decir, con el desarrollo de las herramientas de la informática y de su incorporación a las industrias y a las empresas de servicios se ha posibilitado el paso hacia una producción diversificada, altamente flexible y variable, con lo que es posible responder a los requerimientos cambiantes del mercado⁷.

⁵ Dessler, G, “Administración de personal”, 8ª edición, editorial Pearson, México 2001, p. 135.

⁶ Diaz, Torado, R. “Riesgos e inseguridades de las nuevas formas de uso flexible del tiempo de trabajo” Serie en foco N° 35, 2004.

⁷ Caamaño Rojo. E. Revista de Derecho Volumen XVIII N° 1- julio 2005 (paginas 25 – 53).

Debido a todos estos cambios técnico-productivos de organización surge como una figura clave en la optimización de los recursos la subcontratación que sirve más a estas necesidades, que las figuras tradicionales de contratación permanente, en el sentido de que la demanda del mercado de partidas productivas pequeñas o que se producen sólo una vez o por servicios muy acotados, pueden ser satisfechas recurriendo a terceros, sin necesidad de contar con trabajadores que presten sus servicios en forma permanente en la empresa.

1.4.2 LA POLARIZACIÓN DE LA DIVISIÓN DEL TRABAJO.

Relacionado con el punto anterior se encuentra esta materia que influye también en el desarrollo de la figura de la subcontratación porque debido a las transformaciones en la configuración socio-técnica que ha experimentado la producción⁸, se tiende a polarizar la división del trabajo en los procesos productivos distinguiéndose así entre las actividades complejas de la empresa que implican estabilidad, capacitación polivalencia y entre los trabajos simples y básicos de la misma, que suponen baja calificación e inestabilidad laboral.

Todo esto significa que hoy en día existe una doble tendencia en las empresas; por una parte hacia la especialización en las actividades más estratégicas, con mayores niveles tecnológicos y mayor valor agregado y por otra una tendencia hacia la externalización en todo lo que sea actividades de carácter periféricas o no vinculadas directamente al núcleo central de la empresa, apareciendo marcadamente dos tendencias en los puestos de trabajo, uno de carácter permanente y más especializado, el otro de carácter transitorio y de poco valor agregado.

1.4.3 CAMBIO EN LA ORGANIZACIÓN ECONÓMICA DE LAS EMPRESAS.

Otro factor que podemos mencionar se ha debido a la división en distintas razones sociales de las empresas, en la construcción de holding de empresas y otras figuras similares que han producido diversos cambios organizacionales en las mismas. Para lograr estos cambios se ha recurrido también, a la figura de la subcontratación, lo que ha permitido el desarrollo de un conjunto de unidades

⁸ De la Garza, E. “La flexibilidad del trabajo en América Latina “Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo, México, Fondo de Cultura Economía.

productivas de tamaño reducido, en que unas prestan diversos servicios a las otras originando así una nueva estructura de organización apreciada en la economía moderna, independiente de la concentración en la propiedad de los capitales a que pertenezcan.

Además la tercerización o crecimiento del sector servicios en toda la economía, incluyendo a la industrial e incluso en los servicios extractivos, ha llevado a que las actividades de las empresas vinculadas al sector servicio se autonomicen y pasen a ser prestadas por terceros.

Todo esto, a su vez ha incrementado la posibilidad de realizar las actividades laborales en diversos espacios físicos y fuera del establecimiento de la empresa, lo que es producto de la fragmentación de los procesos productivos y de los servicios.

1.4.4 DISPONIBILIDAD DE TRABAJADORES SÓLO CUANDO SE REQUIERAN Y A BAJO COSTO.

Uno de los motivos de la externalización se debió a la búsqueda del abaratamiento de los costos laborales y del uso del empleo denominado como “justo a tiempo”, es decir, de disponer de trabajadores cuándo y dónde se necesiten, lo que se logró con la figura de la subcontratación siendo tal vez uno de sus principales factores que la originaron.

Además los trabajadores de empresas externas sujetos al régimen de la subcontratación casi siempre son reclutados con salarios y condiciones de trabajo inferiores a aquellos trabajadores permanentes de la empresa usuaria o principal, aunque ejecuten tareas similares o equivalentes.

Tampoco, gozan de estabilidad en el empleo, en la medida que la empresa subcontratista normalmente está limitada por un contrato de duración determinada con la empresa usuaria, motivo por el cual sus trabajadores no tienen expectativas de empleo más allá de la duración del contrato.

Hay que considerar, además, que los empleos de duración indefinida tienden a ser cada día menos frecuentes, pues las relaciones laborales de larga permanencia para un único empleador, propias del modelo derivado del proceso de industrialización, empiezan a ceder espacio frente a las

relaciones esporádicas, de corta duración y proyectadas como transitorias, unido también al incremento de las tasas de desempleo, lo que ha llevado a los trabajadores a aceptar labores a través de estas nuevas modalidades de empleo, ante la dificultad de acceder a puestos más estables y directos. De esta manera, el empleo temporal sea por un tiempo o una actividad determinada comienza a ser una condición laboral habitual sin perjuicio que además se valore la movilidad laboral como un antecedente que enriquece la trayectoria profesional u ocupacional del trabajador⁹.

Pero también es cierto que la externalización hace más frágiles las relaciones laborales individuales y colectivas, tanto en la empresa usuaria como en la subcontratista. Pero además la desprotección es mayor cuando la tercerización sirve para encubrir auténticas relaciones de trabajo, como por ejemplo, a través de la constitución de empresas o cooperativas ficticias, desprovistas de patrimonio o de identidad y autonomía en el mercado, que se constituyen con la sola finalidad de ocultar al verdadero empleador y facilitar así la evasión de las responsabilidades laborales que implica la contratación de trabajadores.

Con respecto al sistema de remuneraciones se aprecia un cambio significativo con el modelo tradicional de las relaciones laborales surgido en el ámbito de la empresa de organización FORDISTA-TAYLORISTA, pues existe una tendencia a pasar de remuneraciones por jornada o unidades de tiempo a remuneraciones por rendimiento o vinculadas a la rentabilidad de las empresas, es decir, se pasa de ingresos fijos a variables, con lo cual se trata de fortalecer la productividad y flexibilizar los costos laborales derivados del pago de salarios, al hacerlo depender también de los resultados de la empresa. De esta manera, los empleadores traspasan parte de los riesgos, que suponen para la empresa su permanencia en un mercado altamente competitivo, a los trabajadores, quienes en muchos casos se verán en la necesidad de extender sus jornadas laborales para aumentar o al menos mantener su nivel de ingresos.

1.4.5 DESARTICULACIÓN DE LOS SINDICATOS.

⁹ Torado, R; Yañez, S. “El trabajo se transforma. Relaciones de producción y relaciones de género” Ediciones de Estudios de la Mujer (CEM), Santiago, 2004. p.194 s.

Otro de los factores que fomenta o incide en la subcontratación como forma de organización de la producción está el debilitamiento de la organización sindical, porque la subcontratación va a originar una dualización en los trabajadores distinguiéndose así entre los permanentes o internos de una empresa y los externos, que pese a prestar sus servicios bajo un mismo empleador e incluso dentro de la misma empresa, no van a tener los mismos derechos laborales, en particular la facultad de sindicalización, porque con la externalización de la producción de bienes y servicios e incluso de trabajo se produce una desagregación del colectivo laboral de todos los que trabajan para la empresa usuaria.

Si bien los trabajadores de la empresa principal o usuaria pueden sindicalizarse y negociar colectivamente, no sucede lo mismo con los de la empresa subcontratista, quienes a veces y a lo sumo pueden sindicalizarse y negociar colectivamente con su empresa, pero sólo en la medida en que lo permita la temporalidad de la relación que se ha establecido entre la empresa subcontratista y la usuaria. Es decir, en la figura de la subcontratación que básicamente consiste en la intervención de un tercero en el proceso productivo de una empresa, lo cual va a incidir negativamente en el ejercicio del derecho sindical pues merma la afiliación al disminuir el número potencial de trabajadores afiliados e induce a la dispersión de los trabajadores y de los empleadores pese a estar dentro de un mismo ámbito productivo dificultando con ello la constitución de nuevas organizaciones sindicales o poniéndoles trabas a su subsistencia, produciéndose la fragmentación de la negociación colectiva y disminuyendo su cobertura.

También en lo referente a los otros derechos de los trabajadores no permanentes o externos de la empresa principal y el caso de insolvencia de la empresa subcontratista, los trabajadores de ésta difícilmente podrán hacer valer sus derechos contra la usuaria y esto se ve agravado cuando en la subcontratación de obras o servicios el contratista recurre a su vez a la subcontratación.

Sobre este punto, los informes¹⁰ estudiados por la OIT dan cuenta de que el tema del trabajo en régimen de subcontratación concita diferencias polares entre los representantes de los trabajadores y

¹⁰ Informe presentado en la Reunión número 91 de la Conferencia Internacional del trabajo del 2003 y el elaborado para la conferencia 2006.

de los empleadores, señalándose que las discusiones en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo han demostrado que si para los sindicatos resulta esencial y urgente limitar o controlar la posibilidad de recurrir a la subcontratación de trabajo, porque lesiona gravemente el derecho a la sindicalización que tienen todos los trabajadores asalariados, en cambio, para los representantes del empresariado es necesario conservar intacta la libertad de organizar la producción, lo que obviamente incluye la posibilidad de recurrir sin limitaciones o reservas a la subcontratación. Entre estas dos posiciones extremas ha sido muy difícil aún encontrar una fórmula satisfactoria que regule las relaciones laborales entre las partes.

2. MODALIDADES QUE ADMITE LA SUBCONTRATACIÓN.

2.1. SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS O DE SERVICIOS.

Esta primera clasificación o modalidad la haremos atendiendo a la naturaleza misma del objeto del contrato celebrado por la Empresa Principal o dueña de la obra, faena o servicio, con el contratista, así tenemos:

A. SUBCONTRATACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS:

Es aquella modalidad del régimen de subcontratación que tiene por objeto la confección de bienes o la ejecución de obras para una Empresa Principal, dueña las mismas, por un tercero llamado contratista o subcontratista, quien se encarga de ejecutarlas por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, participando así en alguna de las etapas de producción o de labores para una empresa.

B. SUBCONTRATACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Es aquella modalidad de subcontratación que tiene por objeto la prestación de determinados servicios para una Empresa Principal, dueña de los mismos y que se encarga a un tercero, quién los ejecuta por su cuenta y riesgo, con trabajadores bajo su dependencia y gestión de control, a cambio de un precio que se acordará en el contrato que celebre con la empresa usuaria.

2.2. SUBCONTRATACIÓN PRIMARIA O SECUNDARIA.

Esta modalidad atiende al grado que se encuentre el trabajo en régimen de subcontratación, así, si se trata de un primer nivel, se estaría en presencia de una relación laboral – contractual con el contratista y si aparece la figura del subcontratista, nos encontramos frente a una cadena o serie de subcontrataciones, lo que origina un segundo nivel, de este régimen.

A. SUBCONTRATACIÓN PRIMARIA.

Es aquella subcontratación de grado simple, en que un tercero, llamado contratista asume el compromiso de realizar determinadas partes o toda una obra o la ejecución de un servicio para una empresa principal, que la externaliza, tercero que realizará el trabajo por su cuenta y riesgo, con operarios bajo su control, sin que exista una cadena o serie de subcontrataciones para ejecutar el trabajo encomendado.

B. SUBCONTRATACIÓN SECUNDARIA O DE NIVELES.

Es aquella modalidad de régimen de trabajo donde aparece la intervención de otro tercero, llamado subcontratista, quien será en definitiva el que preste la ejecución de una obra o la realización de un servicio para la empresa principal, lo que hará por su cuenta, con sus propios operarios y bajo su dependencia, pero que sin embargo, estará directamente relacionado con su contratista, quien a su vez, será el que tenga una relación de carácter directa y de responsabilidad con la empresa principal, dueña de las obras o servicios.

Es aquí donde aparece y se habla de los “diversos niveles” que asume el trabajo en éste régimen, entendiendo por tal cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación para desarrollar la ejecución de la totalidad o parte de una obra o de un servicio, en donde aparecen más de un tercero (subcontratista) a cargo de ellas, pero que en definitiva será asumida contractualmente por el contratista, para con el dueño de la empresa u obras, como la hace notar la actual legislación española, sobre el tema (Ley 32/2006, de 18 de octubre de 2006).

No obstante, que esta modalidad es de gran aplicación por las empresas, ha sido criticada, por cuanto al existir una cadena o varios niveles de subcontratación en una empresa, se desvanece la claridad de quién debe asumir la responsabilidad frente a los trabajadores subcontratados, con

respecto a sus derechos laborales o previsionales, como respecto a los riesgos y accidentes que sufran en su faena o trabajo. Sin embargo, todas éstas críticas como otras son resueltas por nuestra actual legislación, como lo veremos en el capítulo cuarto de esta obra.

Ahora nos corresponde mencionar otras modalidades de la subcontratación, que nos entrega la doctrina y que además es recogida por algunos organismos internacionales del trabajo, que bajo el nombre de “subcontratación en general” se comprenden no sólo, la ejecución de obra o servicios (que es la propiamente tal) sino que también, la de mano de obra (que es la del suministro de trabajadores), pero como lo señalamos oportunamente, corresponden a dos figuras totalmente diferentes, que por tratarse de la intervención de un tercero en la producción o en las etapas productivas de una empresa y por tener en común factores tales como, la externalización, la flexibilización de mano de obra, o las mismas variantes o condiciones, suelen tratarse dentro de un mismo tema por la doctrina, por lo cual creemos necesario mencionar estas otras modalidades “de subcontratación en general”.

(Señalemos, además, que las mismas consideraciones serán válidas cuando veamos el objeto de esta figura, que corresponderá al punto tercero de este capítulo.)

2.3. SUBCONTRATACIÓN TEMPORAL Y PERMANENTE.

En primer lugar, atendiendo a la duración que puede presentar la subcontratación en general, tenemos la siguiente modalidad:

a) SUBCONTRATACIÓN TEMPORAL:

Es aquella modalidad que realizan las agencias de empleo temporal cuyo giro consiste en ceder trabajadores a otra empresa llamada usuaria o principal por un determinado precio, para la realización de labores convenidas en un contrato, en el cual también se estipula su duración. Se trata de un tipo de trabajo que se provee en forma esporádica y sólo cuando la empresa usuaria lo solicita, para una labor específica; es decir, aquí el trabajador no se integra a la empresa usuaria sino que labora en ésta como operario temporal y contratado externamente, correspondiéndole a la agencia de empleo otorgar la mano de obra solicitada por la empresa.

Esta modalidad de subcontratación pretende establecer relaciones de trabajo con personas que lo requieran, poniéndolas temporalmente a disposición de una empresa para que realicen una labor en ella¹¹. Modalidad que no provoca necesariamente la precarización del empleo respecto de la empresa principal, ya que se trata de tareas propiamente temporales y no habría en principio antagonismo con el empleo permanente de la empresa. Sin embargo, entre la agencia de empleos y los trabajadores subcontratados por ella, se estaría en presencia de un empleo precario porque al desempeñarse como operarios transitorios verían menoscabados gran parte de sus derechos laborales.

b) SUBCONTRATACIÓN PERMANENTE.

Es aquella modalidad de externalización de mano de obra que pretende sustituir el trabajo permanente o empleo formal, garante de las normas protectoras del trabajo, por otro consistente en contratos laborales de carácter externos con empresas prestadoras de servicios, y que es una manifestación propia de los fenómenos de extensión de las formas atípicas de contratación laboral.

Llegando a tal punto esta extensión que las empresas usuarias no sólo acuden a las agencias de empleo, para proveer los cupos de trabajo de forma permanente y no ya para la ejecución de trabajos específicos u ocasionales de cierta competencia técnica, si no que además proceder a la reducción de su propio personal confiando la realización del trabajo a la externalización de servicios través de la subcontratación de empresas intermediarias que están muchas veces integradas por el mismo personal que la usuaria ha suprimido¹².

2.4. SUBCONTRATACIÓN INTERNA Y EXTERNA

Ahora, atendiendo a si las prestaciones subcontratadas se desarrollan dentro o fuera del proceso productivo de la empresa principal, podemos en general distinguir entre:

a) SUBCONTRATACIÓN EXTERNA.

¹¹ Casey B. y otros “El Empleo Temporal en Gran Bretaña y en la República Federal de Alemania” en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 108,1989, N° 3.

¹² Bronstein A. “Flexibilidad del Trabajo en los países industrializados: perfil de un debate” Revista de Derecho Laboral, Tomo XXXII, N° 153,enero – Marzo 1989 Montevideo.

Es aquella que consiste en que la empresa principal encomienda la realización de una determinada función a una empresa contratista, la que le entrega una oferta de trabajo con precios, plazos y modalidades de ejecución del mismo, aplicando el contratista una dotación de sus propios trabajadores a la realización del servicio contratado.

Se trata de prestaciones que se efectúan fuera del proceso productivo de la empresa principal a través de contratos comerciales con empresas externas y no de trabajadores externos que se incorporan a las faenas dentro de la empresa principal, todo lo que hace muy difícil de cuantificar y fiscalizar esta modalidad de externalización.

b) SUBCONTRATACIÓN INTERNA

Esta modalidad, al contrario de la figura recién vista, consiste en la incorporación de trabajadores externos en las etapas del proceso productivo de la empresa principal, por medio de la intermediación de un contratista que coloca operarios en dichas faenas.

Sin embargo, esta modalidad también puede originar una precarización del empleo que estaría dada por el desconocimiento del vínculo por parte de la empresa, respecto de los trabajadores que laboran en ella, creando así una variedad de estatutos jurídicos al interior de la misma, lo que produce la disgregación de los trabajadores.

2.5. SUBCONTRATACIÓN CON CONTRATISTA COMO AGENTE INTERMEDIARIO O DEPENDIENTE DE LA EMPRESA PRINCIPAL.

Dependiendo de la calidad que tenga el agente contratista con respecto de la empresa principal tenemos las siguientes modalidades:

a. SUBCONTRATACIÓN CON EMPRESA CONTRATISTA COMO MERO AGENTE INTERMEDIARIO.

Consiste en que la subcontratación se da a través de la intermediación de una empresa de servicios externos, independiente de la empresa Principal, teniendo el trabajador como empleador para todos los efectos legales a la empresa intermediaria de mano de obra.

Tratándose de la dirección del trabajo subcontratado, habrá que distinguir si dicho trabajo se efectúa dentro o fuera de la empresa principal, por que si la ejecución de los servicios se realiza fuera de la empresa, estaríamos frente a una subcontratación externa, correspondiéndole en dicho caso a la intermediaria la autoridad para determinar el contenido y forma de la ejecución de los servicios prestados. Al contrario, si los trabajadores subcontratados se incorporan a la empresa principal, ya sea como operarios con carácter permanente o temporales, se trataría de un caso de subcontratación interna, quedando el poder directivo sobre el desempeño de las labores en manos de la empresa en la que se colocan, quedando los trabajadores sometidos a dos tipos de potestades diferentes, la que se deriva del vínculo laboral con la intermediaria que es su empleador, y aquella que estaría radicada en la empresa principal que dirigirá su desempeño en la ejecución de las labores.

b. SUBCONTRATACIÓN CON CONTRATISTA DEPENDIENTE DE LA EMPRESA PRINCIPAL.

Esta modalidad va a consistir en que el intermediario de la mano de obra no será ya una empresa independiente cuyo giro sea ofrecer la realización de servicios externos a una usuaria, sino que será dependiente, subordinado a esta empresa y que tendrá por objeto sólo la colocación de trabajadores, ya sea como una personal natural o bien sea como subempresa¹³ constituida especialmente para este fin.

En el fondo se está frente a una figura de simulación de la contratación individual de trabajo, por que el subcontratista no se diferencia jurídicamente de la empresa principal, luego la relación laboral se constituye respecto de la empresa usuaria quién para todos los efectos legales sería la persona del empleador y no la empresa contratista.

3. OBJETO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN GENERAL

3.1. CONCEPTUALIZACIÓN

Se entiende por tal, lo que se tranza en la subcontratación misma, es decir, lo que se trata de subcontratar, pudiendo ser por una parte la producción de bienes o la prestación de servicios y por la

¹³ Ameglio E. “El empleo precario en Uruguay”, Lima, Ciat MTSS, 1988

otra el trabajo, específicamente trabajadores. Naciendo así una distinción¹⁴ de carácter teórico entre la subcontratación de la producción de bienes y servicios y la subcontratación de trabajo llamada esta última también como Suministro de Trabajadores.

Para algunos autores esta materia, se trataría sólo de una modalidad más de la subcontratación que ya analizamos, sin embargo para nuestra nueva legislación laboral más que una modalidad de la subcontratación, se trataría de dos figuras diferentes y reguladas en forma separadas por el objeto que se traza en ellos y que por los demás, es el estudio de nuestra obra, por este motivo ahora sólo nos limitaremos a hacer una breve descripción de ambas figuras, que posteriormente desarrollaremos al estudiar “Las relaciones y sujetos que se originan en la subcontratación propiamente tal y en el suministro de trabajadores.”

3.2. SUBCONTRATACIÓN DE LA PRODUCCIÓN DE BIENES Y SERVICIOS.

Se trata de una figura en que se relacionan dos entidades independientes entre sí, una de las cuales llamada Contratista o Subcontratista, realizará el encargo por su cuenta y riesgo, con sus propios materiales e instrumentos como con sus propios trabajadores a cambio de un precio que le paga el Mandante o Empresa Principal.

La empresa contratista, en el marco de la relación laboral, contrata como cualquier empresa, a sus trabajadores para la ejecución de lo pactado con la empresa mandante, a estos se les denomina “Trabajadores Subcontratados”.

3.3. SUBCONTRATACIÓN DE TRABAJO.

Figura también denominada como “Suministro de Personal” que a grandes rasgos, consiste en que una empresa proporciona a otra llamada empresa usuaria, una determinada cantidad de trabajadores, para que realicen sus labores bajo la supervisión y dirección de esta última empresa, a cambio de un precio convenido, originándose así una relación triangular entre la empresa usuaria, la empresa colocadora y el trabajador suministrado que analizaremos más adelante cuando hablemos de

¹⁴ Distinción propuesta en 1995 por la OIT en relación con el objeto de la subcontratación. En la cual, como ya lo habíamos hecho presente, no se diferencia entre éstas dos instituciones, como figuras laborales distintas.

las Empresas de Trabajo Transitorio, como tema diferente e independiente de la subcontratación propiamente tal.

Pero por el momento sólo digamos que es la empresa suministradora que celebra el contrato de trabajo con el trabajador suministrado, asumiendo los costos, obligaciones y deberes que emanan de la relación laboral, en cambio el mandante o empresa usuaria utiliza dichos trabajadores desligándose en principio de los deberes que emanen del contrato de trabajo y de la mayor parte de sus trámites y aspectos administrativos, produciéndose una separación entre contenido y forma del trabajo, es decir, la empresa usuaria proporciona y se sirve de la actividad laboral con creces y la empresa suministradora se hace cargo de administrar y de darle forma a la relación.

4. RELACIONES Y SUJETOS QUE PARTICIPAN EN LA SUBCONTRATACIÓN PROPIAMENTE TAL.

Para encontrarnos dentro de esta figura, es menester que el objeto de la subcontratación sea la producción de bienes o la prestación de servicios y que además participen en esta intermediación laboral tres sujetos originándose así una relación triangular imperfecta, porque se produce un fenómeno en donde no hay un vínculo contractual directo entre el trabajador que ejecuta los servicios y la empresa que los utiliza, lo que se debe principalmente a la intervención del tercer sujeto que es el intermediario.

4.1. LA EMPRESA PRINCIPAL O USUARIA DE SERVICIOS.

Es aquella empresa dueña de una obra o faena que contrata con un tercero denominado contratista mediante un contrato civil o comercial la ejecución de un trabajo o servicio determinado por cuenta y riesgo del tercero.

Otro concepto la define como aquella que se beneficia de los servicios efectuados por los trabajadores subcontratados, es decir, es en donde se desarrollan o ejecutan las obras contratadas a un tercero a cambio de un precio.

En virtud de la intermediación, la empresa Principal lograr trasladar sus costos de producción en lo relativo a la contratación laboral, desentendiéndose en lo referente a las obligaciones legales y contractuales que emanan del vínculo laboral que existe entre el trabajador que presta o ejecuta los servicios y la empresa contratista. Además esta empresa principal puede estar constituida ya sea por persona natural o jurídica, por un ente privado o bien de derecho público como lo es el propio Estado.

4.2 EMPRESA CONTRATISTA O INTERMEDIARIO.

Es aquella persona natural o jurídica que en virtud de un contrato comercial o civil ejecuta un determinado trabajo o servicio por su cuenta y riesgo y con sus propios trabajadores para una empresa principal, a cambio del precio estipulado.

Como lo veremos va a participar en las dos relaciones que se forman en este tipo de subcontratación por un lado se obliga para con la empresa usuaria a ejecutar las obras o el producto convenido y por el otro se obliga para con sus trabajadores en su calidad de empleador y sujeto de la relación laboral que se forma.

DISTINCIÓN DOCTRINARIA ENTRE CONTRATISTAS E INTERMEDIARIOS:

i) El Director del equipo técnico multidisciplinario de la Organización Internacional del Trabajo, Arturo Bronstein¹⁵, ha señalado que es necesario distinguir entre aquellas personas que son contratistas de los llamados “meros intermediarios de mano de obra”. Es así como en este punto varias legislaciones¹⁶ disponen que los contratistas son empleadores en sentido estricto del término, cuando contratan obras o partes de obras en beneficio de otro, para ejecutarlas por cuenta propia y sin sujeción a éste.

Es decir, cuando se dan estos requisitos el contratista no es intermediario, sino patrono, a condición de que ejecute los trabajos con equipo o capitales propios, es decir, se debe entender que los contratistas asumen todos los riesgos y que realizan los trabajos con sus propios medios y autonomía

¹⁵ Bronstein. A, ob. cit. p. 15

¹⁶ México (Ley Federal del Trabajo, art. 13) Republica Dominicana (Código del Trabajo, art. 12) Panamá (Código del trabajo, art. 89).

técnica directiva. Por tanto, cuando se cumplen estas condiciones se tiene que la empresa usuaria no asumirá ninguna obligación con respecto a los trabajadores del contratista, pues se entiende que no ha existido fraude laboral¹⁷.

ii) Por el contrario, se considera que los contratistas son en realidad “intermediarios” y solidariamente responsable con el empleador principal cuando no disponen de elementos, capitales o condiciones propias para cumplir con sus obligaciones.

También para varias legislaciones¹⁸ el intermediario es toda persona que sin ser representante conocido del empleador, interviene por cuenta de este último en la contratación de trabajadores. Además son intermediarios los que contratan a trabajadores para ser utilizados en la empresa de un tercero o bien aquellos que aun cuando aparezcan como empresarios dependientes, hacen ejecutar trabajos utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono.

En tales casos, las empresas usuarias que utilizan intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones derivadas de la ley, como por ejemplo lo dispone expresamente la Ley Federal del Trabajo de México.

4.3 EL TRABAJADOR SUBCONTRATADO.

El tercer sujeto de la subcontratación lo constituye el operario, aquel que va a ejecutar directamente las obras o prestar los servicios ante la empresa usuaria, bajo la dependencia de su empleador o contratista, con quién tiene el vínculo contractual laboral que lo liga, debiendo dirigirse a él para el pago de sus remuneraciones y demás prestaciones de carácter previsionales-laborales que deriven del contrato de trabajo.

Es decir, respecto de la relación entre el contratista con sus operarios se esta en presencia de un verdadero vínculo jurídico laboral generador de un contrato de trabajo, y no obstante que esta

¹⁷ Guatemala (Código del trabajo, art 5º) Costa Rica (Código del trabajo, art 3) Código sustantivo del Trabajo de Colombia, art. 34.

¹⁸ Mexico (L.F.T., art. 12) Colombia (C.S.T. art 35) República Dominicana (C.T. art 7) Venezuela (Ley Orgánica del trabajo art. 54).

subcontratación de breves servicios sea una operación de carácter comercial entre dos empresas, la mandante y la contratista, que tienen por objeto, entre otros, el establecimiento de una determinada forma de organización del trabajo, también es un tipo de contratación laboral que debe estar sujeta a la legislación del trabajo en cuanto a sus efectos.

4.4. RELACIONES QUE SE ORIGINAN EN LA SUBCONTRATACIÓN PROPIAMENTE TAL.

4.4.1. RELACIÓN ENTRE LA EMPRESA PRINCIPAL Y LA EMPRESA CONTRATISTA.

En la subcontratación de bienes o de la prestación de servicios se establece una primera relación entre dos empresas, la principal o usuaria y la contratista. Es una relación eminentemente comercial entre dos unidades económicas, donde una compra y la otra vende sus servicios, y que presenta las siguientes características:

- i) Relación de carácter comercial, que tiene su origen en un contrato civil o comercial.
- ii) El usuario compra o encarga un determinado producto que puede ser un servicio, el cual debe cumplir con ciertas especificaciones, modalidades, plazos de entrega, etc. señalados por el mandante.
- ii) La segunda empresa, contratista, se compromete a llevar a cabo por sí misma y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos, la realización de las etapas, partes o partidas completas de la producción de bienes o prestación de servicios encargadas por la empresa principal.
- iv) El riesgo de la ejecución de las obras o servicios es de cargo de la empresa contratista a cambio tiene derecho al precio convenido por sus servicios.
- v) La empresa usuaria o mandante pacta en torno del producto o servicio que necesita pero no de lo que está antes del proceso de producción, es decir, de aquellos problemas derivados de las relaciones laborales o previsionales de los trabajadores que ejecuten o presten los servicios, lo que le corresponde a la empresa contratista.

4.4.2. RELACIONES ENTRE LOS TRABAJADORES Y LA EMPRESA CONTRATISTA.

En esta forma de subcontratación las relaciones laborales son en principio claras, se establecen entre los trabajadores subcontratados y el contratista, presentando las siguientes características:

- i) Como señalamos, la relación laboral nace entre el contratista y los trabajadores, en virtud de un contrato de trabajo, son esas las partes que lo suscriben.
- ii) Los trabajadores estarán, como consecuencia de lo anterior, bajo la subordinación y dependencia de su empleador directo, el contratista¹⁹. La figura del empleador es única e inequívoca: aquél con el cual el trabajador suscribe el contrato y de quién pasa a estar bajo dependencia.

La empresa usuaria o mandante, en esta modalidad de subcontratación, no forma parte de las relaciones laborales descritas, aún cuando éste sea el dueño de las obras, empresas o faenas donde se ejecutan los trabajos o se prestan los servicios.

Para concluir esta materia, señalemos que todas las relaciones que se establezcan a lo largo de la cadena de producción entre las empresas usuarias y las contratistas serán de carácter comercial, en donde unas venden productos o servicios y las otras compran dichos productos o servicios o una etapa completa de los mismos. Además, en la subcontratación real, la dependencia de las empresas contratistas respecto de las mandantes tiene diversos grados, pudiendo incluso ser absoluto el control de la empresa mandante, restringiéndose así el libre comercio a una mera figura de papel dando origen a una relación comercial en condiciones de desigualdad entre las partes o de carácter meramente aparente con el objeto de burlar las obligaciones laborales y previsionales que surjan con los trabajadores subcontratados.

5. VARIANTES O CONDICIONES EN QUE SE DESARROLLA EL TRABAJO EN SUBCONTRATACIÓN Y DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.

Aún cuando algunas variantes en que se desarrolla la subcontratación dan origen a tipos o modalidades de la misma y que ya analizamos en su oportunidad, aquí sin embargo el enfoque será desde punto de vista de aquellas condiciones que deben desarrollarse para estar en presencia de la subcontratación. Además, aprovecharemos este número -así como el siguiente- para estudiar

¹⁹ Por lo demás, así lo establece la legislación chilena en la Ley N° 20.123, artículo 183-A, publicada en el Diario Oficial del 16 de Octubre del 2006.

conjuntamente este régimen con el suministro de trabajadores, por tener las mismas variantes o condiciones y presentar iguales dimensiones en su proyección.

5.1. RECINTO O LUGAR DÓNDE SE DESARROLLA EL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN EN GENERAL.

El tema de la espacialidad o lugar donde se desarrollan los servicios o prestan los trabajos en régimen de subcontratación en general, es de gran importancia frente a los diversos problemas laborales que se originan, como por ejemplo el de las condiciones de trabajo, de seguridad e higiene de los trabajadores y además porque tratándose de la subcontratación interna es en los términos espaciales donde se producen las mayores confusiones respecto a las responsabilidades laborales, ya que muchos de los accidentes que le ocurren a los operarios de empresas contratistas son por riesgos que existen en los recintos de las empresas usuarias. También se da la situación que una empresa contratista externa cause un accidente que afecte tanto a sus trabajadores como a los de la empresa usuaria. Además lo mismo puede suceder respecto de enfermedades ocupacionales, surgiendo de inmediato las interrogantes de quién va a responder o cuáles son los límites de las responsabilidades de las empresas usuarias y de los contratistas. Interrogantes que sin embargo hoy encuentran respuesta en la Ley número 20.123, que viene a regular el trabajo en régimen de subcontratación como del suministro de personal y de los efectos que este tipo de relación laboral va a producir para las partes que intervienen en ella, llenando así el vacío legal que en esta materia existía en nuestro país²⁰.

Sabemos que la externalización de las actividades puede realizarse materialmente dentro de los recintos de la empresa usuaria o fuera de ella, externalizándose geográficamente. Estando íntimamente ligada la localización de las actividades con la naturaleza misma de los procesos técnicos involucrados, así por ejemplo en los procesos de flujo continuo son pocas las faenas que materialmente pueden externalizarse, en cambio, en los procesos de montaje de partes o en los que se realizan en etapas autónomas, cada una de las partes o etapas pueden ser fabricados en distintos lugares. Luego, la subcontratación en cualquiera de sus modalidades, puede tener lugar sea que los

²⁰ No obstante antes de la dictación de esta nueva ley, ya existía una norma que pretendía regular este punto, pero que era poco utilizada y difundida. Contenida en “Reglamento sobre condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los lugares de trabajo” D.S. N° 201, Ministerio de salud (27 de Abril de 2001) cuyo artículo 3 dice, “La empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean estos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella”.

trabajadores subcontratados presten sus servicios dentro o fuera de las instalaciones de la empresa usuaria, originándose, por tanto, las siguientes variantes:

i) **SUBCONTRATACIÓN LABORAL INTERNA:**

Se presenta cuando los servicios se ejecutan dentro de las instalaciones de la empresa usuaria. En esta situación van a surgir dos problemas, por una parte, las condiciones de salud y seguridad en el trabajo, puesto que la subcontratación implica que determinados trabajadores de un tercero ingresan dentro del ámbito productivo de la empresa usuaria y por la otra, respecto de la libertad sindical debido a la concurrencia de trabajadores con empleadores distintos dentro de una misma actividad productiva.

ii) **SUBCONTRATACIÓN EXTERNA:**

Se presenta cuando los trabajos se ejecutan fuera de las instalaciones de la empresa usuaria, dando origen a problemas muy distintos de la subcontratación interna, ya que esta modalidad puede llegar a incluir en un extremo, hasta la subcontratación internacional, que tiene por objeto derivar parte del proceso productivo o de partidas de producción a otros países, como es el caso de las empresas multinacionales y en el otro extremo, hasta el trabajo a domicilio a nivel nacional.

Sin embargo para algunos autores y diversos estudios²¹ que se han realizado, han delimitado la subcontratación a las labores que se ejecuta dentro del establecimiento de la empresa usuaria, dicen que sólo es trabajo subcontratado el que se realiza por un tercero dentro de la empresa, lo que se hace fuera de ella, no es subcontratación. Sin embargo estimamos que esta es una limitación arbitraria, porque muchas labores de la producción altamente independientes de la empresa usuaria pueden realizarse en el establecimiento o bien fuera del mismo.

Por lo demás, sostenemos que una de las características de la economía moderna es la posibilidad de trabajar en tiempos reales desde distintos lugares geográficos, haciéndose cada vez más frecuente la externalización, ya sea de la producción, como por ejemplo en el caso de la empresa General Motors que trasladó parte importante de su producción a los países asiáticos, o ya sea la

²¹ Han formulado esta limitación metodológica de la subcontratación los estudios realizados por la Encuesta ENIA del INE, los Anuarios de la Minería en Chile de SERNAGEOMIN-INE, la encuesta de Remuneraciones de la SOFOFA y la encuesta Laboral (ENCLA) de la dirección del trabajo.

externalización de los servicios, como lo es la existencia de Call Centers, físicamente ubicados en la ciudad de Miami que atienden problemas formulados por clientes desde Chile.

5.2. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN.

Tenemos que otra variable importante frente a la externalización, es la duración de la prestación ya sea que se trate de una subcontratación de bienes o servicios o del suministro de personal, de carácter permanente o bien se trate de una relación transitoria o esporádica. Esta permanencia o transitoriedad de la prestación, debe ser analizada tanto desde el punto de vista de la empresa mandante o usuaria como desde la empresa contratista o suministradora.

i) Desde el punto de vista de la Empresa Mandante, frente a la subcontratación de la producción, de bienes o servicios, la duración de la prestación dependerá de la distinción entre aquellos que son inherentes al funcionamiento de la empresa y que son labores que se necesitan en forma permanente, de aquellos que ocasionalmente se requieren en momentos o etapas del desarrollo de la actividad central e incluso de aquellos que se necesitan excepcionalmente por sólo una vez. Así tenemos por ejemplo que todos los servicios generales como los de aseo, vigilancia y alimentación son necesidades cotidianas que las empresas subcontratan en forma permanente. Además en las actividades industriales como es el sector servicios se ha instalado también en forma permanente la subcontratación ya sea de partes completas o de una determinada actividad de las etapas de producción o de prestación.

ii) Desde la perspectiva de las empresas contratistas la subcontratación es permanente en las distintas actividades productivas o de servicios, particularmente como por ejemplo en el sector construcción o en aquellas obras que se requieren para la instalación de plantas industriales, para la ampliación de recintos o creación de nuevos caminos y en su mantención, necesarias en las actividades extractivas. Sin embargo, en este punto para las empresas mandantes, la subcontratación es transitoria, es decir, sólo para la ejecución específica de la obra en cuestión, se trata para esta empresa de un contrato transitorio.

Respecto de la empresa de empleo temporal dentro de la esfera del suministro de mano de obra temporal, cumple con su objeto que la caracteriza cuando es capaz de proporcionar a una empresa usuaria un trabajador temporario en forma rápida que tenga el perfil e idoneidad que requiere el cliente, respondiendo a las necesidades de especialización, inmediatez y exigencias de la coyuntura productiva, siempre con una prestación de carácter temporal o transitoria. Pero este giro de servicios temporales y esta relación de empleo temporal se “desnaturalizan” por el paso del tiempo, cuando pasa a ser desde limitado temporalmente a uno de carácter indefinido. En esta situación el servicio temporario de la empresa de empleo temporal se ha desvirtuado y ha pasado dicha empresa a constituirse en un verdadero intermediario puro y simple de mano de obra²².

De ahí entonces que algunos²³ autores remarquen con nitidez la diferencia entre el suministro de empleo temporal, que lo llaman “servicio temporario puro”, del suministro de empleo indefinido que lo reconocen como una forma de mercadeo de mano de obra.

Con respecto a nuestra realidad laboral es más frecuente el uso de trabajadores suministrado permanentemente que el temporal, con una duración en el empleo mayor a seis meses.

De acuerdo con la ENCLA 2004 más del 50% de los trabajadores suministrados por terceros trabajan en forma permanente y de las 151 empresas que usaban esta forma de empleo, el 74% lo hacían con empleo permanente, como se indican en las dos tablas siguientes:

Cantidad total de trabajadores suministrados por terceros²⁴:

Rama	Nº Empresas	Nº Trabajadores
Agricultura y Pesca	11	1.339
Minería	5	77

²² Ameglio, E. 1984 “Las empresas suministradoras de mano de obra Temporal”. Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernandez.

²³ Racciatti, O y Ameglio, E.

²⁴ Fuente: Encuesta Laboral, ENCLA 2004, elaborado por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.

Industrias Manufactureras	60	3.632
EGA	5	326
Construcción	9	205
Comercio	35	1.596
Transporte y Comunicaciones	6	540
Establecimientos Financieros	19	281
Servicios	3	70
Total	151	8.066

Cantidad de trabajadores permanentes (más de 6 meses) suministrados por Terceros:

Rama	Nº Empresas	Nº Trabajadores
Agricultura y Pesca	3	65
Minería	5	62
Industrias Manufactureras	46	2.465
EGA	5	325
Construcción	5	117
Comercio	29	1.062
Transporte y Comunicaciones	4	51
Establecimientos Financieros	16	103
Servicios	1	2
Total	112	4.252

5.3 LA SUBCONTRATACIÓN GENERAL EN RELACIÓN CON LA ACTIVIDAD PRINCIPAL DE LA EMPRESA.

Esta variante dice relación con una subcontratación más periférica o más central con la actividad principal de la empresa usuaria, es decir, se refiere a la distancia o cercanía del trabajo que realizan los operarios subcontratados respecto del giro o actividad principal de la empresa mandante.

La tercerización de las actividades puede localizarse desde la periferia hasta en círculos muy cercanos al núcleo de la actividad principal de la empresa usuaria. Con la finalidad de poder determinar la cercanía o periferia de la actividad subcontratada con la de la empresa mandante, es que se distinguen tres tipos de actividades subcontratadas.

- i) Actividades del giro de la empresa o principales: Son todas aquellas tareas, procesos o funciones cuya realización contribuye de forma decisiva a la producción de los bienes o la prestación de servicios que esta realiza y sin cuya ejecución afectaría el normal desarrollo de sus actividades.
- ii) Actividades Complementarias o Accesorias: Son aquellas de carácter auxiliar, secundarias, pero vinculadas a la actividad principal, que requiere constantemente la empresa para funcionar incluidas las de un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados.
- iii) Servicios Generales: Son Aquellos que cada empresa requiere para poder funcionar independientemente de su actividad principal como por ejemplo, labores de vigilancia, aseo, alimentación, etc...

Luego, mientras menos se diferencien las actividades subcontratadas de las del giro específico de la empresa usuaria, esto es, cuando hay una relación más central con el núcleo de la actividad principal de la empresas, mayores son las probabilidades de que se busque una reducción de costos, especialmente de carácter laboral, y no una mejora en la calidad del servicio, lo que trae como consecuencia un aumento de las posibilidades que lo que se externalice sean actividades de mayor riesgo frente a la seguridad en el trabajo o bien que se trabaje en condiciones de menor protección laboral, como por ejemplo jornadas extensas o de procesos más “sucios”. Tratándose ahora de una relación más alejada con el núcleo de la actividad principal de la usuaria, podría darse el efecto de encontrar más protegidas las condiciones materiales y sociales del trabajo.

Sin embargo, la discusión en esta materia se ha centrado en determinar la existencia de la subcontratación en la actividad principal o giro de la empresa usuaria, por ejemplo, recordemos que en nuestro país estaba legalmente²⁵ prohibida la subcontratación en aquellas actividades propias del giro específico y central de la usuaria, prohibición que a partir del año 1979 quedó sin efecto, permitiendo

²⁵ Ley número 16.757 del año 1968

así a las empresas la posibilidad de subcontratar cualquier parte de sus actividades y servicios al no existir ninguna traba jurídica respecto de las actividades que pueden ser encargadas a terceras empresas contratistas²⁶.

Los que están en contra de restringir la externalización en las actividades del giro de la usuaria, se basan esencialmente en el principio de la libertad de empresa; por el contrario, los que están a favor de limitar la subcontratación en el giro principal de la misma, se apoyan en otro principio laboral, “que a igual trabajo iguales condiciones del mismo”, luego, sostienen que sería carente de toda justicia que por las circunstancias de pertenecer los trabajadores a una empresa externa, pero que realizan idénticas funciones a los operarios permanentes y del giro de la usuaria, reciban inferiores remuneraciones y queden excluidos de determinados beneficios.

Sin embargo, sostenemos que lo que va a determinar de hecho si es necesario una subcontratación más central o más periférica al giro principal de la usuaria, serán los niveles de desarrollo tecnológico de las mismas empresas mandantes, así, tenemos que la tendencia de las empresas es a concentrarse en aquellas actividades productivas o de servicio en las cuales poseen ventajas tecnológicas comparativas, buscando por el contrario externalizar aquellas actividades en las cuales sus ventajas sean mínimas. Además, en los procesos productivos o de transformación material, las usuarias tienden a mantener dentro de sus propias actividades, aquellas que le dan el “sello a la empresa” o que la caracterizan de las otras, por tener un proceso técnico más complejo o único, externalizando las fases productivas que sólo requieren mayor cantidad manual de operarios o de actos de servicio repetitivos.

5.4. NIVELES DE ESPECIALIZACIÓN EN LA SUBCONTRATACIÓN GENERAL.

Otra variable que puede presentarse en el trabajo en régimen de subcontratación o del suministro de personal es el nivel o grado de especialización que se requiere en las actividades que se

²⁶ Según estudios de la Encuesta Laboral (ENCLA) sobre las tendencias en las actividades subcontratadas en las empresas chilenas de los años 1999, 2002 y 2004 señalaron que la externalización de actividades propias del giro de la empresa no es menor y que su tendencia va en aumento progresivo cada año, por ejemplo, en 1999 practicaban esta subcontratación de actividades del giro 14,5% de las empresas, en el 2002 eran de un 17,7% y en el año 2004 alcanzó a un 20,7% de las empresas usuarias.

subcontratan, lo que tendrá gran importancia para establecer las condiciones laborales que tendrán los operarios que se subcontratan.

Porque la gama que ofrece el trabajo subcontratado va desde el simple trabajo, sin ningún nivel de calificación o especialización de los operarios, hasta el servicio de trabajadores altamente tecnificados. Así se tendrá que en aquellas actividades subcontratadas de bajos niveles de especialización o sin ningún grado de calificación se realizarán en condiciones de trabajo extremadamente bajas, desde un punto de vista de las remuneraciones y de la protección de la seguridad social, además en condiciones riesgosas para la higiene y seguridad personal del trabajador. En cambio, a mayores grados de especialización de los operarios, mejores serán sus condiciones de trabajo y de seguridad e higiene, ya que un trabajo especializado es siempre sinónimo de trabajo seguro, porque los requisitos técnicos del mismo no permiten que se haga de otra forma, sin arriesgar la calidad del servicio prestado.

La contratación para actividades no especializadas se hace en general a través de las llamadas empresas de suministro de personal y en menor medida a través de la subcontratación de la producción de bienes o servicios, existiendo en el mercado de la tercerización o del “OUTSOURCING”, una amplia gama de empresas o personas naturales que ofrecen servicios a terceros sin especialización de sus trabajadores, servicios que la mayoría de las veces tienen el carácter de temporales, como por ejemplo el que proporcionan contratistas para faenas de temporada en la agricultura o algunas empresas de suministro de empleo para actividades menores en la industria en épocas de alza en la producción o para cubrir tareas habituales. Sin embargo también existen empresas de suministros de personal especializados en ciertas operaciones o servicios, como por ejemplo y que tiene una gran relevancia hoy en día en el mercado laboral, el denominado servicio “de la administración de los recursos humanos”.

Además, con respecto a las actividades primarias del mercado económico, especialmente en lo referente al desarrollo de proyectos mineros en nuestro país han surgido empresas subcontratistas cada vez más especializadas en las labores que le prestan a la usuaria.

Por otra parte, también se advierte en el sector forestal nacional, donde el grueso de la actividad laboral es subcontratada, un mayor interés y necesidad de los propios contratistas de evolucionar de una actividad de prestador de servicios básicos, sin nivel de especialización de sus trabajadores a una empresa prestadora de servicios forestales con un mayor desarrollo de competencias tecnológicas tanto en los medios materiales como en la capacitación de sus trabajadores para realizar el trabajo forestal para la mandante.

6. DIMENSIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN Y DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN NUESTRA ECONOMÍA.

Recordemos que antes de la entrada en vigencia de la nueva normativa que regula estas materias, no existía una medición, ni registro global y exacto de las empresas contratistas y suministradoras de trabajadores ni menos aún del número de trabajadores que ejecutan sus labores en esta forma de trabajo, por parte de la autoridad administrativa, con la única excepción respecto de la minería, en que el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN) ha llevado un complemento registro de las empresas mandantes y contratistas como de los trabajadores ocupados por éstas. Pero para el resto de las actividades económicas no existían registros que pudieran darnos información sobre la magnitud de la subcontratación o del suministro de trabajadores. Información, que como lo veremos más adelante, era proporcionado sólo mediante encuestas directas a las empresas que a nivel regional era a través de la “Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo” y a nivel sectorial a través de la “SOFOFA” para el caso de la industria.

Además, se carecía de un registro de empresas para los fines de control de la legislación laboral aplicable, como sí lo había en las legislaciones comparadas. Por todo lo señalado era difícil determinar con exactitud cuántas y cuáles empresas funcionaban como contratistas o subcontratistas.

Criticándose la medición por encuestas o por registros parciales que existían antes de la Ley N° 20.123, porque no reflejaban con exactitud la magnitud de este fenómeno, señalando por ejemplo, que las clasificaciones de las actividades económicas utilizadas por el INE, la encuesta CASEN de Mideplan, el Servicio de Impuestos Internos y otras instituciones no registraban a la subcontratación o el suministro de personal, sólo existía un Ítem denominado como “Prestación de Servicios” pero sin

especificar de que tipos de servicios se estaban hablando ni a que sectores de la economía se refería. Además se carecía de un registro obligatorio para las empresas contratistas lo que hacía imposible llevar una estadística exacta de este fenómeno laboral.

Así por ejemplo, se presentaba la dificultad de determinar cuáles eran los trabajadores subcontratados, en la Encuesta Laboral confeccionada por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, cuando una empresa subcontrataba algunos servicios a otras empresas, pero que a vez era subcontratada por otra para prestar los servicios de su especialidad. Por su parte, tampoco se formulaban preguntas en las encuestas de empleo del CASEN, INE y la Encuesta de Empleo de la Facultad de Economía de la Universidad de Chile, tendientes a conocer si los trabajadores pertenecían a empresas que son contratadas por otras o si ellos estaban contratados por empresas para prestar sus servicios en otras empresas.

Como un factor clave en la medición de la externalización, pero que la distorsionaba en cuanto a determinar su real exactitud, era el funcionamiento al margen de la ley con que se estaban desarrollando las empresas suministradoras de personal, como también el déficit regulatorio con que funcionaba la subcontratación en general.

Sin embargo, estimamos que pese a todas estas circunstancias y carencias que impedían tener un registro global y exacto del fenómeno de la subcontratación y del suministro de trabajadores era posible demostrar con las encuestas y los registros parciales una tendencia cada vez mayor de crecimiento en nuestra economía de estas figuras laborales.

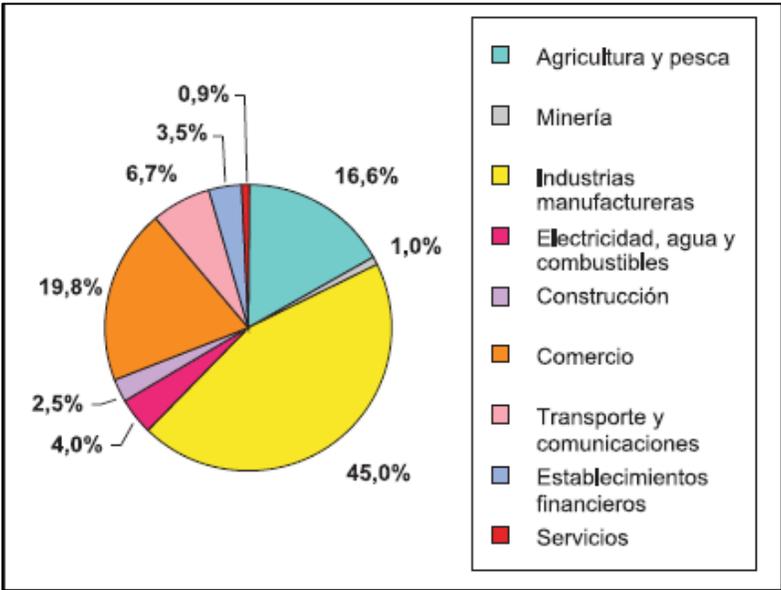
6.1. MEDICIÓN DE LA EXPANSIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN Y DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.

Una clara medición que permitió ver el aumento progresivo que ha experimentado el suministro de trabajadores fue la Encuesta Laboral (ENCLA) del 2004, que determinó que el porcentaje de los operarios suministrado fue de un 7,3% del total de trabajadores con que cuentan las empresas, representando a poco más de ocho mil trabajadores de la muestra, lo que expandido al universo de operarios privados del país alcanzaría a más de 220.000 individuos, de acuerdo con la estimación del

universo de asalariados del sector privado que entrega la encuesta CASEN y que para el año 2003 correspondía a 3.077.504 a nivel nacional, como se aprecia dicho porcentaje de los suministrados a las empresas es superior al que se registró en los años 1999 de un 6,4% y 2002 de un 4,2% por la misma encuesta.

Además, la Encuesta Laboral 2004 clasificó a los trabajadores suministrados a las empresas en las distintas ramas de la actividad económica nacional, destacando su concentración en las áreas de la industria, del comercio y de la agricultura, tendencia que se ve confirmada también en los años anteriores por las mismas encuestas laborales (ENCLA). Agregando la encuesta que del total de los suministrados permanentes, el 58% se encuentra en la rama de la industria y el 25% en el comercio, lo que queda reflejado en la gráfica siguiente:

Trabajadores Suministrados: Distribución por Rama (Encuesta ENCLA 2004)²⁷



²⁷ Fuente: Encuesta Laboral 2004, elaborado por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.

Cantidad de trabajadores permanentes (más de 6 meses) suministrados por terceros²⁸:

Rama	Nº Empresas	Nº Trabajadores
Agricultura y Pesca	3	65
Minería	5	62
Industrias Manufactureras	46	2.465
Electricidad, agua y combustibles	5	325
Construcción	5	117
Comercio	29	1.062
Transporte y Comunicaciones	4	51
Establecimientos Financieros	16	103
Servicios	1	2
Total	112	4.252

Ahora, respecto de la extensión de la subcontratación, quedó demostrado también por una serie de Encuestas ENCLA practicada en los últimos años (2002, 2004) que la tendencia en la subcontratación es ir en aumento en todos los sectores de la economía. Encuestas que al mismo tiempo entregan información acerca del tipo de actividades o servicios que con mayor habitualidad se han ido externalizando, siendo en un principio las actividades más frecuentemente subcontratadas la de los servicios complementarios tales como legales, seguridad, aseo y en menor medida partes o procesos de la actividad económica principal, pero que posteriormente como lo demuestran las mismas encuestas ENCLA, la subcontratación de actividades principales empezó sostenidamente a crecer y entre los años 1999 y 2004 alcanzó un incremento del 14,5% a 20,7% respectivamente, esto es, un aumento de 6,2 puntos porcentuales.

Declarando más de la mitad de las empresas encuestadas que subcontratan alguna de sus actividades económicas con terceras empresas, presentándose así que en aquellas empresas de mayor desarrollo económico, se utilizaba en forma habitual y permanente la subcontratación, llegando a alcanzar hasta las tres cuartas partes de ellas, en cambio en las PYMES sólo alcanzan hasta el 38%, porque se tornaba difícil que dichas empresas externalizarán actividades propias de su giro económico.

²⁸ Fuente: Encuesta Laboral ENCLA 2004.

Ahora respecto de los servicios económicos, las encuestas ENCLA revelaron que tanto la minería, las actividades de electricidad, gas, agua, la industria y agricultura, alcanzaron niveles superiores a la media en lo que respecta a la externalización de sus servicios, en cambio en los sectores de comercio y servicios propiamente tales, la práctica de subcontratación era menos desarrollada.

Para graficar la utilización de la externalización de los servicios por las empresas, la encuesta ENCLA les consultó si han sido subcontratadas o a la vez si han subcontratado en los últimos doce meses, como asimismo el tamaño de desarrollo de las empresas, registrándose los resultados que veremos a continuación en las tablas N° 1 y N° 2 siguientes:

Tabla N ° 1

Empresas mandantes y empresas subcontratadas²⁹

		Durante los últimos 12 meses ¿Ha sido su empresa subcontratada por Otras empresas?		
		Si	No	Total
En los últimos 12 meses ¿ha subcontratado su empresa alguna actividad?	No	50	534	584
	Si	77	521	598
	Total	127	1.055	1.182

²⁹ Fuente: Encuesta Laboral 2004, elaborada por el departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.

Tabla N ° 2

Durante los últimos 12 meses ¿Ha sido su empresa subcontratada por otras empresas? ³⁰

Tamaño de la empresa	Durante los últimos 12 meses ¿Ha sido su empresa subcontratada por Otras empresas?		Total
	Si	No	
Micro empresa	15	227	242
	6,2%	93,8%	100%
Empresa pequeña	73	518	591
	12,4%	87,6%	100%
Empresa mediana	23	216	239
	9,6%	90,4%	100%
Gran Empresa	17	94	111
	15,3%	84,7%	100%
Total	128	1.055	1.183
	10,8%	89,2%	100%

Por otro lado, no sólo se ha visto el aumento de la subcontratación, a través de las encuestas que desarrolla la Dirección del Trabajo, sino que también por medio de los registros que esta Dirección lleva, aun cuando sólo referido a las empresas que certifican su cumplimiento laboral en dicha Dirección y más específicamente respecto de aquellas que solicitaron certificado de contratistas en las Inspecciones del Trabajo durante los años 2005 y 2006 en cada región. De donde se constato que de 28 mil empresas contratistas, la mayor concentración de ellas se registraba en la Región Metropolitana (9.489) con un porcentaje total del país del 34 %, la Región Octava (3.223) con un porcentaje del 11%, la Región Quinta (2.837) con un porcentaje del 10% y la Región Décima (2.269) representando un porcentaje del 8%. ³¹

6.2. MAGNITUD DE LA EXTERNALIZACIÓN EN LA MINERIA:

Mencionemos que la actividad minera hasta antes de la Ley N° 20.123, era la única actividad que registraba la subcontratación laboral, tanto respecto de sus trabajadores propios y de los

³⁰ Fuente: Encuesta Laboral 2004, elaborada por el departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo.

³¹ Fuente: Unidad de Gestión del Departamento de Inspección de la Dirección Nacional del Trabajo. Años 2004 y 2005.

subcontratados, como asimismo respecto del número de empresas mandantes y contratistas. Es en esta actividad de la economía donde su registro permite ver con claridad la magnitud de la externalización de los servicios a través del tiempo, correspondiéndole llevar este registro al Servicio Nacional de Geología y Minería.

La magnitud de este fenómeno puede apreciarse desde el punto de vista de la evolución que han registrado las empresas contratistas y mandantes de la minería entre los años 1997 y 2004, en donde puede apreciarse, a través de la estadística que lleva el SERNAGEOMIN que, las empresas en la minería aumentaron en un 84%, es decir en más de mil firmas, pero de este aumento es sólo responsable el sector que presta servicios, llamado también contratista, esto es que de las 919 empresas existentes el año 1997 creció a 2033 en el año 2004, representado el 2004 al 84% de las empresas en el sector minero. Como contrapartida, el número de empresas mandante registró en igual período una reducción en 62 unidades, constatándose solamente 341 empresas el año 2004, reducción que alcanzó de un 30% a un 14% al final del período estudiado, como apreciamos en la gráfica siguiente:

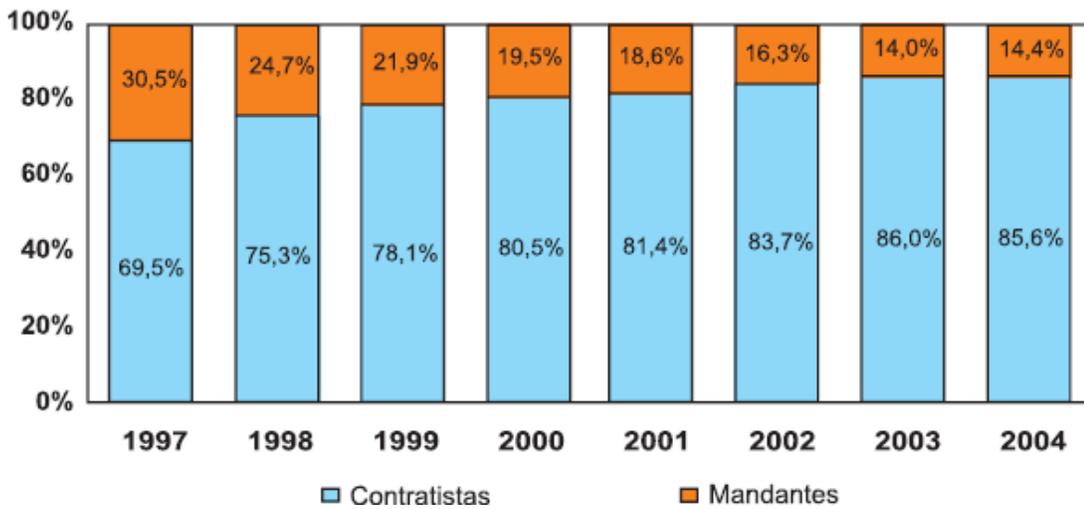
Empresas mandantes y contratistas en la minería, 1997-2004³²

N° de empresas mandantes y contratistas en la minería, 1997-2004								
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Mandantes	403	338	302	314	310	293	300	341
Contratistas	919	1.031	1.079	1.296	1.358	1.501	1.839	2.033
Total	1.322	1.369	1.381	1.610	1.668	1.794	2.139	2.374

Evolución de la distribución de las empresas contratistas y mandantes en la minería, 1977-2004³³:

³² Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, a partir de Anuario de la Minería en Chile.

³³ Fuente: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, a partir de Anuario de la Minería en Chile.



Si analizamos el fenómeno de la externalización en la Minería del punto de vista de la evolución del empleo, podemos observar que en los últimos años, el volumen de empleos aumentó, pero el crecimiento fue sólo de un 17%, mientras que el número de empresas creció en un 44%. Este aumento del empleo se debió al desarrollo y explotación de muchos proyectos nuevos en la minería, pero tanto el aumento de las empresas como del empleo, se ha producido sólo en las empresas y trabajadores externos. Así se registra que el empleo en las empresas contratistas crece en un 38% entre los años 1999 a 2005, mientras que en igual período las empresas mandantes, reducen el empleo en un 16%. Si bien es cierto que en los proyectos mineros se requieren en sus etapas de instalación, montaje de faenas como así mismo de servicios complementarios de una fuerte inversión en el sector de empresas contratistas, pero también es cierto que éstas empresas están interviniendo en las etapas productivas de extracción y de procesamiento para la mandante, lo que a su vez ha provocado que la mandante reduzca los niveles de operarios propios, esto puede apreciarse mejor si comparamos la evolución del período comprendido entre los años 1984 a 2004, nos daremos cuenta que los trabajadores de las empresas contratistas que a comienzos de éste período representaban sólo al 4% de la ocupación en el sector minero, posteriormente alcanzarían un 61% del total de los trabajadores al finalizar dicho período, según la última medición realizada.

Es decir, en promedio, van disminuyendo paulatinamente la cantidad de trabajadores por empresas mandantes y van aumentando cada vez más, la cantidad de trabajadores por empresa contratistas. Así entonces, ocurrirá que al finalizar el año 2004 existirá aproximadamente una empresa

mandante por cada seis empresas contratistas, lo que se reflejará también, en los trabajadores, que de cada cinco, tres estarán contratados por la empresa contratista, mientras que solamente dos trabajarán en las empresas mandantes.

Otro aspecto que es importante de señalar respecto de la magnitud de la externalización de los servicios en la minería es lo referente a la duración de la jornada laboral en dicho sector, en relación con los trabajadores de las empresas contratistas y mandantes.

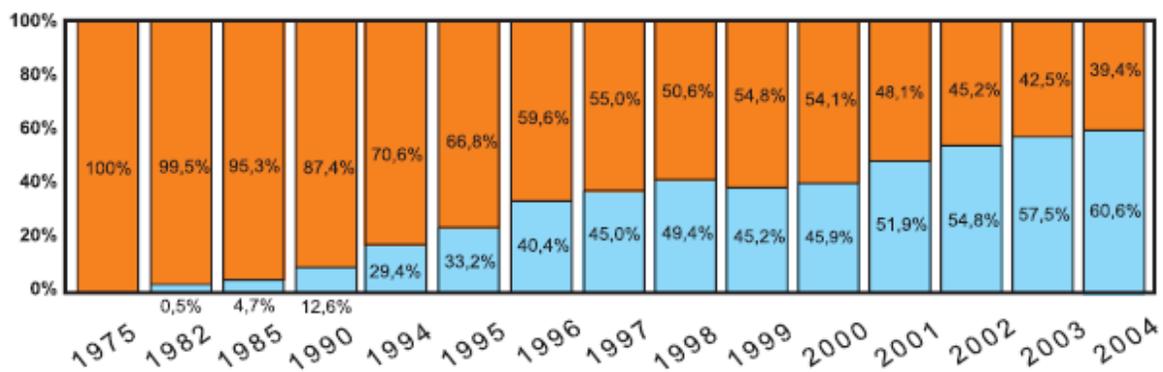
Porque una de las características de la Minería es tener jornadas laborales más extensas que en el resto del país, ya que el promedio de horas anuales de trabajo en el sector minero es superior a la media registrada para los otros trabajadores, sin embargo, dentro de la jornada laboral minera es posible apreciar la diferencia que existe entre el número de horas trabajadas en el año entre los trabajadores de las empresas contratistas, con los de las empresas mandantes, mientras que en las empresas contratistas la jornada laboral ha llegado a superar las 2.600 horas en el año, en las empresas mandantes el tope en el año, es de sólo 2.300 horas trabajadas.

A continuación, acompañaremos una serie de gráficos sobre los puntos que hemos mencionados, de acuerdo a un análisis efectuado por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, a partir de los Anuarios de la Minería en Chile.

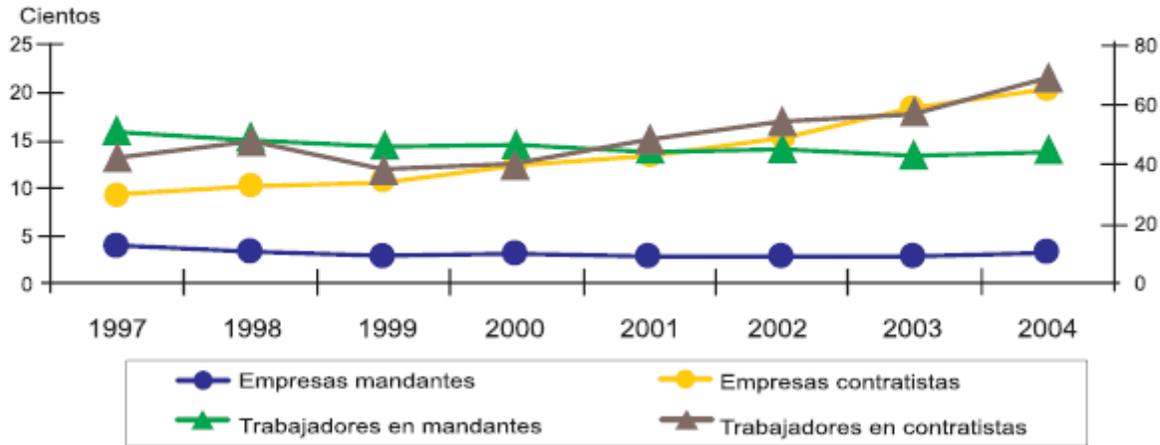
**Número de trabajadores de empresas
mandantes y contratistas en la minería,
1975 a 2004**

Año	Contratistas	Mandantes	Total
1975	0	74.782	74.782
1976	0	75.535	75.535
1977	0	72.967	72.967
1978	0	67.369	67.369
1979	0	64.746	64.746
1981	0	59.777	59.777
1982	290	54.206	54.496
1983	450	54.006	54.456
1984	1.869	61.311	63.180
1985	2.174	62.226	64.400

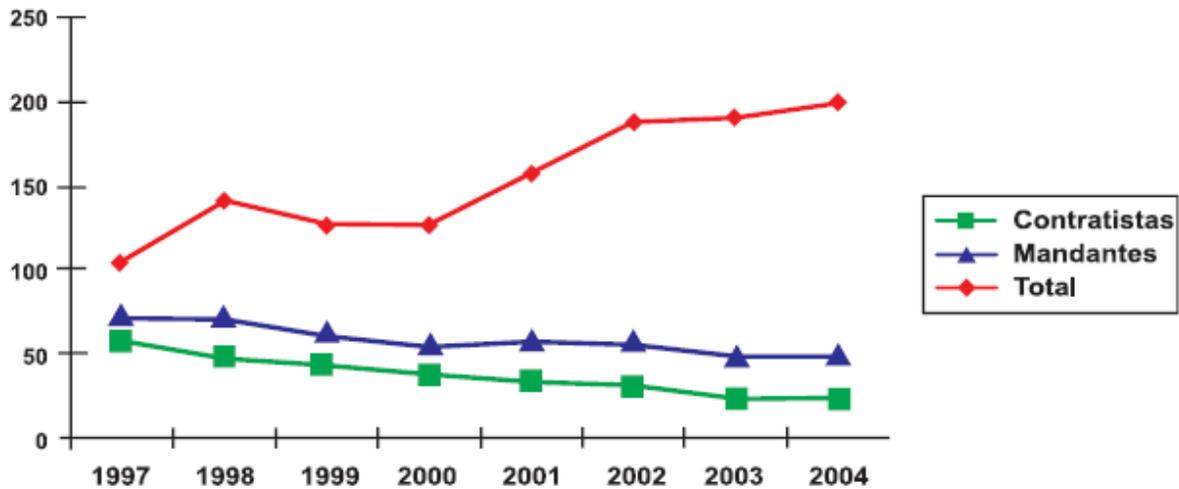
**Distribución de trabajadores por tipo de empresa (contratista/mandante),
en el periodo 1975-2004**



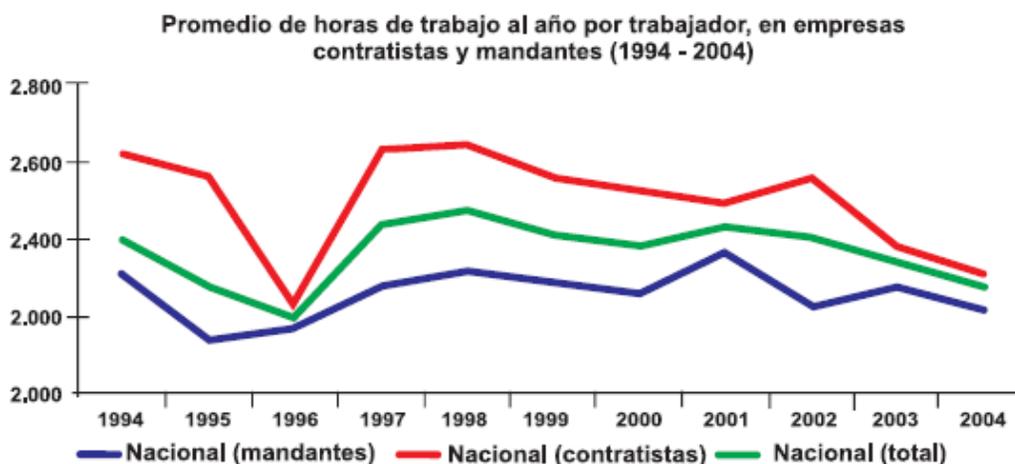
Evolución de la cantidad de empresas y de la cantidad de trabajadores según tipo de empresa (mandante/contratista), en el periodo 1997-2004



Evolución del promedio de trabajadores por empresa mandante, contratista y total en el periodo 1997-2004



Fuente: Elaboración Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, a partir de Anuarios de la Minería de Chile.



Fuente: Elaboración Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, a partir de Anuarios de la Minería de Chile.

7. DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

7.1. CONCEPTO

Dentro de los conceptos que se han dado de las Empresas de Servicios Transitorios, sea por las legislaciones comparadas como por la doctrina, podemos señalar los siguientes:

a. Son empresas de servicios eventuales:

Toda entidad que constituida como persona jurídica tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas, llamadas usuarias, a personal industrial, administrativo, técnico o profesional para cumplir, en forma temporaria servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que pueda establecerse un plazo cierto para la finalización del contrato.³⁴

b. Empresa de Servicios temporales:

³⁴ Ordenamiento Argentino, artículo 2 del Decreto 342/92.

Es aquélla que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto a éstas el carácter de empleador.³⁵

c. Son empresas suministradoras de mano de obra temporal:

Aquéllas que desarrollen como actividad exclusiva la de poner a disposición transitoria de otra empresa a trabajadores asalariados de una cierta categoría profesional, en condiciones previamente convenidas con la clientela.³⁶

d. Las Empresas de Trabajo Transitorio:

Son aquellas cuyo giro consiste en el suministro de trabajadores a otra empresa, por el pago de un precio determinado y en forma transitoria, reteniendo para sí la calidad de empleador.³⁷

e. Finalmente se entiende por empresa de servicios transitorios según nuestro ordenamiento jurídico:

Como toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo de poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como así mismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.³⁸

³⁵ Ordenamiento Jurídico Colombiano, Artículo 71 de la Ley N° 50.

³⁶ Ordenamiento Jurídico Uruguayo, Proyecto de la ley.

³⁷ Ugarte Cataldo, José Luis, “Suministro de Trabajadores y Trabajo Temporal” Cuaderno de Investigación N° 10, Departamento de estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago 1999 p.16.

³⁸ Ordenamiento Jurídico Laboral Chileno, Ley número 20.123 Artículo 183-F.

7.2 REQUISITOS DE EXISTENCIA Y DE ACTUACIÓN DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

Tanto la doctrina en general como las legislaciones comparadas, han establecido una serie de requisitos para que las Empresas de Trabajo Transitorio puedan constituirse y actuar en la vida económica laboral, los cuales trataremos de sistematizarlos a continuación:

1. Las Empresas de Trabajo Transitorio en primer lugar requieren de la autorización administrativa para poder constituirse y actuar.
2. Deben, además, tener un capital mínimo para poder desempeñar sus funciones, el cual se calcula sobre el número de trabajadores que tenga la Empresa.
3. Las Empresas deben estar inscrita en un registro público fiscal, que la autoridad administrativa cree para estos efectos.
4. Las Empresas pueden ser personas naturales o jurídicas, incluidas las sociedades cooperativas, sin embargo para algunas legislaciones sólo pueden adoptar la forma de sociedad mercantil.
5. Debe disponer la Empresa de una estructura organizativa adecuada con la función que va a realizar.
6. Debe la Empresa dedicarse en forma exclusiva a la actividad del suministro de personal a terceros, objeto social único y exclusivo.
7. Las Empresas de Trabajo Transitorio deben garantizar financieramente el cumplimiento de sus obligaciones salariales y de seguridad social respecto de sus trabajadores, es decir, para estos efectos se exige el establecimiento de una garantía dineraria o caución que deberá hacerse en una institución determinada por la autoridad administrativa, que podrá ser una entidad bancaria o compañía de seguros.
8. No haber sido la Empresa sancionada por la autoridad con suspensión de sus actividades laborales en dos o más ocasiones.
9. Deberá la Empresa incluir en su nombre social los términos de “Empresa de Trabajo Temporal” o bien la sigla E.T.T o E.S.T, según lo determine al constituirse.
10. Necesidad de escrituración de los contratos. Es decir, los contratos de puesta a disposición entre la Empresa de Trabajo Transitorio y la Empresa Usuaria y los contratos laborales temporales entre la

Empresa de Trabajo transitorios y sus trabajadores deberán formalizarse por escrito, exigiéndose un contenido mínimo por la ley, de acuerdo a un modelo administrativo oficial.

Dentro de los requisitos que deben reunir las empresas de trabajo transitorio, encontramos también aquellos que constituyen verdaderas prohibiciones de actuación para éstas empresas, tales como:

1. Se prohíbe la actuación de las Empresas de Trabajo Transitorio para realizar actividades y trabajos que constituyan, especial peligrosidad a la seguridad y salud de los trabajadores, lo que estará determinado por los reglamentos que la respectiva autoridad administrativa cree.
2. Se prohíbe la utilización de trabajadores temporales para sustituir a trabajadores de la empresa usuaria que se encuentren en huelga legal.
3. También se prohíbe dicha figura, para sustituir a trabajadores de la Empresa Usuaria, despedidos en los doce meses inmediatamente anteriores por causas objetivas o por despidos disciplinarios declarados judicialmente improcedentes o que se hubiere resuelto el contrato de trabajo por incumplimiento grave o culpable del empleador.
4. Para algunas legislaciones, se prohíbe la actividad de las Empresas de Trabajo Transitorio, en los sectores de la Administración Pública, como lo es en Francia y Bélgica.³⁹

7.3 SUPUESTOS PARA PODER UTILIZAR LOS SERVICIOS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

Al igual que los requisitos de existencia y de actuación, es la doctrina en general y las legislaciones comparadas las que han señalado cuáles son los supuestos esenciales para poder utilizar los servicios de estas empresas; así tenemos que:

1. En primer término se utiliza el suministro de personal proporcionado por las Empresas de Trabajo Transitorio, para hacer frente a los incrementos temporales de la producción de la Empresa Usuaria, es decir, en atención de exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos.

³⁹ En cambio para otras legislaciones, no existe prohibición alguna de actuación para las Empresas de Trabajo Transitorio como lo es en Irlanda y Portugal.

2. Para la sustitución de trabajadores de la Empresa Usuaria con derecho a reserva de puesto de trabajo.
3. También se utiliza para la cobertura temporal de un puesto de trabajo vacante, mientras dura el procedimiento de selección o de promoción para su cobertura definitiva.
4. Para la realización de obras o servicios determinados, como alguna legislación suele denominar “para la ejecución de trabajos de naturaleza temporal”⁴⁰, es decir, debe tratarse de trabajos estacionales, de temporada o trabajos para los cuales no es costumbre recurrir a la contratación indefinida.

7.4 DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.

Precisemos que el objeto principal y único de las E.S.T. para la mayor parte de las legislaciones, incluyendo la nuestra, es el suministro de trabajadores para las Usuarías que requieran de este servicio. Surgiendo así esta actividad como una manera de poder satisfacer las necesidades del mercado laboral, como por ejemplo llenar con rapidez puestos de trabajos temporales originados principalmente por aumentos en la producción de una empresa a consecuencia del incremento de la demanda de determinados bienes o servicios también en forma inesperada y temporal. Además de otras situaciones como vacaciones de los trabajadores de la empresa usuaria, o de enfermedades, licencias maternales de éstos, por despidos mientras se provee el cargo, etc.

CONCEPTO DE SUMINISTRO DE TRABAJADORES:

Recordemos que el suministro de trabajadores, como una nueva manifestación del trabajo temporal, es proporcionado por las Empresas de Trabajo Transitorio, el cual consiste en poner a disposición de un tercero llamado Usuario, los servicios de trabajadores transitorios, a cambio de un precio y por tiempo determinado.

Luego en esta figura, la relación laboral clásica entre empleador y trabajador, se ve intermediada por un tercero, la E.S.T que vende un servicio que consiste en vincular al operario con una empresa que requiere de su trabajo, de su colocación o puesta a disposición, pero que a la vez retiene para sí la

⁴⁰ Legislación laboral Francesa.

calidad formal de empleador, pasando en consecuencia, hacerse cargo de todas las obligaciones laborales ya sea por períodos cortos, tratándose del suministro de personal temporal o por períodos indefinidos, tratándose del suministro permanente personal.

Es la E.S.T la que suscribe el contrato de trabajo con el trabajador suministrado, entregando a la Usuaría un operario laboralmente administrado por la primera, es decir, la Usuaría queda liberada de todos los aspectos administrativos del derecho laboral respecto del trabajador puesto a su disposición, el cual se incorpora de manera simple y pura a la empresa de la usuaria la que se beneficia directamente con el producto de su trabajo, además con la característica de ponerle término a esta relación cuando lo determine o requiera, generalmente, esto último, dependerá de la naturaleza de los trabajos que se prestan.

7.5. SUJETOS Y RELACIONES QUE ORIGINA EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.

Precisemos que el suministro de trabajadores por intermedio de las E.S.T, genera necesariamente una relación de carácter triangular que vincula a un trabajador directamente con una empresa colocadora e indirectamente con otra empresa Usuaría de sus servicios.

Generándose así una relación laboral-contractual, con el operario y simultáneamente se trabaja otra de carácter comercial o civil entre las dos empresas. Interactuando así tres sujetos, la Empresa de Servicios Transitorios, la Empresa Usuaría de dichos servicios y los Trabajadores que se le proporcionan a ésta última, lo cual a su vez va a originar tres relaciones y dos contratos, a saber:

- i) Relación entre la empresa de trabajo transitorio con la empresa usuaria.
- ii) Relación entre la empresa de trabajo transitorio con sus trabajadores suministrados.
- iii) Relación entre la empresa usuaria con los trabajadores, puesto a su disposición.

7.5.1 SUJETO: LA EMPRESA DE TRABAJO TRANSITORIO:

El primer sujeto de esta relación laboral son las Empresas de Trabajo Temporal que son verdaderas organizaciones que flexibilizan el mercado de trabajo, asegurando una adecuada

protección al trabajador y que la habíamos conceptualizado como aquellas empresas de servicio cuya actividad va a consistir en el suministro temporal de trabajadores a otras empresas, clientes o usuarias, con la finalidad de satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra, en cuanto a cantidad y calidad; para tal fin contratarán y formarán un colectivo de trabajadores que pondrán a disposición de las empresas que requieran de sus servicios, asegurando que los trabajadores suministrados se acomodaran a lo contratado por ambas empresas.

De la definición expresada se concluye que el objeto único o principal de éstas empresas es el suministro de trabajadores, se trata pues de entidades formales y especializadas en la actividad económica laboral del suministro de operarios que además de seleccionar y reclutar a los trabajadores que prestarán sus servicios tienen el control y son parte de la relación laboral con éstos ya sea, respecto del pago de sus remuneraciones, cotizaciones previsionales y demás pagos que deriven de esta relación laboral, teniendo como beneficios la diferencia entre sus costos de operación y los ingresos que obtiene por el cobro de sus servicios a los usuarias.

Como lo señalamos anteriormente estas E.S.T. deben reunir una serie de requisitos de existencia y de funcionamiento que dependerán de cada legislación, entre los que podemos mencionar autorización para su constitución de las autoridades administrativas, garantías financieras, que caucionen el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores, inscripción en registros administrativos, etc...

Las empresas de servicios transitorios se relacionan con los otros dos sujetos del trabajo temporal formando así en este sistema de trabajo transitorio una relación triangular entre las partes, que analizaremos a continuación.

1. RELACIONES DE LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS CON LA EMPRESA USUARIA.

La primera relación que se da es entre la Empresa de Servicios Transitorios y la Usuaria que es de carácter comercial, entre estas dos empresas independientes entre sí y que se encuentran ocasionalmente ligadas, por los trabajadores transitorios colocados. Esta vinculación que se

materializa a través de un contrato llamado por la doctrina⁴¹ como “contrato de puesta a disposición” mediante el cual se fijan las condiciones en que se prestarán los servicios a la usuaria a través de la cesión de los trabajadores de la empresa prestadora.

Siendo la principal razón de este tipo de contratación la de obtener un adecuado sistema que resuelva las necesidades y requerimientos de personal para las actividades operacionales y de servicio de la usuaria.

CONTENIDO DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN.

La regla general es que este contrato comercial se encuentre escriturado, siendo una situación excepcional que se realice mediante acuerdo de carácter verbal. Ahora dentro del contrato mismo las partes estipulan las obligaciones que asumirán durante su vigencia, obligándose la empresa de trabajo temporal a proporcionar trabajadores a la empresa usuaria, asumiendo todas las obligaciones de carácter laborales y previsionales de los trabajadores que proporciona, manteniendo además, personal de reemplazo para futura eventualidades.

Para la empresa usuaria el contenido del contrato establecerá todas aquellas condiciones generales en que será prestado el servicio, determinará las funciones y números de trabajadores necesarios para la relación de los servicios y el lugar donde éstos ejecutarán las labores contratadas.

Conteniendo, además, las cláusulas de duración del contrato, monto y forma de pago por la prestación que va a realizar la empresa de servicios transitorios, como también, contendrá la figura del coordinador o agente, que será la persona de confianza de la Empresa de Servicios, que servirá de nexo entre los trabajadores y ésta, teniendo como principal función supervisar a los trabajadores suministrados, recibir todo tipo de observaciones, solicitudes de éstos, velar por el cumplimiento de los trabajo respecto de los servicios contratados por la usuaria, asimismo acoger las solicitudes que la usuaria haga respecto del trabajo de los operarios, como asimismo acerca de su conducta dentro de la empresa, etc.

⁴¹ Doctrina y Legislación Española.

2. RELACIONES DE LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS CON LOS TRABAJADORES.

Se origina dentro del suministro de trabajadores una segunda relación entre la E.S.T. con sus trabajadores, produciéndose aquí la verdadera relación laboral, que se traduce en la existencia de un contrato de trabajo con los operarios suministrados. Es así como se señala por las legislaciones comparadas y la nuestra, que estas empresas son el único empleador directo de los trabajadores transitorios, así por ejemplo lo dice la Ley Colombiana N° 50, al señalar que la E.S.T. “tendrá siempre el carácter de empleador con respecto tanto a los trabajadores que tenga en la planta como aquellos que estén en misión de colocación”. Agregando dicha ley al definir a estas empresas, en su artículo 71, que “los trabajadores temporales son contratados directamente por las E.S.T, la cual tiene respecto de ellos el carácter de empleador”.

Consecuencia de lo anterior, es que corresponda a las E.S.T, pagarles a sus trabajadores suministrados la remuneración convenida, por las labores específicas realizadas para una usuaria, durante el tiempo servido en ellas, así lo manifiesta expresamente nuestra legislación en su artículo 183-R del Código del Trabajo.

Teniendo que cumplir, además las E.S.T, con todas las otras obligaciones de carácter laboral o previsional que se devenguen en favor de éstos trabajadores, como por ejemplo, el pago de las cotizaciones previsionales, del seguro contra riesgo de accidentes y enfermedades profesionales, etc...

Por su parte, nace recíprocamente para los trabajadores la obligación de ejecutar todas las labores que se le encomienden ante una usuaria de dichas empresas.

Con respecto a la duración de los contratos de trabajo se ha señalado que existe una relación entre el tipo de contrato y la duración misma del servicio que se va a prestar a la empresa usuaria. Luego si los servicios que se prestarán a la usuaria, se desarrollarán por plazos breves, por ejemplo menos de dos semanas, se celebrará con los trabajadores un contrato a honorarios, por el contrario si la duración de los servicios es superior a éste plazo pero inferior a los noventa días, se elegirá un contrato de trabajo a plazo fijo y si el suministro de trabajadores es de carácter permanente, se

suscribe un contrato de trabajo indefinido, es decir no se les obliga a contratarlos por tiempo indefinidos a los trabajadores sino que la regla general es que se contraten temporalmente coincidiendo su duración con la de la labor que realicen en la empresa usuaria.

7.5.2 SUJETO: LA EMPRESA USUARIA.

El segundo sujeto de esta relación son las Empresas Usuarias conceptualizadas como aquellas personas naturales o jurídicas que utilizan los servicios de los trabajadores suministrados por la Empresas de Servicios Transitorios, para la realización de tareas ocasionales, concurriendo los supuestos que la ley establezca, es decir, es aquella que efectivamente recibe el beneficio de la actividad personal del operario suministrado.

Es en la usuaria donde físicamente van a desarrollarse las prestaciones de los trabajadores transitorios, ya sea para cubrir necesidades de mayor mano de obra por aumento en la producción de la usuaria, ya sea para cubrir vacantes o reemplazos o bien para obras o servicios determinados.

Concurriendo así dos tipos de trabajadores en la Usuaria, los permanentes de ésta y los transitorios, suministrados por las E.S.T, produciéndose notorias diferencias en sus estatus laborales, lo que la legislación comparada ha tratado de atenuar con el llamado “principio de la paridad de trato”, es decir, lograr una mayor equiparación en las condiciones laborales del trabajador temporal cedido con las condiciones salariales del trabajador contratado permanentemente por la usuaria.

1. RELACIONES DE LA EMPRESA USUARIA CON LOS TRABAJADORES SUMINISTRADOS.

Esta tercera relación que se da en el suministro de trabajadores se origina en virtud del contrato que celebra la empresa usuaria con la empresa de servicios transitorios, llamado por las legislaciones⁴² como contrato de puesta a disposición en cuya virtud los trabajadores son cedidos a la empresa usuaria para la prestación de labores específicas en ésta, debiendo la usuaria cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios relativas a la

⁴² Legislación Francesa y la nueva legislación nacional, Ley N° 20.123, de 16 de octubre de 2006.

ejecución de los servicios como son por ejemplo, duración de la jornada de trabajo, descansos semanales, diarios como también respecto a la naturaleza de los servicios que debe prestar y el lugar donde serán estos realizados.

Pero como contrapartida tiene la usuaria la facultad de dirigir y organizar el trabajo que realicen los operarios suministrados, quedando éstos sujetos a los reglamentos de orden, seguridad e higiene que tenga la empresa usuaria.

Sin embargo, los grados de una mayor o menor dirección del trabajo por parte de la usuaria variarán de acuerdo con las características propias de los trabajos que deban realizarse.

Esta facultad de organizar y dirigir el trabajo de los operarios suministrados era tan gravitante que la Dirección del Trabajo, antes de la entrada en vigencia de la ley 20.123 que regula esta materia, consideraba que la verdadera relación laboral se daba entre el trabajador y la empresa usuaria a la que calificaba como el verdadero empleador y no a la empresa de servicios transitorios. Además gran parte de las legislaciones que han reglamentado esta figura laboral incluyendo la nuestra han establecido ciertas responsabilidades para la empresa usuaria de carácter subsidiaria con respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten la empresa de trabajo temporal a favor de los trabajadores de ésta. Es una responsabilidad subsidiaria, porque la relación que existe entre el operario temporal con la usuaria no es directa, por lo que resulta lógico que las obligaciones que tenga la usuaria para con éstos trabajadores, sea sólo en subsidio de aquellas obligaciones principales que tenga su verdadero empleador la E.S.T.

7.5.3 SUJETO LOS TRABAJADORES SUMINISTRADOS.

Dentro de la figura del suministro de operarios encontramos al último sujeto de esta relación, los trabajadores de servicios transitorios, que se han definido como toda aquella persona que ha celebrado un contrato de trabajo con una empresa de servicio transitorio para ser puesto a disposición de una o más usuarias de la empresa prestadora.

El trabajador se obliga a ejecutar servicios específicos para una usuaria a cambio la empresa de servicios transitorios, con quién celebró el contrato de trabajo, se obliga a su vez a pagar una

remuneración determinada por el tiempo que presto los servicios, considerándose dentro de la remuneración toda gratificación legal, el desahucio, las indemnizaciones por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo, además cualquier otro concepto que se devengue en proporción al tiempo servido.

Si bien es cierto que el trabajador celebra su contrato de trabajo con la empresa de servicios transitorios pero la facultad de organizar y dirigir el trabajo le va a corresponder a la usuaria produciéndose una polarización de la relación laboral normal, ya que aquí es una persona ajena a la formación contractual laboral, la que va a tener la facultad de dirección de los servicios que el trabajador preste, como asimismo de organizar su trabajo.

Señalemos además, que el trabajador suministrado no tiene el mismo nivel de protección laboral y de seguridad previsional que el trabajador permanente de la usuaria, ello porque en sus orígenes el trabajo suministrado, fue considerado como una forma de precarización del empleo, presentándose como un medio menos rígido de contratación y por ende, como un factor para promover las políticas de empleo.

Asociándose a un tipo de trabajo más barato y menos vinculante, permitiendo una mayor adaptación entre la demanda de trabajo y el nivel de actividad del empleador.

Es así como el Convenio Internacional del Trabajo N° 181, recuerda la necesidad de proteger a los trabajadores suministrados transitoriamente contra los abusos de una falta de legislación que tutele sus derechos laborales y previsionales. De ahí que la mayoría de las legislaciones para resguardar a este tipo de trabajador han considerado como empleador directo a la Empresa de Servicios Transitorios, a tal punto de considerarlo operario permanente con prestación discontinua de dicha empresa.

CAPITULO SEGUNDO

LEGISLACIÓN ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.123.

1. ASPECTOS GENERALES.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.123 publicada en el Diario Oficial de 16 de Octubre de 2006, esta materia se encontraba “básicamente” regulada en dos artículos del Código del Trabajo, artículos 64 y 64 bis, normas que sin embargo no regulaban cabalmente las situaciones de los trabajadores en régimen de trabajo en subcontratación y menos aún del trabajo de servicios transitorios, lo que hizo necesario su regulación en forma sistemática, a través de un nuevo Título Séptimo del Libro Primero del Código del Trabajo. Pero no obstante dichos artículos sirvieron de base a la nueva legislación que además en lo substancial fueron contemplados en el Párrafo Primero “De la Subcontratación”, en sus artículos 183-A, 183-B, 183-C, eso si precisando algunas modificaciones necesarias para estar dentro de este nuevo régimen de trabajo.

Ahora analizaremos estos artículos 64 y 64bis del Código del Trabajo, que como dijimos, aunque están derogados se mantienen vigentes en lo sustancial dentro de la nueva ley lo que hace posible utilizar algunos de sus fundamentos jurídicos en un futuro conflicto de relevancia judicial entre partes y por ello creemos necesario también ver la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre dichos preceptos.

2. DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA.

El artículo 64 del Código del Trabajo estableció la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos.

Además, precisó también la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena respecto de iguales obligaciones laborales y previsionales, que afecten a los subcontratistas pero sólo para el caso que no pueda hacerse efectiva la responsabilidad en el contratista.

3. DETERMINACIÓN DEL SENTIDO Y ALCANCE DE ESTA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.

La determinación del alcance de este artículo 64 del Código del Trabajo ha sido dado por la jurisprudencia de nuestros tribunales respecto de los casos sometidos a su competencia, analizando a continuación algunos de ellos.

3.1 RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA.

La responsabilidad que establece la ley al dueño de la obra, empresa o faena por las obligaciones que se expresan es de carácter subsidiario, es decir sólo va a responder para el evento que el empleador directo (contratista) no hubiere cumplido sus obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores.

1° Así aparece claramente establecido en Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de marzo del año 2006, que señala al respecto:

- a. La Responsabilidad que establece el artículo 64 del Código del Trabajo es expresamente subsidiaria para el dueño de la obra, empresa o faena.
- b. Luego la obligación contenida en la sentencia de primera instancia sólo es exigible respecto del condenado subsidiariamente una vez que se ha perseguido el pago de las prestaciones adeudadas respecto del demandado principal.
- c. Que la municipalidad reclamada ha hecho presente que en el juicio laboral la actora dirigió su acción contra la empresa empleadora y subsidiariamente en contra de la Municipalidad argumentando que la demandada principal era contratista de esta última, y que así fue acogido por el tribunal, quedando entonces la Municipalidad obligada en forma subsidiaria, al pago de las cantidades que por distintas prestaciones se indican en el fallo.

Consta en la causa laboral, traída a la vista, que se solicitó el cumplimiento incidental del fallo y que la Municipalidad fue requerida de pago, sin que conste en dichos autos que se ha practicado requerimiento a la demandada principal.

Que la sentencia que acogió la demanda condenó a la demandada principal al pago de las prestaciones solicitadas, agregando que se condena a la Municipalidad al pago subsidiario de las sumas a que se ha condenado pagar a la demandada principal.

De lo relacionado anteriormente se colige que la sentencia laboral no contiene una obligación actualmente exigible respecto de la Municipalidad toda vez que dicha Corporación ha sido condenada subsidiariamente y no se ha demostrado que se haya perseguido el pago adeudado respecto del demandado principal, y que dicho pago no ha sido posible de obtener por otra vía⁴³.

2° También ha señalado la jurisprudencia de nuestros tribunales que esta responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena se extiende a toda la cadena de contratistas y subcontratistas por las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de éstos, así lo expresa un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de Agosto del 2005:

a. “Que conforme al artículo 64 del Código del Trabajo la responsabilidad subsidiaria de la empresa mandante por las obligaciones laborales previsionales que sus contratistas tengan, lo es por aquellas obligaciones que sus contratistas mantengan con sus trabajadores, de forma tal que es dicha empresa mandante la que responde en último termino por tales obligaciones.

b. En lo que se refiere a la responsabilidad subsidiaria de la empresa contratista por las obligaciones laborales y previsionales que sus subcontratistas tengan con sus trabajadores, el contratista responde subsidiariamente de la misma forma como lo hace la empresa mandante por las obligaciones que de la misma naturaleza tenga el contratista respecto de sus trabajadores.

c. Finalmente, la empresa mandante (el dueño de la obra, empresa, o faena) es responsable subsidiariamente en toda la cadena de contratistas por las obligaciones laborales previsionales de los

⁴³ Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol de la causa 760-2005. Boletín diario de Jurisprudencia Chilena

trabajadores, es decir, tanto de las obligaciones que tienen los contratistas como, además por las obligaciones que los subcontratistas de éstos tengan con sus trabajadores.

Desde luego, para hacer efectivas estas responsabilidades deben encontrarse acreditadas, las diferentes situaciones⁴⁴.

3° En otro fallo, de la Corte de Apelaciones de Santiago se señaló que la norma del artículo 64 del Código del Trabajo, que hace subsidiariamente responsable del pago de las prestaciones laborales que allí se indican al dueño de la obra, empresa o faena, es una norma de derecho público laboral.

“Que por lo mismo, no admite una interpretación extensiva o analógica, como para concluir que cuando en ella se habla del dueño de la obra, empresa o faena, pueda llegarse a incluir en ellos a quien entrega en concesión un establecimiento de comercio recreacional para su amplia explotación sea, como se expresó, en beneficio de sus asociados o de terceros, con mayor si quien demanda es uno de los socios principales de la demandada⁴⁵”.

4° Por su parte también la Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo⁴⁶ ha precisado el sentido y alcance de la responsabilidad de carácter subsidiaria que tiene dueño de la obra, empresa o faena señalando que:

Sólo podrá perseguirse la responsabilidad subsidiaria por las obligaciones laborales como previsionales contraídas por el principal obligado, contratista o subcontratistas, según corresponda, solamente una vez que éstos hayan sido requeridos y se haya agotado el procedimiento de cobro en su contra.

En otros términos, no procede requerir de pago al dueño de la obra o faena sin haber requerido previamente de pago al contratista o subcontratista, según corresponda, quienes son los obligados

⁴⁴ Sentencia Corte de Apelaciones Concepción, Rol de la causa 1940-2000, de 19 agosto de 2005, caratulada José Miguel Zúñiga Osorio con Servicio De Impuestos Internos.

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de la causa 7284-2004 de 9 de agosto de 2005, gaceta página 290 número 302.

⁴⁶ Dictamen de la Dirección del Trabajo Número 4546/220 de 21 de julio 1995.

principalmente al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores.

Por otra parte, es menester, puntualizar que esta responsabilidad subsidiaria que tiene el dueño de la obra o faena le permite gozar del beneficio de excusión, en virtud del cual, una vez requerido de pago, pueden exigir que antes de procederse en su contra se persiga la deuda en el patrimonio del deudor principal, contratista o subcontratista.

Concluyendo el Dictamen de la Dirección del Trabajo con el alcance de 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 y no resulta jurídicamente procedente que los fiscalizadores de la Inspección del Trabajo hagan exigible dicha responsabilidad subsidiaria respecto del dueño de la obra o faena.

3.2 DE QUÉ OBLIGACIONES RESPONDE SUBSIDIARIAMENTE EL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA.

Sólo va a responder de las obligaciones de carácter laboral y previsional, así lo señala el artículo 64 al decir que “El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas (o subcontratistas, según corresponda) en favor de los trabajadores de éstos”.

a. Nuestra Jurisprudencia Administrativa Laboral ha entendido para los efectos del artículo 64 del Código del Trabajo por⁴⁷:

i) Obligaciones Laborales:

Las que emanan de los contratos individuales o colectivos de trabajo, del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, de los trabajadores del contratistas o subcontratistas, según el caso, ocupados en la ejecución de la empresa, obra o faena.

⁴⁷ Jurisprudencia Administrativa Número 544/32 del 2 de Febrero de 2004.

ii) Obligaciones Previsionales:

Todas aquellas 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.

b. Por su parte, la Corte Suprema en Sentencia⁴⁸ del 5 de julio del 2006, determino el sentido y alcance de las expresiones “obligaciones laborales y previsionales” contenidas en el artículo 64 del Estatuto Laboral:

“Es dable admitir que las obligaciones laborales y previsionales a que hace referencia el artículo 64 del Código del Trabajo, están constituidas fundamentalmente, por el pago de las remuneraciones, en concepto amplio, y de las cotizaciones de salud y de seguridad social, sin perjuicio que el empleador deba dar, además, cumplimiento a los restantes imperativos de la legislación laboral, verbi gracia, duración máxima de la jornada, pago de las horas extraordinarias, adopción de medidas de seguridad, escrituración y actualización de los contratos, etc...

En este contexto, aparece que tales obligaciones nacen, permanecen y se hacen exigibles durante la vigencia de la relación laboral que une al trabajador y empleador, pues son consecuencias, precisamente de la existencia de esa vinculación, de suerte que de su cumplimiento es responsable el dueño de la obra o faena, pero siempre y sólo en la medida que dicho cumplimiento sea susceptible de ser fiscalizado”.

3.3. OBLIGACIONES A LAS QUE NO SE EXTIENDE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.

La Corte Suprema en diversos fallos ha establecido una suerte de limitación a esta responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, relacionado esencialmente a no extender ésta responsabilidad al pago de indemnizaciones por años de servicios y a otros pagos que veremos a continuación; con ello restringe jurisprudencialmente el concepto de las “Obligaciones Laborales y Previsionales” a que estaría obligado el dueño de la obra, empresa o faena”.

⁴⁸ Corte Suprema, Sentencia Rol Número 5529-04 de julio del 2006.

1° No es posible extender la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena al pago de la indemnización por años de servicios:

La Corte Suprema, en sentencia⁴⁹ de 28 de Marzo del año 2006 ha señalado que, el sentido del artículo 64 del Código del Trabajo es claro en orden que la responsabilidad del dueño de la obra o faena se ha limitado a las obligaciones laborales y previsionales, de manera que es a ellas a las que debe estarse para los efectos de precisar la existencia de aquella responsabilidad.

Sin embargo, la ley no ha entregado una definición de tales obligaciones, razón por la cual corresponde interpretar el alcance que se ha querido dar a dichas expresiones. Recurriendo al concepto de contrato individual de trabajo, definido legalmente como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada, resulta que la principal obligación del empleador, aunque no la única, es la de pagar la remuneración, al punto que el artículo 10 N° 4 del Código Laboral señala como estipulación del contrato monto, forma y período de pago de la remuneración acordada.

Ha de considerarse, además, que este artículo 64 se encuentra ubicado, precisamente entre las disposiciones que protegen las remuneraciones, cuyo pago, constituye la obligación principal de todo empleador, a lo que debe agregarse el artículo 58 del Código Laboral que señala que el empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social, las cuotas sindicales, las obligaciones con instituciones de previsión, etc. consignándose así en esta norma otra de las obligaciones del empleador.

Agrega la Corte, que por lo expuesto se concluye que las obligaciones laborales y previsionales a que hace referencia el artículo 64 del Código del Trabajo, están constituidas, fundamentalmente, por el pago de las remuneraciones, en concepto amplio, de las cotizaciones de salud y seguridad social, sin perjuicio que el empleador deba dar, además, cumplimiento a los restantes imperativos de la

⁴⁹ Sentencia Corte Suprema, Rol número 2554-04.

legislación laboral ..., tales obligaciones nacen y se hacen exigibles durante la vigencia de la relación laboral que une al empleador con el trabajador de manera que de su cumplimiento es responsable el dueño de la obra o faena...(como se había señalado por la jurisprudencia anteriormente).

Corroborar la conclusión a la que se ha llegado, el artículo 64 bis del Código del Trabajo, en donde aparece con mediana claridad que si bien es cierto, el legislador ha establecido perentoriamente la responsabilidad subsidiaria para el dueño de la obra o faena, no es menos cierto que le ha otorgado la facultad para que éste pueda liberarse de la misma. Después de todo el vínculo contractual que voluntariamente hizo nacer las obligaciones pertinentes, algunas ya establecidas, fue suscrito por el respectivo empleador con los trabajadores, respecto de quienes, el responsable subsidiario no tiene más vinculación que la de recibir la prestación de los servicios.

Luego, al tenor de las normas analizadas, necesariamente se concluye que no es posible extender la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena al pago de las indemnizaciones de los años servidos que corresponde pagar al empleador directo.

2º El dueño de la obra o faena no responde del pago de la indemnización compensatoria por término anticipado del contrato por obra o faena:

La Corte Suprema, en sentencia⁵⁰ del 29 de Noviembre de 2005 dispuso que el sentido del artículo 64 del Código del Trabajo es claro, en orden a limitar la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena a las obligaciones laborales y previsionales, de manera que es a ellas a las que debe estarse para lo efectos de precisar la existencia de aquella responsabilidad.

Además, cabe considerar, que el dueño de la obra o faena, en términos generales no participa en la decisión del despido de los trabajadores, por lo tanto, no resulta posible atribuirle responsabilidad por el hecho del empleador, respecto del cual carece de instrumentos legales en orden a fiscalizar la

⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema, Rol número 4004-2004 que acogió un recurso de casación en el fondo, en juicio laboral, Boletín Diario Jurisprudencia Chilena.

adopción por parte de aquél de una medida en términos legítimos que impida una posterior sanción en su contra.

Menos es dable imponerle la sanción del contratante no diligente, quien se ha puesto en situación de indemnizar los perjuicios causados a su contraria debido a su propio incumplimiento, actitud personal que no puede imputarse al dueño de la obra o faena para los efectos de hacerlo pagar el resarcimiento a que ha sido condenado el empleador en subsidio de éste.

Que en consecuencia, al tenor de lo analizado y de las conclusiones anotadas, no es procedente extender la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena al pago de la indemnización compensatoria por el término anticipado del contrato por obra o faena por ende, al así decirse en el fallo atacado, se ha incurrido en error de derecho, consistente en la equivocada interpretación del artículo 64 del Código del Trabajo, denunciado por el demandado subsidiario, lo que hace procedente acoger su recurso de casación en el fondo.

3.4. JURISPRUDENCIA DISIDENTE: LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA NO ES POSIBLE LIMITARLA, SE EXTIENDE A LAS INDEMNIZACIONES POR AÑOS DE SERVICIOS Y OTROS PAGOS.

Respecto de esta materia existen votos disidentes, que discrepan de la postura asumida por el Tribunal Superior y que creen que la única limitación con respecto a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena, es la que señala el artículo 64 del Código del Trabajo, que sea responsable por las obligaciones de carácter laboral o previsional que afecten al contratista o subcontratista (según corresponda) a favor de los trabajadores de éstos.

Pasaremos, ahora, a estudiar estos votos disidentes de la Corte Suprema, que es compartida por la Jurisprudencia Administrativa.

1° Fallo de la Corte Suprema, Rol número 5529-04 que limito la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena y en el cual existió voto disidente:

Los Ministros Álvarez y Medina votaron en contra de la resolución, porque estuvieron por la tesis de no limitar la responsabilidad subsidiaria teniendo en consideración para ello los siguientes argumentos:

a. Que con anterioridad, en autos rol número 1559-03, por sentencia de cuatro de diciembre de dos mil tres, este tribunal determinó el sentido y alcance de las expresiones “obligaciones laborales y previsionales” contenidas en el artículo 64 del Código del Trabajo.

Sentando la siguiente doctrina; que si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial deben entenderse luego en su sentido amplio e incluir en ellos los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera que sea su fuente, es decir, legal, contractual e incluso según el caso, aquellas nacidas de la aplicación práctica que se haya consentido por las partes. Así por lo demás se señaló en el debate respectivo de la Cámara Legislativa, donde incluso se sostuvo que no se estaba introduciendo ningún nuevo principio en la materia.

b. Agregando que, además, deben considerarse las obligaciones nacidas de las contingencias de la seguridad social, dado que donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir, involucran estas últimas sin duda la prevención de las contingencias sociales y la cobertura de siniestros propiamente tales, esto es, sistemas de pensiones a través de las Administradoras de Fondo de esa naturaleza y la salud, por intermedio de las instituciones respectivas como, asimismo, la afiliación y cotización, es decir, el acto por el cual un particular se integra al régimen de seguridad social y la cuota con las que obligatoriamente trabajadores o empleadores deben concurrir a los regímenes de seguridad para financiar sus fines.

c. Que por otro lado, en relación con las obligaciones laborales en análisis, esta Corte ha decidido también, que las indemnizaciones por año de servicios y la compensación del feriado entre otras, son obligaciones que tienen su fuente en la ley y nacen o se devengan ya sea mes a mes o con motivo de una indebida, improcedente o injustificada terminación de la relación laboral. Pero es la propia ley la que establece la procedencia de las indemnizaciones reclamadas, por lo tanto, es indudable su fundamento de orden legal y de naturaleza laboral.

c. Luego agregan los ministros, que habiéndose condenado al empleador al pago de las indemnizaciones por falta de aviso previo y por años de servicios, con un recargo legal del 20% y, en algunos casos, feriados proporcionales, respecto de los demandantes y hecho responsable subsidiario “

a C. S. T. Ltda.” (el dueño de la obra o faena) y habiendo surgido tales obligaciones durante la vigencia de la concesión convenida por el demandado subsidiario con aquel empleador directo, corresponde en consecuencia su pago por ambas, en las calidas y oportunidades que corresponda.

2° Fallo de la Corte Suprema, Rol Número 2554-04 que estableció, que no era posible extender la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena al pago de las indemnizaciones por años de servicios y en el cual también, se dio votación disidente:

Sentencia de la Corte acordada con el voto en contra del Ministro Medina y del abogado integrante Jacob quienes estuvieron, en el fallo, por condenar a la demandada subsidiaria al pago de las indemnizaciones por años de servicios y su incremento, en base a las siguientes consideraciones:

a. Para determinar el sentido y alcance de las normas en conflicto debe, además de recurrir al análisis de la historia de la ley, sumarse los principios que imbuyen la legislación laboral tales como; la protección del trabajador e indubio pro operario, entre otros.

Por consiguiente, si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, deben entenderse en sentido amplio e incluir en ella los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral.

b. Además, como se ha establecido en otros fallos, las indemnizaciones por años de servicios, la sustitutiva, la compensación del feriado, el pago de las remuneraciones respectivas, de gratificaciones y de horas extraordinarias, son todas obligaciones que tienen su fuente en la ley.

c. Que en el caso a fallar se trata de un despido en que es la propia ley la que establece la procedencia de las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo y por años de servicios en este evento, por lo tanto es indudable su fundamento y respecto de las otras prestaciones, ellas constituyen un imperativo también de orden legal.

d. Luego, conforme a todo lo desarrollado y habiéndose condenado al empleador directo al pago de la indemnización por años de servicios, obligación laboral surgida durante la vigencia de la obra contratada por el demandado subsidiario (dueño de la obra o faena) con aquel empleador directo, corresponde entonces necesariamente que este, el dueño de la obra, empresa o faena, responda subsidiariamente de ellas para el caso que el empleador directo no lo haga.

3.5. TRABAJADORES A LOS QUE FAVORECE ESTA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA Y HASTA QUÉ PERÍODO.

a. El artículo 64 del Código del Trabajo sólo expresa que esta responsabilidad se refiere a las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas (o subcontratistas, según corresponda) “en favor de los trabajadores de éstos”, sin precisar mayormente su alcance.

Sin embargo, ha sido nuestra jurisprudencia la que ha determinado a qué trabajadores se refiere el artículo 64 del Código laboral, precisando:

Que la Responsabilidad subsidiaria ya sea del dueño de la obra, empresa o faena como la del contratista o del subcontratista, según sea el caso, por las obligaciones laborales, se encuentra limitado sólo a los trabajadores que se hubieren desempeñados u ocupados efectivamente en la correspondiente obra o faena⁵¹.

Además, nuestra jurisprudencia a señalado que para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa a que se refiere el artículo 64 del Código Laboral es menester que exista una relación contractual entre el contratista y el dueño de obra, empresa; relación que debe ser efectivamente acreditada. En consecuencia, no acreditándose una relación contractual entre la empresa contratista y el dueño de la obra, empresa o faena como, asimismo no habiéndose desempeñado funciones por los trabajadores de la empresa contratista en las obras o faenas, no existiría vínculo de responsabilidad con la empresa dueñas de las obras o faenas.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Concepción, Fallo Rol número 1940-2000 del 19 de agosto 2005, que rechazó recurso de apelaciones en juicio laboral sobre responsabilidad subsidiaria de las empresas contratistas.

b. Respecto de la época, durante la cual se extiende la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena; la jurisprudencia de la Corte Suprema⁵², reiterando la idea de limitar la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra ... ha señalado que no resulta posible extender esta responsabilidad subsidiaria al pago de las obligaciones que no han nacido durante la vigencia del contrato de trabajo, sino con posterioridad a su término y por una decisión adoptada por persona distinta al dueño de la obra ... es decir, la responsabilidad subsidiaria de éste no se extiende aquellas obligaciones que nacen como consecuencia del término del contrato de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista, según sea el caso.

Otra sentencia de la Corte Suprema, Rol número 5485-2004 del 23 de Marzo del 2006, señalo que otra limitación fáctica de la responsabilidad subsidiaria, la encontramos en el tiempo, es decir, que las obligaciones laborales y previsionales de que responde el dueño de la empresa obra o faena han de entenderse en forma proporcional a la obra misma encargada, porque no corresponde con el sentido de la justicia hacer responsable al dueño de la obra o empresa de las obligaciones de dicha naturaleza que han surgido con anterioridad a la vinculación con el contratista o de éste con el subcontratista o bien con posterioridad a la obra o empresa de que se ha tratado y en cuyo proceso productivo el responsable subsidiario ha obtenido provecho de la fuerza laboral que exige o demanda la concretización de los derechos que la ley, el contrato o la práctica le han reconocido.

Que, asimismo, desde un punto de vista práctico, el marco de la responsabilidad subsidiaria se encuentra también limitado por el contrato suscrito entre el dueño de la obra, empresa o faena y el contratista, o entre éste y el subcontratista y con la efectividad de los servicios prestados por los trabajadores de estos últimos.

d. Sin embargo, con respecto a ésta posición jurisprudencial, de limitar la responsabilidad subsidiaria por los argumentos señalados anteriormente existe otra posición disidente⁵³ de la misma Corte sobre el particular que señala:

⁵² Sentencia Corte Suprema, Rol número 4841-2004 de 20 de junio de 2006, que acoge recurso de casación en el fondo.

⁵³ Voto disidente del Ministro Álvarez sobre la misma sentencia Rol número 4841-2004.

Que el artículo 64 del Código del Trabajo lo que pretende es abordar el problema de la insolvencia de los contratistas o subcontratistas que va en desmedro de los derechos de los trabajadores de éstas y que surgieron en Europa en el Siglo XIX, a raíz de la especialización de los procesos productivos y el requerimiento subsecuente de conocimientos y manejos específicos, por lo tanto, es desde este punto de vista que debe buscarse el sentido y alcance de las expresiones que interesan, a lo que deben sumarse los principios que imbuyen la legislación laboral. Por consiguiente al decir la ley, “obligaciones laborales y previsionales”, sin excluir a ninguna en particular ni referirse a alguna en especial, deben entenderse en sentido amplio e incluir en ellas todos los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera que sea su fuente, en la medida que abarquen el tiempo de vigencia del contrato habido entre el dueño de la obra y la contratista o subcontratista, además, que si el dueño de la obra o faena se ha beneficiado con las labores de los trabajadores realizadas durante toda la vigencia del contrato respectivo es por tanto responsable subsidiariamente del pago de todas las prestaciones que se originan en el mismo período incluida por ejemplo la indemnización sustitutiva del aviso previo.

3.6 TENDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA SOBRE LA MATERIA.

La jurisprudencia administrativa de la Dirección General del Trabajo, a través de una serie de Dictámenes, ha establecido su criterio sobre el contenido de la expresión “obligaciones laborales” de que habla el artículo 64 del Código del Trabajo señalando que:

Constituyen obligaciones laborales las remuneraciones, gratificaciones, horas extraordinarias, indemnización por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo.

Todas aquellas se encuentran comprendidas en la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena o del contratista en su caso, por los trabajadores ocupados en las mismas y por el período en que se trabajaron en ellas.

Agregando la Dirección del Trabajo que la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena subsiste con posterioridad al término de la relación laboral, y mientras no se extinga por el finiquito debidamente cumplido o por la alegación de la prescripción⁵⁴.

Otro dictamen⁵⁵ de la Dirección del Trabajo señala que la responsabilidad subsidiaria del dueño de la empresa o faena, por las obligaciones laborales y previsionales del contratista o del subcontratista, según sea el caso, alcanza únicamente a los trabajadores de éstos ocupados en la correspondiente empresa, obra o faena y sólo por el tiempo de su ejecución.

Señalando además en un dictamen⁵⁶ que: la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra alcanza al pago de las indemnizaciones por años de servicios y a la sustitutiva del aviso previo, pero que correspondan al período de la ejecución de las obras.

4. LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL CONTRATISTA:

a. La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena a que se refiere el artículo 64 del Código del Trabajo también, alcanza al contratista, quién según el inciso segundo del citado artículo es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a sus subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos.

b. Antes de entrar a analizar esta responsabilidad subsidiaria, es necesario dar un concepto de contratista, que de acuerdo con la Dirección General del Trabajo en Dictamen número 9159/212 de 14 de diciembre de 1991 señaló, que se entiende por contratista o subcontratista, según corresponda a toda persona natural o jurídica que mediante contrato, ejecuta para un tercero dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajos o prestación de servicios, a cambio de un precio convenido, contratando para ello trabajadores que ejecuten la obra o presten los servicios.

⁵⁴ Dictamen de la Dirección del Trabajo número 544/32 de 2 de Febrero de 2004.

⁵⁵ Dictamen número 2220/127 de 11 de Julio de 2002.

⁵⁶ Dictamen número 2049/50 de 28 de Marzo de 2003.

c. El Alcance de la responsabilidad subsidiaria del contratista a que se refiere el inciso segundo del artículo 64 del Código del Trabajo, ha sido precisado por nuestra jurisprudencia administrativa de la Dirección General del Trabajo señalando que ella se refiere a los trabajadores ocupadas en la obra, empresa o faena del subcontratista, sólo por el tiempo que dure su ejecución y por todas aquellas obligaciones previsionales y laborales que emanen de los contratos individuales y colectivos, del Código del Trabajo y leyes complementarias.

Responsabilidad subsidiaria del contratista que va a subsistir con posterioridad al término de las relación laboral y mientras no se extinga ésta con el finiquito, responsabilidad que también, se refiere al pago de las indemnizaciones por año de servicios y a la sustitutiva del aviso previo, pero todo ello agrega la Dirección del Trabajo, correspondiente al tiempo de la ejecución de la obra o faena.

5. DERECHOS DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA, DEL CONTRATISTA Y DE LOS TRABAJADORES.

5.1. DERECHOS DEL DUEÑO DE LA OBRA, EMPRESA O FAENA.

El artículo 64 bis del Código del Trabajo, agregado por la ley número 19.666 le establece una serie de facultades al dueño de la obra, empresa o faena de vital importancia para los efectos de su responsabilidad subsidiaria que analizaremos a continuación.

5.1.1 DERECHO A SER INFORMADO:

El dueño de la obra, empresa o faena, cuando así lo solicite, tendrá el derecho a ser informado por los contratistas sobre el monto y estado del cumplimiento de las obligaciones de carácter laboral y provisional que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores como así mismo respecto de las obligaciones laborales y previsionales que tengan los subcontratistas con sus trabajadores.

5.1.2 DERECHO DE RETENCIÓN:

El dueño de la obra, empresa o faena tiene además la facultad de retener de las obligaciones que tenga a favor del contratista el monto del que es responsable subsidiariamente en el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y

previsionales, así como cuando el dueño de la obra empresa o faena, fuere demandado subsidiariamente conforme a lo previsto en el artículo 64 del Código del Trabajo.

5.1.3 DERECHO A PAGAR POR SUBROGACIÓN:

Además el artículo 64 bis del citado cuerpo legal le otorga otro derecho al dueño de la obra, empresa o faena que consiste el poder pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

5.1.4 DERECHO A CONOCER DE LAS INFRACCIONES DE LOS CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS:

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.

5.1.5 IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS QUE OTORGA EL ARTÍCULO 64 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO:

Del artículo 64 bis, del Código del Trabajo aparece con claridad que, si bien es cierto, el legislador ha establecido perentoriamente la responsabilidad subsidiaria para el dueño de la obra, empresa o faena, no es menos efectivo que le ha otorgado el instrumento para que éste pueda liberarse de la misma, esto es, a través de la posibilidad de fiscalizar y obtener así que sea el empleador directo el que dé cumplimiento a las obligaciones laborales y previsionales de que es responsable.

Después de todo el vínculo contractual que voluntariamente hizo nacer las obligaciones pertinentes, algunas ya establecida, fue suscrito por el empleador directo con los trabajadores, respecto de quienes el responsable subsidiario no tiene más vinculación que la de recibir la prestación de los servicios pertinentes⁵⁷.

5.1.6 FORMA DE ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES Y PREVISIONALES.

⁵⁷ En el tal sentido se ha manifestado nuestra jurisprudencia, por ejemplo: Corte Suprema; Fallos Rol número 5485-2004, Rol número 2554-04.

Se establece por el legislador que el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales podrán ser acreditados mediante certificados que sean emitidos por la Inspección del Trabajo respectiva.

5.2 DERECHOS DE LOS CONTRATISTAS.

Los contratistas tienen los mismos derechos que la ley le otorga al dueño de la obra, empresa o faena pero relacionado con los subcontratistas, es decir:

- i) Tiene derecho a ser informado por los subcontratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales respecto de sus trabajadores.
- ii) Tiene derecho a ser informado por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten respecto de los subcontratistas.
- iii) Derecho de retener de las obligaciones que tenga a favor de los subcontratistas, el monto de que es responsable subsidiariamente en el caso de que el subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales.
- iv) Tiene el derecho de pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

5.3 DERECHO PARA DEMANDAR SUBSIDIARIAMENTE QUE TIENE EL TRABAJADOR:

El inciso tercero del artículo 64 del Código del Trabajo se encarga de precisar esta facultad que tiene el trabajador señalando que al “entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también, demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos”.

Este artículo le está señalando al trabajador un verdadero orden de procedencia para demandar el pago de sus obligaciones de carácter laborales y previsionales que se le adeuden, estableciendo que todas las empresas involucradas en la contratación laboral son subsidiariamente responsables ante el trabajador. Es decir, el operario se dirigirá primeramente contra a su empleador directo, demandado el pago de todas las prestaciones adeudadas y de no obtener su pago íntegro puede dirigirse contra la empresa contratista y luego contra el dueño de la empresa principal o de la obra, debe cada empresa responder por la parte impaga que aún se le adeude al trabajador.

Para hacer efectiva judicialmente esta responsabilidad subsidiaria, no es necesario demandar por separado a cada empresa sino, que bastará con notificar la demanda a todas ellas, es decir, uno con carácter principal y a los otros subsidiariamente.

Cabe señalar que este principio de la responsabilidad subsidiaria establecido en el Código del trabajo es aplicado también por la ley número 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales en los mismos términos señalados anteriormente; pero en relación con las obligaciones que en materia de afiliación y cotización afecten a los contratistas respecto de los trabajadores.

Es decir, la ley mediante estas disposiciones quiere impedir que la empresa dueña de la obra o faena en la que se ejecutan las labores subcontratados pueda evadir las obligaciones legales en materia remuneratoria, previsional y asistencial.

Se pretende con ello atenuar la delegación de costos referidos a la gestión de personal, que es precisamente el objetivo que tiene la externalización de la mano de obra.

6. CASO EN QUE NO PROCEDE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.

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

La Corte Suprema ha señalado que este caso de improcedencia de la responsabilidad que señala el inciso final del artículo 64 del Código del Trabajo “jurídicamente es uno de los límites de esta responsabilidad subsidiaria” (Fallo de la Corte Suprema que acogió un recurso de Casación en el Fondo en Juicio Laboral. ROL Número 5485/2004 de 23 de Marzo de 2006).

7. PARALELO ENTRE LOS ARTÍCULOS 64, 64 BIS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO Y LA LEY N° 20.123.

Creemos que es menester, hacer un paralelo entre ambas normativas, para ver sus semejanzas y diferencias que presentan:

1. La nueva ley, define que se entiende por trabajo en régimen de subcontratación, como 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 empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. En cambio los artículos 64 y 64 bis no lo definen.

2. La nueva ley establece una responsabilidad solidaria del dueño de la obra, empresa o faena con respecto a las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos (artículo 183-B). En cambio en la antigua legislación la responsabilidad del dueño de la obra o empresa era de carácter subsidiaria, es decir, primero había de requerir al empleador directo y después al dueño de la obra. (Artículo 64).

3. Ahora, se establece expresamente dentro de la responsabilidad del dueño de obra o empresa el pago de las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Esta materia en la antigua legislación era discutida jurisprudencialmente y se sostenía por algunos fallos de la Corte Suprema que no estaba dentro de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra.

4. Ahora queda expresamente delimitada esta responsabilidad del dueño de la obra o faena al tiempo o periodo durante el cual el o los trabajadores presentaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal. Bajo la legislación anterior esto fue precisado por la jurisprudencia tanto de los tribunales como por la administrativa.

5. Se mantienen los mismos derechos que en la antigua legislación tenía el dueño de la obra o empresa (hoy llamado empresa principal) o el contratista según el caso, esto es:

- i) Derecho a ser informada por los contratistas (o subcontratista) sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos corresponda respecto a sus trabajadores.

ii) Derecho de retener de las obligaciones que tengan a favor del contratista o subcontratistas, el monto de que es responsable en conformidad a la ley, cuando éstos, el contratistas o subcontratista, no acrediten oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales.

iii) Derecho a pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

iv) Derecho a ser informado por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsional que constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas.

6. Se establece en la nueva legislación, en su artículo 183- D que en el caso que la empresa principal haga uso de sus derechos de ser informada y de retención, su responsabilidad será subsidiaria, de sus obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de sus trabajadores... La antigua legislación sobre este punto se refería en el artículo 64 bis, dando origen a una discusión jurisprudencial que sostenían que “en este artículo aparece establecida la responsabilidad subsidiaria para el dueño de la obra o faena pero también le otorga el instrumento para que éste pueda liberarse de dicha responsabilidad mediante la posibilidad de fiscalizar y obtener que sea el empleador directo el que dé cumplimiento a las obligaciones laborales y previsionales... Pero hoy, en la ley N° 20.123 aparece claramente que la responsabilidad de la empresa principal de solidaria pasa a subsidiaria por el solo hecho de hacer uso de sus derechos legales sobre los contratistas o subcontratistas.

7. La acreditación del monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que le corresponda a los contratistas o subcontratistas respecto de sus trabajadores, podía ser acreditado en la antigua legislación mediante certificados emitidos por la Inspección del Trabajo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 64 bis. En la nueva ley se mantiene esta forma de acreditación, pero se agrega otra más que consiste en todo “medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento.

8. El trabajador al demandar a su empleador directo, en la antigua legislación, también podía demandar a todos aquellos que debían responder de sus derechos pero en carácter de subsidiarios.

Hoy en día en el artículo 183-B se establece la misma facultad de demandar, que se otorga al trabajador, pero desaparece la expresión “demandar subsidiariamente” quedando esta facultad de la siguiente manera, “el trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad al párrafo 1º del título VII del Libro primero del Código del Trabajo”.

9. La nueva normativa establece un caso que queda fuera del régimen de trabajo en subcontratación de carácter genérico dice su artículo 183-A “... con todo, no quedarán sujetos a las normas del trabajo en régimen de subcontratación las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica”. Situación genérica que no se encontraba en la antigua legislación.

10. Se mantiene en la Ley N° 20.123 la improcedencia de las responsabilidades que se establecen por esta normativa, para el caso de la construcción de edificaciones por un precio único prefijado, cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

CAPITULO TERCERO

ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS DEL MENSAJE Y DISCUSIÓN EN GENERAL DE LA LEY N° 20.123.

1. ANTECEDENTES Y ETAPAS DE LA TRAMITACIÓN DE LA LEY N° 20.123.

1.1 ANTECEDENTES.

ANTECEDENTES DE ORIGEN DEL PROYECTO.

En primer lugar, señalemos que esta iniciativa legal se presentó por Mensaje del Ejecutivo, acogándose así la petición unánime que en su oportunidad le formulara la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, durante el proceso de tramitación de otro proyecto de ley enviado por el Gobierno al Congreso el año 2001⁵⁸, en la cual se contenían una serie de reformas laborales que se materializaron en la ley número 19.759⁵⁹. Petición esta que tenía por objeto desagregar del proyecto respectivo la temática sobre el trabajo temporal, para acompañarla a futuro, en un proyecto de ley independiente, por considerarse esta materia compleja, lo que haría necesario escuchar a los distintos sectores sociales que estaban involucrados en la normativa propuesta, lo que no resultaba posible

⁵⁸ Marzo del 2001, Boletín 2943-13.

⁵⁹ Ley número 19.759, publicada en el diario oficial de 5 de octubre del 2001.

hacer con la detención y profundidad que el tema requería, dada la urgencia con que el Ejecutivo estaba despachando esta iniciativa de ley. Además, así no se retrasaría el estudio y aprobación de las otras materias de la reforma laboral que también eran de gran importancia para el país.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que el antecedente primitivo de esta nueva normativa tuvo su origen en un proyecto elaborado por la Asociación Gremial de Empresas de Servicios Temporarios (AGEST) en el año 1999, que fue enviado a la Dirección del Trabajo para su estudio y análisis, la cual procedió a realizarle una serie de modificaciones al proyecto de la AGEST, naciendo así una propuesta gubernativa sobre el tema, la que se agregó como un capítulo más de las llamadas reformas laborales presentadas al Congreso por el Ejecutivo para su aprobación, pero como se indicó, fueron excluidas de dichas reformas.

Hecha esta precisión, en cuanto a los orígenes de la nueva normativa que estamos analizando, señalemos que en Mayo del año 2002 el Ejecutivo envió al Congreso el Mensaje⁶⁰ con que se acompañó el proyecto de ley sobre “Trabajo en Régimen de Subcontratación y que Regula el Funcionamiento de Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Servicios Transitorios”.

Precisó el Ejecutivo, que con este proyecto “El Gobierno no hace más que reingresar esta iniciativa legal, pero ahora como un texto independiente”, por ello gran parte de las normas contenidas en él ya se habían discutido en diversas instancias del proceso legislativo. Sin embargo, se incorporaron en esta oportunidad aquellas adiciones que contribuyeron a una más adecuada y completa regulación de este importante tema laboral.

Esta normativa propuesta permitirá legislar con mayor cautela, detenimiento y precisión una materia que exige, por la importancia de su naturaleza y por sus especiales características, un estudio pormenorizado, teniendo especial mención el respeto que merece la sistematización de la normativa sobre subcontratación y suministro de trabajadores en un mismo capítulo.

⁶⁰ Mensaje Presidencial número 131-346, del 21 de Mayo del 2002, boletín N° 2.943-13.

Estimamos que dicho proyecto de ley, en relación con algunos derechos ya reconocidos por la legislación laboral en general, viene a adecuar su ejercicio a esta nueva modalidad de trabajo que supone el suministro de trabajadores temporales.

Derechos que por ser de carácter esencial no pueden negársele a éstos trabajadores aún cuando su régimen de trabajo requiere de una regulación diferente.

ANTECEDENTES DE ESTUDIO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO.

Es necesario que señalemos que durante la tramitación misma del proyecto de ley y para su mejor comprensión, se tuvieron en cuenta una serie de antecedentes tanto de índole jurídicos como de hecho, por lo demás así quedó registrado en el primer informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, quien señaló “que se han tenido en consideración entre otros” los siguientes antecedentes:

I. ANTECEDENTES JURÍDICOS.

- 1) El Código del Trabajo.
- 2) La Ley N° 16.744, sobre seguro social contra Riegos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.
- 3) El Decreto con Fuerza de Ley N° 2, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1967, que fijó las funciones de la Dirección del Trabajo.
- 4) Convenio N° 181 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1997, sobre las agencias de empleo privadas. A pesar que este convenio no se encuentra ratificado por Chile.
- 5) La Ley N° 19.518, que fijó el nuevo Estatuto de Capacitación y Empleo

II. ANTECEDENTES DE HECHO.

Los antecedentes de hecho que se tuvieron a la vista fueron aquellos que proporcionó el Mensaje del Ejecutivo con que se inició este proyecto de ley y que veremos más adelante, dentro de este capítulo. Ahora solamente haremos mención a tres antecedentes de hecho que se contienen en el Mensaje:

- 1) La carencia de un ordenamiento legal adecuado respecto de las materias de que trata el proyecto.
- 2) La constatación en la práctica que las empresas en general han comenzado a proveerse crecientemente de mano de obra a través de terceros, que ponen a su disposición trabajadores contratados por éstos, lo que en muchos casos se ha prestado para abusos por los empleadores.
- 3) Se ha tomado en cuenta esencialmente la realidad jurídica de otros países que ya han legislado sobre estas materias, adecuándose a los cambios de la economía internacional, propios de un mercado abierto, es así como en gran parte del mundo desarrollado y en países Latinoamericanos se ha procedido al reconocimiento y regulación del suministro de trabajadores.

1.2 SÍNTESIS DE LAS ETAPAS DE TRAMITACIÓN DE LA LEY N° 20.123.

Recordemos que este proyecto de la ley fue discutido tanto en general como en particular, ello en virtud del acuerdo adoptado por el Senado⁶¹, que además por la trascendencia del tema propuesto por el Ejecutivo, se estimó necesario invitar a participar al más amplio número de instituciones y agentes que actúan directamente en el ámbito laboral-económico. Así fue que durante la discusión en general del proyecto concurrieron especialmente invitados, para exponer sus puntos de vista sobre el mismo:

- La Confederación de la Producción y del Comercio, representada por el Presidente de la Comisión de Trabajo, Capacitación y Empleo de esa Institución, también asistió como entidad que integra esta confederación, la Sociedad de Fomento Fabril, representada por su asesor laboral.
- La Central Unitaria de Trabajadores y la Central Autónoma de Trabajadores, ambas entidades representadas por sus respectivos Presidentes.
- La Asociación Gremial de Empresas de Servicios Temporarios, representada por su Presidente y Vicepresidente.
- El Instituto Libertad y Desarrollo, representada por el Director del Programa Legislativo.
- La Asociación Gremial de Abogados Laboralistas de Chile, representada por su Presidente.
- La Sociedad Nacional de Agricultura, representada por su Secretario General y por su Fiscal.
- La Asociación Nacional de Mujeres Rurales e Indígenas A.G.

⁶¹ Acuerdo Adoptado en sesión del día 7 de Agosto 2002.

Todos los invitados a participar en esta discusión, acompañaron sus exposiciones con diversos documentos, los cuales quedaron a disposición de la Comisión del Trabajo y Previsión Social del Senado y que fueron debidamente considerados por sus integrantes⁶².

Además, la Confederación Minera de Chile, en el mes de Junio de 2003, hizo llegar a la comisión del Senado, su opinión escrita sobre dicho proyecto de ley. Antecedentes que los miembros de la comisión del Senado, dado el estado de la tramitación que a dicha fecha se encontraba la iniciativa, manifestaron su intención de considerarla para el segundo informe que habría de elaborarse respecto del proyecto.

Concurrieron también a una o más sesiones de la comisión del Senado, los Senadores Sergio Romero Pizarro, José Viera Gallo y Hosain Sabag Castillo, el Ministro del Trabajo y Previsión Social Ricardo Solari, el Subsecretario del Trabajo Yerko Ljubetic, la Directora de la Dirección del Trabajo María Ester Feres y la Abogada de dicha Dirección Mónica Vergara, los asesores del Ministerio del Trabajo y Previsión Social Francisco del Río, Cristián Mellis, Patricio Novoa y Felipe Saez, entre otras personas.

Por otra parte, a la discusión en particular del proyecto asistieron especialmente invitados, para que expusieran sus opiniones sobre la iniciativa en tramitación:

- La Confederación de la Producción y del Comercio, representada por su Gerente General.
- El Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa, Corporación de Televisión de la Universidad Católica de Chile, representada por su Presidente.
- La Confederación de Sindicatos Bancarios, representada por su Presidente.

1.2.1 PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO

⁶² Se dejó constancia por la Comisión del Senado, que una copia de todos los documentos acompañados por las entidades invitadas, se incluyó en un Anexo que se adjuntó al original del informe de la comisión Trabajo y Previsión Social del Senado (Boletín N° 2943-13).

1. MENSAJE DEL EJECUTIVO

Como lo señalamos, el proyecto de ley que regula el “Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios”, se inició por Mensaje del Ejecutivo de fecha 21 de mayo de 2002, presentado al Senado⁶³, Mensaje que efectuó una descripción detallada del contenido del proyecto e incluyó un texto compuesto de dos artículos permanentes y dos transitorios⁶⁴, señalando además sus objetivos y fundamentos.

2. PRIMER INFORME COMISIÓN DE TRABAJO.

El proyecto fue enviado a la Comisión del Trabajo y Previsión Social del Senado, integrada por los senadores Cordero, Fernández, Parra y Ruiz de Giorgio, comisión donde se discutió en general y en particular el proyecto, originándose el primer informe de la comisión⁶⁵ el 23 de julio de 2003, el cual contenía básicamente los siguientes puntos:

I. PRINCIPALES OBJETIVOS DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN:

En lo fundamental, el dotar de un marco jurídico adecuado al proceso de puesta a disposición de trabajadores de servicios temporarios, para las usuarias que lo requieran.

II. ACUERDOS:

Aprobado en general, por cuatro votos contra cero.

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN:

Consta de dos artículos permanentes y uno transitorio. El artículo 2º permanente agrega un capítulo VI, nuevo con 33 artículos, al Título II del Libro I del Código del Trabajo.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:

⁶³ Boletín N° 2943-13.

⁶⁴ El artículo 2º permanente del proyecto agregaba un capítulo V, nuevo con 29 artículos, al Título II del libro I del Código del Trabajo.

⁶⁵ Cuenta en sesión 15, Legislativa 349 Senado.

Señaló el informe que los artículos 152-H, 152-I, 152-K, 152-L y 152-M, contemplados en el artículo 2º del proyecto, son normas de rango orgánico constitucional, por cuanto inciden en atribuciones de los Tribunales de Justicia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución. Por su parte, los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 152-AC, contenidos en el artículo 2º del proyecto, son normas de quórum calificado, en cuanto regulan el ejercicio del derecho a la seguridad social, conforme a lo establecido en el artículo 19 N° 18 de la Constitución Política.

Sobre este punto, debemos señalar que al ingresar a tramitación el proyecto, el Senado ofició a la Corte Suprema, con el objeto de recabar su opinión respecto de la iniciativa de ley, en cumplimiento de lo preceptuado en la Constitución Política⁶⁶.

V. URGENCIA: No tiene. ORIGEN DE LA INICIATIVA: Senado, por Mensaje del Ejecutivo.

3. DISCUSIÓN EN SALA, BOLETÍN DE INDICACIONES, SEGUNDO INFORME COMISIÓN DEL TRABAJO.

La tramitación del proyecto continuó con su discusión en sala, teniéndose presente que la iniciativa fue aprobada en general por la unanimidad de los miembros presentes de la comisión, pero en cuanto a la discusión en particular, se efectuaron una serie de modificaciones al texto del Mensaje del Ejecutivo, adoptándose los acuerdos también por unanimidad, con excepción de las efectuadas a los artículos 152-D, 152-G, 152-I, 152-J, 152-L, 152-M, 152-N, 152-Ñ, 152-O, 152-P, 152-T, 152-U, 152-AA, cuyas enmiendas no obtuvieron la unanimidad de sus miembros.

Durante la discusión en general del proyecto también se formularon indicaciones por la Comisión, contenidas en el Boletín de Indicaciones de 4 de noviembre de 2003 del Senado. Posteriormente, se evacuó un segundo informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social recaído en el proyecto de ley durante el primer Trámite Constitucional en el Senado, con fecha 29 de enero de 2004, Cuenta en Sesión 35, Legislatura 350. Este segundo informe presentado al Senado, señaló aquellos artículos del proyecto de ley que no fueron objeto de indicaciones ni modificaciones (artículo

⁶⁶ Corte Suprema entregó su respuesta por oficio N° 001503, de 21 de junio de 2002, manifestando diversas consideraciones y sugerencias sobre el particular.

1º y el artículo transitorio, del artículo 2º permanente, los siguientes artículos, 152-A, 152-C, 152-K, 152-L, 152-S, 152-V, 152-W, 152-AB, 152-AC); también señala aquellas indicaciones aprobadas sin modificaciones: (números 21, 22, 23, 24, 25, 26, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 54, 59, 60, 61, 62, 63, 70, 75 80, 84, 85, 86, 96, 97, 98, 104, 105, 106, 107 y 130); como las indicaciones aprobadas con modificaciones (números 40, 76, 81, 99 y 103) y aquellas indicaciones rechazadas como aquellas declaradas inadmisibles (número 131); además de contener otras menciones formuladas ya en el primer informe de la comisión.

4. OFICIO DE CÁMARA DE ORIGEN A CÁMARA REVISORA.

Se continuó la discusión en sala del proyecto hasta llegar a su aprobación en el Senado, registrándose en general una aprobación del voto conforme de 26 senadores de un total de 46 en ejercicio, en tanto que en particular y en el carácter de ley orgánica constitucional los artículos 152-H, 152-I, 152-J, 152-K contenidos en el artículo 2 del proyecto, fueron aprobados con el voto afirmativo de 27, 28, 28 y 27 senadores respectivamente, de un total de 48 en ejercicio.

Originándose luego el envío del proyecto a la Cámara de Diputados para su revisión, dando lugar al llamado Oficio de Ley a Cámara Revisora, con fecha 6 de abril de 2004⁶⁷.

1.2.2 SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL: CÁMARA DE DIPUTADOS.

1. INFORME COMISIÓN DE TRABAJO.

Ingresado el proyecto de ley a la Cámara de Diputados, le correspondió a la Comisión del Trabajo y Seguridad Social de dicha Cámara su estudio, aprobación e informe, la cual estuvo integrada por los diputados Sergio Aguilo, Patricio Cornejo, Sergio Correa, Julio Dittborn, Nicolas Monckeberg, Pedro Muñoz, Adriana Muñoz, Felipe Salaberry, Rodolfo Seguel, Boris Tapia, Jimena Vidal, Ignacio Urrutia y Carlos Vilches.

Procediéndose posteriormente a su informe y aprobación el 10 de enero de 2006⁶⁸. Dicho informe contenía básicamente los siguientes puntos:

⁶⁷ Según cuenta en Sesión 69, legislatura 350. Cámara de Diputados.

- I. Que el proyecto de ley fue despachado por la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados con urgencia calificada de “Discusión Inmediata”, con la asistencia de todos sus integrantes.
- II. Que a las sesiones destinadas al estudio de este proyecto de ley, asistieron el Ministro del Trabajo y Previsión Social Yerko Ljubetic Godoy, el Subsecretario del Trabajo Cristóbal Pascal Cheetham, la Subsecretaria de Previsión Social Marisol Aravena y el asesor de esa cartera de Estado, Francisco del Río.
- III. Que puesto en votación general el proyecto fue aprobado por 12 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención. Que puesto en votación particular se adoptó por mayoría de votos en algunos casos y por unanimidad en otros, el texto del proyecto.
- IV. Estimándose que los artículos 183-H, 183-I inciso Tercero, 183-K inciso tercero y cuarto, 183-L, 183-M inciso tercero, del artículo tercero permanente, poseen el rango de orgánicos constitucionales, por cuanto inciden en atribuciones propias de los Tribunales de Justicia. Se consideró además que las siguientes normas del proyecto son de quórum calificado, incisos primero del artículo 183-E y artículo 183-AB, del artículo tercero permanente y el artículo séptimo permanente, por tratar materias relacionadas al ejercicio de la seguridad social.
- V. Se acordó que este informe se emitiera en forma verbal, directamente en la sala, por el Diputado Informante Rodolfo Seguel Molina.

2. DISCUSIÓN EN SALA. OFICIO DE CÁMARA REVISORA A CÁMARA DE ORIGEN.

Continuándose la tramitación del proyecto con la discusión en sala hasta su aprobación en general y en particular con ciertas modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados, la cual procedió a Oficiar a la Cámara Revisora, señalando en su Oficio N° 5996: “La Cámara de Diputados, en sesión de fecha 10 de enero de 2006, ha dado su aprobación al proyecto de ley del Senado, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, funcionamiento de las empresas de servicios

⁶⁸ Cuenta en Sesión 67, Legislatura 353. Cámara de Diputados.

transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, Boletín N° 2943-13 (S)”, con ciertas modificaciones al proyecto enviado por el Senado.

Agregando el oficio que los artículos 183-H, inciso tercero del artículo 183-I, incisos tercero y cuarto del artículo 183-K, artículo 183-L, y el inciso tercero del artículo 18-M, todos del artículo tercero permanente, fueron aprobados en general y en particular, con el voto conforme de 96 Diputados, de 115 en ejercicio. Asimismo, el inciso primero del artículo 183-E y el artículo 183-AB, ambos del artículo tercero y el artículo 7° permanente, fueron aprobados tanto en general como en particular con el voto conforme de 94 Diputados, de 115 en ejercicio. Dándose cumplimiento a lo preceptuado en el inciso segundo y tercero del artículo 66 de la Constitución Política.

1.2.3 TERCER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO

1. INFORME COMISIÓN DEL SENADO

Una vez remitido al Senado el proyecto con las modificaciones que le introdujo la Cámara de Diputados, pasó nuevamente a la Comisión del Trabajo y Previsión Social del Senado, con el fin de estudiar y pronunciarse sobre estas modificaciones efectuadas al proyecto, lo que se materializó el 16 de mayo de 2006⁶⁹, a través de un informe, en cumplimiento del acuerdo adoptado por el Senado en sesión de 17 de enero de 2006.

Se precisó que durante el análisis de las modificaciones introducidas al proyecto, concurrieron especialmente invitados por la comisión una serie de entidades a fin de exponer sus opiniones respecto de las mismas, entre los cuales estaban:

- La Confederación de la Producción y del Comercio, el Consejo Minero, la Cámara Chilena de la Construcción, la Central Autónoma de Trabajadores de Chile, la Confederación Nacional de Sindicatos y Federaciones de Trabajadores del Comercio, Confección, Vestuario y Actividades Conexas, la Sociedad de Fomento Fabril, la Cámara de Comercio de Santiago, la Asociación Gremial de Empresas de Administración y Externalización de Recursos Humanos, la Sociedad Nacional de

⁶⁹ Cuenta en Sesión 16, Legislatura 354. Senado.

Minería, la Federación de Sindicatos de Trabajadores Contratistas, la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile, la Central Unitaria de Trabajadores, la Confederación de Sindicatos Bancarios y Afines. Además de una serie de personas y autoridades, todos los cuales acompañaron sus exposiciones con diversos documentos que quedaron a disposición de la comisión.

La Comisión hizo una relación de las enmiendas que introdujo la Cámara de Diputados en segundo trámite constitucional al texto aprobado por el Senado en primer trámite constitucional, así como de los acuerdos que adoptó la comisión respecto de las enmiendas analizadas.

Para concluir, el informe señala que “en mérito de las consideraciones expuestas, vuestra Comisión de Trabajo y Previsión Social tiene el honor de proponeros que aprobéis las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, al proyecto despachado por el Senado”.

Todas estas modificaciones fueron aprobadas por la unanimidad de los miembros integrantes de la comisión (5 x 0), con excepción de las aprobadas por mayoría de los votos (3 x 2), que son las siguientes: Artículo 2º, nuevo, inciso tercero, nuevo; del artículo 2º que pasa a ser Artículo 3º, los artículos 183-Ter nuevo, 183-A, 183-B, 183-C, supresión del artículo 152-D del senado, 183-D, nuevo, 183-E, 183-F letra a), 183-I, nuevo, inciso tercero, 183-J, nuevo, 183-O, y 183-P, inciso primero letra b).

Todos estos acuerdos se lograron en las sesiones celebradas los días 5, 12 y 19 de abril y 3 y 15 de mayo de 2006, con la asistencia de los miembros de la comisión integrada por los Senadores Letelier, Alvear, Allamand, Longueira y Muñoz.

2. DISCUSIÓN EN SALA, OFICIO DE CÁMARA DE ORIGEN A CÁMARA REVISORA. OFICIO DE CÁMARA DE ORIGEN AL EJECUTIVO.

El 17 de mayo 2006, la Cámara de Origen comunicó a través de un oficio a la Cámara Revisora que el Senado había dado su aprobación a las enmiendas propuestas por la Cámara Revisora al

proyecto de ley en discusión, correspondiente al Boletín N° 2.943-13, con los quórum indicados, dando así respuesta al Oficio N° 5.996, de 10 de enero de 2006, que dicha cámara le había enviado.

Procediéndose además con fecha 18 de mayo de 2006 a oficiar al Ejecutivo, comunicándole que el Congreso Nacional ha dado su aprobación al proyecto de ley que se le envía para que proceda a aprobarlo o bien haga las observaciones correspondientes. Agregando que en la eventualidad que lo aprobare sin observaciones, se comunique a dicha Corporación para los efectos de su envío al Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, en relación con el número primero de este mismo precepto, además atendiendo que el proyecto contiene una norma de rango orgánico constitucional, el Senado, por ser Cámara de Origen, precisa saber si el Ejecutivo hará uso de la facultad que le otorga el inciso primero del artículo 73 de la Constitución Política.

1.2.4 TRÁMITE VETO PRESIDENCIAL: SENADO

Con el envío del Oficio por el Senado al Ejecutivo, conteniendo la aprobación del Congreso al proyecto de ley, se inicia así el trámite consistente en la formulación de observaciones por parte del Gobierno al proyecto recibido, a través de la facultad llamada veto presidencial.

El Ejecutivo mediante Oficio N° 89-354, de 5 de junio de 2006, enviado a la Cámara de Origen, comunicó al Congreso Nacional que ha decidido presentar un conjunto de observaciones al proyecto por ellos aprobado, tendientes a perfeccionar su contenido y así permitir su mejor entendimiento y aplicación.

Alguna de estas modificaciones serán de carácter aditivas, otras sustitutivas y otras modificativas; observaciones que siguen la línea del derecho que ha estado presente al momento de legislar, buscando, por una parte, introducir ciertas precisiones en las normas aplicables a la subcontratación, y por otra, regular la contratación prestada a través de empresas de trabajos transitorios. Además la normativa que el proyecto aborda recoge las líneas centrales de la jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia, buscando en general ampliar el contenido de tutela del Derecho del Trabajo a formas no típicas de contratación laboral.

1.- CONTENIDO VETO PRESIDENCIAL.

Por la importancia de esta materia, es necesario referirnos al contenido del Veto Presidencial, que será la base de la normativa que en definitiva se aprobará como ley (sin perjuicio de que también sea analizado en el capítulo cuarto de ésta obra, como texto de referencia a la misma). Con respecto al contenido mismo señalemos que las observaciones que se proponen al proyecto de ley son las siguientes:

I. DE LOS SERVICIOS DISCONTINUOS O ESPORÁDICOS:

El Senado, en tercer trámite, formuló la necesidad de excluir de la subcontratación “a las obras o servicios que se ejecuten o presten de manera discontinua o esporádica”.

El veto del Ejecutivo mantiene esta idea, precisando la aplicación de las normas relativas a la subcontratación, tendiente a excluir dentro de esta categoría, a aquellas relaciones jurídicas que se den entre la empresa principal y el contratista, de manera discontinua o bien esporádica. Es decir, cuando se trate de la prestación 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 especialmente 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 ha sido acogida por la Corte Suprema a través de diversos fallos.

Recordemos que la doctrina también sostiene que es la habitualidad el criterio para determinar con certeza si se está en presencia de un trabajo en régimen de subcontratación, es decir, es la permanencia en el tiempo de las labores desarrolladas por los dependientes del contratista para la empresa principal, la que determina la aplicación del estatuto propuesto, sea que se trate de ejecutar obras o de prestar servicios.

Por ello, en la expresión “obras o servicios que se efectúan de manera discontinua o esporádica”, que contempla la norma aditiva propuesta, como también aquellos asuntos que se excluyen de la subcontratación, no constituye un cambio respecto de la regulación aprobada sobre el particular, por el contrario, es una precisión del tema, ya que el texto propuesto supone una mayor definición legal en el concepto de subcontratación y una menor discrecionalidad judicial en su determinación y aplicación, así como la continuación en la aplicación del criterio de la habitualidad, que deberá ser efectuada caso a caso.

II. SE PRECISA EL ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL.

Durante la discusión del proyecto, otra interrogante que surgió, fue precisar la responsabilidad del mandante, en atención a que las normas aprobadas por el Congreso podían llegar a suponer una extensión en el ámbito de las obligaciones de responsabilidad de la empresa principal a las obligaciones de hacer o a las obligaciones de dar derivadas del cumplimiento por equivalencia de las obligaciones de hacer, debido a la amplitud de lo que constituyen las obligaciones laborales y previsionales, sea que emanen de la ley o del contrato.

Con el objeto de zanjar cualquier duda en la aplicación jurisprudencial, se precisó el artículo 183-B, sosteniéndose que la empresa principal que no hace efectivo su derecho de información y de retención respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas, será solidariamente responsable únicamente respecto de las obligaciones laborales y previsionales “de dar” a favor de los trabajadores de éstos, incluidas solamente las indemnizaciones legales. Por tanto se excluyen aquellas que tienen una naturaleza contractual.

III. CERTIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES Y PREVISIONALES DE LOS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS.

Así como el proyecto aprobado por el Congreso reconoce a la empresa principal el derecho a ser informada por el contratista sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstas correspondan respecto de sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de

obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores; la iniciativa aprobada específica, además, que el monto y estado de las aludidas obligaciones laborales y previsionales, deberán ser acreditadas mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien, por otros medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento, sugiriéndose durante la discusión que se dictará un reglamento que regulará esta facultad.

Luego, la modificación propuesta por el Gobierno busca otorgar eficacia al mandato del legislador, según el cual las obligaciones laborales deben ser acreditadas mediante certificados emanados de la Inspección del Trabajo competente, introduciéndose una norma que se remite en forma expresa al reglamento, para que este último, en estrecha colaboración con la norma legal, fije el procedimiento para la dictación de los mencionados certificados dentro del plazo y con los efectos que con toda precisión este defina. Se le encarga, además a la norma sublegal la responsabilidad de precisar la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o instituciones competentes podrán realizar debidamente su labor certificadora del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de que se trata. En definitiva, el Gobierno se compromete, a través del Ministerio del Trabajo, con esta modificación a implementar un sistema expedito y seguro de aplicación eficaz del cumplimiento de tales obligaciones de las empresas contratistas y subcontratistas de sus trabajadores.

IV. SE AMPLÍA EL GIRO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

Durante la tramitación del proyecto, se discutió sobre la necesidad de ampliar el giro de las empresas de servicios transitorios, por tal motivo propuso el Ejecutivo que manteniéndose el giro exclusivo que define a las empresas de servicios transitorios en el artículo 183-F, letra a), se amplíe el mismo únicamente a las actividades de formación de personal, así a como a cualquier otra análoga o afín vinculada al ámbito de los recursos humanos. Creemos que se trata de una acertada modificación para fomentar el crecimiento de las E.S.T.

V. DISMINUCIÓN DEL MONTO DE LA MULTA QUE SE INDICA, ASÍ COMO DE LA CONSIGNACIÓN EXIGIDA PARA APELAR POR SU APLICACIÓN.

También en tercer trámite, se discutió en el Senado la idea de rebajar multas y el monto de la consignación para reclamar. Recogiendo esa idea, se incorpora a través de estas observaciones, una

norma que morigera el monto de la multa aplicada a las empresas contratistas que infrinjan la prohibición contemplada en el artículo 183-I, disminuyéndola de 20 unidades tributarias mensuales a sólo 10, como asimismo y con el objeto de facilitar la debida defensa del afectado, se incorpora una disposición que rebaja de la mitad a la tercera parte de la multa, el monto de la consignación previa obligatoria exigido al afectado para poder apelar de la sanción aplicada ante la Corte de Apelaciones respectiva.

VI. SE REDUCE EL MONTO DE LA GARANTÍA Y SE AMPLÍA EL PLAZO DE AJUSTE DE LA MISMA.

Estas observaciones del Ejecutivo, también recogen otra inquietud que surgió durante la tramitación del proyecto, que era la de disminuir el monto de la garantía exigida a las empresas de servicios transitorios, lo que se logra a través de dos cambios que se incorporan al artículo 183-J. El primero de ellos consiste en rebajar la garantía permanente que deben constituir las empresas de servicios transitorios desde un monto de 500 unidades de fomento a tan solo 250. El segundo cambio tiene por objeto ampliar o aumentar el período fijado para el ajuste de dicha garantía desde tres a doce meses, buscando así disminuir las barreras de entrada de las pequeñas y medianas empresas que deseen dedicarse al giro de servicios transitorios, asimismo se pretende asegurar que se encuentren disponibles los recursos necesarios que permitan el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que le asisten a las empresas contratistas respecto de sus trabajadores. Por su parte, el aumento en el plazo de ajuste permiten a las empresas de servicios transitorios un proceso de adaptación más paulatino.

VII. SE UNIFORMA Y AJUSTA LA NOMENCLATURA UTILIZADA EN EL PROYECTO.

Para uniformar todo el lenguaje empleado a lo largo del proyecto aprobado, se propuso a través de las observaciones que se realizaron, que en todas aquellas disposiciones donde se utilizara la expresión “temporarios” se la reemplazara por “transitorios”. Además, que en todas aquellas disposiciones del proyecto donde se utilizara la expresión “el mandante” o “del mandante”, se la reemplazara por la “empresa principal”.

Analizado el contenido del Mensaje de las observaciones del Veto Presidencial, señalaremos ahora las observaciones mismas que formuló el Ejecutivo al proyecto de ley aprobado, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 73 de la Constitución Política del Estado:

PRIMERO: ARTÍCULO 3º

- Para modificarlo de la siguiente forma:

- a) Para agregar en el artículo 183-A, en su inciso primero, después del punto aparte, que ahora pasa ser seguido (.), el siguiente párrafo final: “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”.
- b) Para intercalar en el artículo 183-B, en su inciso primero, después de la expresión “obligaciones laborales y previsionales, la frase “de dar” y para eliminar la expresión “y contractuales” ubicada en el mismo inciso.
- c) Para agregar en el inciso segundo del 183-C, a continuación del punto aparte, que ahora pasa a ser punto seguido (.) el siguiente texto: “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 mecanismo 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”.
- d) Para agregar en el artículo 183-D, en su inciso primero, a continuación de la frase “obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos”, la expresión “incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral”, antecedida por una coma (,).
- e) Para reemplazar en el artículo 183-F, en su letra a), que define el concepto de Empresa de Servicios Transitorios, el texto que viene a continuación de la palabra “asimismo”, por el siguiente: “la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”.
- f) Para modificar el artículo 183-I, de la siguiente forma:
 - i) En su inciso segundo, reemplázase el guarismo “20” por “10”.
 - ii) En su inciso final, reemplázase la expresión “la mitad” por “la tercera parte”,

- g) Para modificar el artículo 183-J, de la siguiente manera:
 - i) En su inciso primero, reemplázase el guarismo “500” por “250”.
 - ii) En su inciso segundo, reemplázase la palabra “tres” por “doce”.

SEGUNDO: En todas aquellas disposiciones del proyecto donde se utilice la nomenclatura “el mandante” o “del mandante”, reemplázase por la expresión “la empresa principal”.

TERCERO: En todas aquellas disposiciones donde se emplee la expresión “temporarios”, reemplázase por “transitorios”.

2.- INFORME COMISIÓN DE TRABAJO.

Con fecha 28 de junio de 2006, la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, procedió a informar sobre las observaciones formuladas por el Ejecutivo al proyecto en discusión, haciendo uso de la facultad que le otorga la Constitución Política.

Comisión que propuso al Senado adoptar los siguientes acuerdos respecto de dichas observaciones:

Que se aprobaran las observaciones número 1, letra a), b), d), e), f) numerales i) e ii); g) numerales i) e ii); 2) y 3), unanimidad (5 x 0) y se aprobara la observación número 1, letra c), unanimidad (4 x 0).

Todo esto se acordó en la sesión celebrada el día 21 de junio de 2006, con la asistencia de los Senadores Juan Letelier, Presidente, Soledad Alvear, Andrés Allamand, Pablo Longueira y Pedro Muñoz; cabe señalar que a la sesión en que se acordó esta materia también asistieron el Ministro del Trabajo y Previsión Social, Osvaldo Andrade, el Subsecretario del Trabajo, Zarko Luksic y los asesores Francisco del Río y Alberto Barrera.

3.- DISCUSIÓN EN SALA. OFICIO DE CÁMARA DE ORIGEN A CÁMARA REVISORA.

Después del informe de la Comisión del Senado, se procedió a la discusión en sala, dándose en definitiva su aprobación a las observaciones formuladas por el Ejecutivo, para posteriormente remitir un oficio a la Cámara Revisora, el cual señalaba que con fecha 5 de julio de 2006, el Senado “en sesión del día de hoy, ha dado su aprobación a las observaciones formuladas por su Excelencia la Presidenta de la República al proyecto de ley en discusión”. Con el voto favorable de 25 senadores, de un total de 37 en ejercicio, dándose cumplimiento de esta forma a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 66 de la Constitución Política. Adjuntándose al presente Oficio N° 27.319, copia del Oficio N° 26.998, de 18 mayo de 2006, del Senado, con el cual se comunicó al Ejecutivo el texto de ley aprobado por el Congreso Nacional, y el Mensaje N° 89-354 donde se contienen dichas observaciones.

1.2.5 TRÁMITE VETO PRESIDENCIAL CÁMARA DE DIPUTADOS.

1.- INFORME COMISIÓN DE TRABAJO.

Se inicia el quinto trámite del proyecto de ley en la Cámara de Diputados, con el informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, recaído en las modificaciones formuladas por el Ejecutivo recomendado, por trece votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención, la aprobación del texto de dichas observaciones.

Se acordó en la sesión de fecha 11 de julio de 2006, con la asistencia de los Diputados Aguiló (Presidente), Alinco, Bertolino, Dittborn, Goic, Melero, Meza, Monckeberg, Muñoz, Recondo, Walter en reemplazo de Zafiro, Salaberry e Insunza en reemplazo de Vidal, designándose como Diputado informante a Aguiló, también asistieron a esta sesión el Ministro del Trabajo y Previsión Social, Osvaldo Andrade, el Subsecretario del Trabajo, Zarko Luksic y el asesor de esa cartera de Estado, Francisco del Río.

2.- DISCUSIÓN EN SALA. OFICIO DE CÁMARA REVISORA A CÁMARA DE ORIGEN.

Se procedió a su discusión en sala, aprobándose dichas observaciones del Ejecutivo para efectuarse posteriormente la remisión del oficio respectivo a la Cámara de Origen.

Es así como el Oficio N° 6.260, enviado al Senado con fecha 12 de julio de 2006, señalaba que la Cámara de Diputados en sesión de esa fecha, tuvo a bien prestar su aprobación de la siguiente forma:

“La observación contenida en el número primero, letra F) numeral ii), que incide en el inciso tercero del artículo 183-I y la del número tercero en lo que respecta a los artículos 183-H, 183-K, 183-L, 183-M, fueron aprobados con el voto favorable de 93 Diputados de 119 en ejercicio.

La observación contenida en el número segundo, en lo que dice relación con el inciso primero del artículo 183-E y el artículo 7°, lo fue con el voto conforme de 93 Diputados de 119 en ejercicio. Dándose cumplimiento de esta forma a lo dispuesto en el inciso segundo y tercero del artículo 66 de la Constitución”.

1.2.6 TRÁMITE EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1.- OFICIO DE CÁMARA DE ORIGEN AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Una vez probado el proyecto de ley por el Congreso Nacional, tuvo que ser remitido al Tribunal Constitucional, por oficio de la Cámara de Origen de 14 de julio e 2006, para determinar su constitucionalidad, debido a que los artículos 183-H, el inciso tercero del artículo 183-I, los incisos tercero y cuarto del artículo 183-K, el artículo 183-L y el inciso tercero del artículo 183-M, todos del artículo 3°, permanente, de la iniciativa de ley se refieren a materias propias de ley orgánica constitucional y de acuerdo a lo establecido en el artículo 93 N° 1 de la comisión política.

Acompañándose además una serie de documentos tales como copia del Mensaje del Ejecutivo N° 89-354, de 5 de junio de 2006 (veto presidencial), de los Oficios N° 23.546, 26.997, 26.998 y 27.319 del Senado y N° 5.996 y 6.260 de la Cámara de Diputados. Adjuntándose, asimismo, copia del Oficio N° 19.890, de 21 de mayo de 2002, del Senado, dirigido a la Corte Suprema con el objeto de recabar su parecer respecto al proyecto de ley en discusión y de la respuesta dada por dicha Corte en Oficio N° 001503, de 21 de junio de 2002, que hace presente la necesidad de quórum especiales para

ciertas normas del proyecto, alguna de ellas deben aprobarse como normas de rango orgánico constitucional, por cuanto inciden en atribuciones de los Tribunales de Justicia (como lo son los artículos 152-H, 152-I, 152-K, 152-L y 152-M, contempladas en el artículo 2º del proyecto), otras deben ser aprobadas con quórum calificado, ello por cuanto inciden en el ejercicio del derecho a la seguridad social (como lo son los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 152-AC, contenido en el artículo 2º del proyecto), todo ello por mandato de la Constitución Política.

2.- OFICIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A CÁMARA DE ORIGEN.

El Tribunal Constitucional, previo a pronunciarse sobre el oficio enviado por el Senado acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley en discusión, ya aprobado por el Congreso Nacional, tuvo que resolver previamente un requerimiento interpuesto por algunos Senadores sobre el artículo 183 Ter que se agrega al código del trabajo, mediante el artículo 3º del proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación, funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios.

3.- REQUERIMIENTO AL NUEVO CONCEPTO DE EMPRESA.

Quince Senadores, representando más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, con fecha 13 de julio de 2006, dedujeron un requerimiento⁷⁰ en conformidad al artículo 93 N° 3 de la Constitución Política, con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 183 Ter que se agrega al Código del Trabajo, mediante el artículo 3 del proyecto en discusión, señalaron los requirentes⁷¹ que el nuevo concepto de empresa que el precepto impugnado contempla, es igual al que establece el actual artículo tercero del Código del Trabajo, salvo en cuanto elimina aquella parte de este último que dispone que ésta ha de tener una “identidad legal determinada”, luego al prescindir de la individualidad legal de la empresa, el intérprete administrativo y en definitiva los Tribunales, quedan en los hechos, facultados para modificar, desconocer o negar la existencia de una empresa legalmente constituida.

⁷⁰ Requerimiento, admitido a tramitación el 1 de agosto de 2006 por el Tribunal Constitucional.

⁷¹ Los Senadores que presentaron el requerimiento fueron; Señora Evelyn Matthei, Señores Andrés Allamand, Carlos Cantero, Andrés Chadwick, Juan Coloma, Alberto Espina, José García, Antonio Horvarth, Carlos Kuschel, Hernán Larraín, Pablo Longueira, Jovina Novoa, Víctor Pérez, Baldo Prokurica y Sergio Romero.

Indicándose que este artículo 183 Ter, establece por primera vez en nuestra legislación una doble definición de un mismo concepto. Que además atenta en contra de los derechos de la empresa como grupo intermedio y que infringe los derechos fundamentales de quienes crean o desarrollan una actividad económica a través de empresas.

Respecto de la inconstitucionalidad misma de la disposición que se objeta, ella contraviene el artículo 1º, inciso 3º, de la Constitución Política, ya que las empresas son “grupos intermedios” y en tal calidad gozan de la “adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”, que garantiza el artículo 1º de la Constitución Política, por tanto el legislador no puede inmiscuirse en las formas organizativas que revisten las empresas y mucho menos desconocer su existencia individual, fusionándolas de hecho con una o más entidades distintas, porque al hacerlo, desconoce la autonomía de los cuerpos intermedios y su individualidad, confundiendo sus objetivos, patrimonios y obligaciones con entidades diversas.

Por lo demás el precepto infringiría el artículo 19 N° 15 de la Carta Fundamental, porque este artículo 183 Ter permite a la autoridad desconocer la verdadera voluntad de las personas jurídicas denominadas empresas, como la de sus propietarios y administradores, para considerar como una sola organización a entidades diversas, imponiendo en la práctica la asociación obligatoria, la que se encuentra prohibida por la norma constitucional, ya que al eliminarse las fronteras legales de una empresa y facultar al intérprete administrativo o judicial para atribuir a una de ellas trabajadores de otra sin atender a la existencia o inexistencia de una relación laboral entre ellos, compromete el derecho constitucional que se analiza.

También dicho artículo infringiría otras normas de rango constitucionales:

I) Se vulneraría el artículo 19 N° 16 de la Constitución porque mientras se garantiza la libertad de contratación, el artículo 183 Ter, desconoce dicha libertad, pues permite imponer un vínculo laboral con un tercero si la autoridad decide que entidades empresariales diversas, es decir personas jurídicas distintas, son en definitiva, una misma persona jurídica.

Es decir, por la vía de la ficción administrativa o judicial, a una empresa principal o incluso a una distinta de aquella, se le puede obligar a asumir una relación laboral con trabajadores ajenos y a esos trabajadores se les puede obligar a entenderse con un empleador también ajeno.

II) Se contraviene además el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, ya que el concepto que se consagra en el artículo 183 Ter vulnera los derechos que se ejercen al desarrollar cualquier actividad económica, pues no respeta el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales de asociarse, de administrar libremente una unidad económica y de usar, gozar y disponer del patrimonio que se pone a disposición de ella, permitiendo dicho artículo que un órgano público considere a empresas diversas como una sola, asociando así, en un nuevo ente, a quienes voluntariamente no han optado a ello, en este caso, mediante un mero acto administrativo se confunden patrimonios, siendo que se trata de propietarios diversos, imponiendo obligaciones de otros entes aún cuando se trata de personas jurídicas distintas, con individualidad propia y pudiendo pertenecer, incluso, a otros propietarios.

De esta manera, las empresas contratistas podrían verse expuestas a que la autoridad les niegue su propia existencia y que incluso les desconozca las relaciones laborales con sus trabajadores, si estima que ellas forman parte de la empresa principal o de una tercera empresa con lo cual se les impide ejercer su propia actividad económica.

III) Se infringe el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, con el artículo 183-Ter, ya que dicho precepto afecta el derecho de propiedad al imponer obligaciones en dinero que no han sido contraídas por la empresa, no provienen de sanciones, no tienen origen en responsabilidad solidaria o subsidiaria que emane del trabajo en régimen de subcontratación y son jurídicamente imprevisibles. Porque tratándose de empresas constituidas por socios diversos, pero “con algunos comunes”, pueden ser obligadas a asumir responsabilidades laborales y previsionales de otras empresas, en circunstancias que no intervinieron en los actos jurídicos que dieron origen a dichas obligaciones, vulnerando así el derecho de uso, goce y disposición del dominio.

IV) Por último, los requirientes indican que se contraviene el artículo 19 N° 26 de la Constitución con el precepto impugnado, ya que éste no cumple con ninguno de los requisitos que han de exigirse a

las limitaciones que pueden imponerse a los derechos reconocidos por la Constitución, facultando el artículo 183-Ter a una autoridad (ya que ni siquiera es ley la que lo hará) para afectar derechos constitucionales en su esencia, imponiendo asociaciones forzosas, obligando asumir relaciones laborales de terceros, prohibiendo administrar libremente una actividad económica y suplantando la voluntad del propietario, disponiendo de sus bienes, impidiendo de esta manera el libre ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de asociación, de libre contratación, de libertad de empresa y de propiedad.

El Gobierno por su parte, formuló sus observaciones al requerimiento interpuesto por algunos Senadores a través de la Ministra Secretaria General de la Presidencia, con fecha 8 de agosto de 2006, cuyo contenido podemos resumir en los siguientes puntos esenciales:

- I) El Gobierno planteaba que en el régimen de subcontratación que regula el proyecto, las obligaciones que puedan derivarse para la empresa principal no surgen del artículo 183 Ter, sino que de ese nuevo régimen, de manera, que el deber de responder de la empresa matriz, por las obligaciones laborales y previsionales de las filiales no deriva de la asociatividad que surja entre ellas ni del nuevo concepto de empresa que se propone, sino que de una obligación solidaria impuesta por la ley, en virtud de los vínculos reales que entre ellas existen, y que las obligan frente a sus trabajadores.
- II) Además, en nada se afecta la libertad contractual, sino que se está en presencia de la aplicación del principio de primacía de la realidad, para evitar que el empleador eluda sus obligaciones a través de un andamiaje jurídico.
- III) Que el artículo 183 Ter, no atenta contra el derecho a desarrollar actividades económicas, pero éste derecho debe ejercerse respetando las normas legales que regulan dichas actividades y que expresión de ello son las normas laborales y previsionales dictadas para proteger a los trabajadores. Luego, lo que esta norma busca, es precisar que el empleador es el responsable del cumplimiento de las obligaciones y de la normativa laboral y previsional.
- IV) Esta norma es cuidadosa de los derechos patrimoniales en juego en una relación de subcontratación, conservándose en plenitud las atribuciones del dominio.

Por lo demás, el derecho laboral acepta ampliamente la intervención legal en el ámbito privado, con el fin de regular los efectos jurídicos de la relación laboral y es consecuencia de esta amplia intervención legal en el mundo contractual, que algunas obligaciones que nacen a raíz de una convención particular como el contrato de trabajo, no tienen su fuente en ésta, sino en la ley. Por ello, en este caso, la obligación nace de la disposición de la ley, la cual, a su vez, responde a la importancia que el derecho laboral da a la relación real que existe entre la persona que pone a su trabajo a disposición de otra y la que actúa con autoridad y don de mando sobre la primera y se sirve de éste.

V) Luego, la norma que se impugna por los Senadores, no vulnera el núcleo esencial ni el libre ejercicio de los derechos. Además, este artículo 183 Ter, tiene su justificación en la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad legal del empleador frente al trabajador, la que sólo podrá hacerse realidad a través del ejercicio de las potestades de aplicación que les corresponden a las autoridades administrativas y judiciales.

4.- PRIMER OFICIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia Rol N° 534-2006, pronunciándose sobre el requerimiento, resolvió:

1. Acoger el requerimiento deducido, declarándose la inconstitucionalidad del artículo 183 ter, que el artículo tercero del proyecto de ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, incorpora al Código del Trabajo en el nuevo Título VII que el mismo precepto agrega a su Libro I.

2. Que se acogió el requerimiento por un vicio de forma, omitiendo este tribunal pronunciarse sobre las causales de fondo invocadas.

La sentencia fue redactada por el ministro Raúl Bertelsen y pronunciada por los miembros, José Luis Cea Egaña, Presidente; Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic

Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, Marisol Peña Torres y Enrique Navarro Beltrán.

Procediéndose al envío por Oficio N° 212, de la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 agosto de 2006 a la Cámara de Origen.

Respecto de los argumentos que sirvieron de base para el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal y que se contenían en los considerandos de la misma, podemos sistematizar lo siguiente:

Primero: El requerimiento que se formula por los órganos constitucionales habilitados para impugnar un proyecto de ley, debe señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad de que se trata, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 inciso primero, N° 3 e inciso cuarto, de la Constitución Política y en el artículo 39 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Segundo: Más de una cuarta parte de los Senadores en ejercicio solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 183-Ter del Código del Trabajo, que se agrega a este cuerpo legal por el artículo 3° del proyecto de ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de servicios transitorios.

Tercero: El Tribunal Constitucional se limitó a examinar la constitucionalidad del artículo 183 Ter que se incorpora al Código del Trabajo, objeto del requerimiento, sin emitir, en esta oportunidad, juicio alguno de conformidad o disconformidad con la Constitución Política respecto de otros artículos contenidos en el mismo proyecto de ley, ello no significa que para determinar el sentido y alcance del artículo 183 Ter, el Tribunal no pueda tener en cuenta lo establecido en otros preceptos del mismo cuerpo normativo, ello por aplicación del elemento lógico de interpretación que procura la debida correspondencia y armonía entre todas las partes de una ley.

Cuarto: Este artículo 183 ter, formula un nuevo concepto de empresa para los efectos del nuevo Título VII del Libro I del Código de Trabajo, llamado “Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”, según el cual, se entiende por empresa “toda organización de medios personales materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos”.

Dicho concepto es diferente, por una parte del establecido en el artículo 3º, inciso tercero, del Código de Trabajo, dado para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, en cuya virtud se entiende por empresa “a 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” y por otra, también difiere del artículo 183 F letra a) del proyecto en estudio que define a la Empresa de Servicios Transitorios como, “toda persona jurídica inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”.

Quinto: Que en el párrafo 1º del mencionado Título VII del Libro I del Código del Trabajo, se regula el trabajo en régimen de subcontratación, definido en el artículo 183-A y que entre las materias que comprende, el Párrafo 1º se regula además, el pago de las obligaciones previsionales correspondiente a las cotizaciones de los trabajadores que ejecutan labores en régimen de subcontratación, como lo señala el artículo 183-B y 183-D. Por su parte la aplicación del nuevo concepto de empresa que formula el artículo 183 Ter en análisis a las distintas situaciones de subcontratación contenidas en el proyecto de ley, determina los sujetos obligados al pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores como, asimismo, la clase de responsabilidad civil de la persona denominada mandante o empresa principal en la subcontratación, responsabilidad que, por regla, es solidaria, pero que puede convertirse en subsidiaria.

Sexto: Se está frente a disposiciones que modifican normas sobre seguridad social o que inciden en ella tanto del sector público como del sector privado, las cuales, conforme a lo dispuesto en el artículo 65, inciso cuarto, N° 6 de la Constitución Política, son de iniciativa exclusiva el Presidente de La República, pero que sin embargo y como consta del Acta de la Sesión N° 67, de 10 de enero de 2006, de la Cámara de Diputados y de los demás antecedentes que obran en conocimiento de esta Magistratura, la proposición que tuvo por objeto conceptualizar la definición de empresa contenida en el artículo 183 Ter, surgió por indicación parlamentaria y no del Presidente de la República, a pesar de que se trata de una materia reservada exclusivamente por la Constitución a la iniciativa del Jefe de Gobierno.

Séptimo: De lo expuesto resulta que, en la tramitación y aprobación del artículo 183 Ter del Código de Trabajo, se ha vulnerado el artículo 65, inciso cuarto, N° 6, de la Carta Fundamental, lo que configura un vicio de inconstitucionalidad de forma del precepto legal sometido a control del Tribunal Constitucional y que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 44 de la ley N° 17.997, orgánica constitucional de dicho Tribunal, que dispone “que el Tribunal podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad, respecto de las normas cuestionadas, en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el requerimiento”, que es lo que se hará para el artículo 183 Ter, declarando su inconstitucionalidad por un vicio de forma, teniendo presente para su resolución, lo prescrito en los artículos 65, inciso cuarto, N° 6, 93, inciso primero, N° 3 e inciso cuarto, de la Constitución Política y 38 a 45 de la Ley N° 17.97 Orgánica Constitucional.

5.- SEGUNDO OFICIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Respondiendo, el Tribunal Constitucional al Oficio N° 27.443 de 14 de julio de 2006, enviado por el Sando, el cual contenía el proyecto en discusión, aprobado por el Congreso Nacional, con el propósito que este Tribunal ejerciera el control de constitucionalidad respecto de los artículos 183-H, artículo 183-I, inciso tercero, artículo 183-K, inciso tercero y cuarto, artículo 183-L y artículo 183-M, incisos tercero, todos del artículo tercero permanente de este proyecto de ley; resolvió en sentencia Rol N° 536-2006, que corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre las normas del proyecto remitido que estén comprendidas dentro de las materias que se han reservado a una ley orgánica constitucional, que las normas sometidas a su conocimiento son propias de este tipo de leyes a que se refiere el artículo 77, incisos primero y segundo de la Carta Fundamental, al otorgar nuevas atribuciones a los tribunales establecidos por la ley para ejercer jurisdicción y que por disposición expresa del artículo 93, N° 1 de la constitución que establece que es atribución del Tribunal Constitucional ejercer el control de la constitucional de las Leyes Orgánicas Constitucionales antes de su promulgación.

Por tanto se declara:

Primero: Que la frase “previa consignación de la tercera parte de la multa aplicada, en caso que correspondiere” contenida en el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero permanente del proyecto introduce en el Código de Trabajo, es inconstitucional y debe eliminarse de su texto;

Segundo; Que el inciso tercero del artículo 183-I, que el artículo tercero del proyecto introduce en el Código del Trabajo, es constitucional y sin perjuicio de lo resuelto en el número anterior.

Tercero: Que los artículos 183-H, 183-K incisos tercero y cuarto, 183-L y 183-M, incisos tercero del proyecto, son constitucionales.

Procediéndose a devolver el proyecto al Senado, a través del oficio N° 239 de 30 de agosto de 2006 con la resolución pronunciada por dicho Tribunal.

1.2.7 TRÁMITE OFICIO DEL SENADO AL EJECUTIVO. PUBLICACIÓN DE LA LEY N° 20.123

Efectuadas las modificaciones requeridas por el Tribunal Constitucional, se procedió por el Senado a enviar al Ejecutivo el Oficio N° 28.245 de 5 de septiembre de 2006, comunicándole que el Congreso Nacional ha dado su aprobación al proyecto de ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios; y el contrato de servicios transitorios y que habiéndose dado cumplimiento al control de constitucionalidad establecido en el artículo 93, número 1° de la Constitución Política, proceda a promulgar dicho proyecto.

El Ejecutivo, con fecha 5 de octubre de 2006, procedió a su promulgación para publicarse como Ley N° 20.123, el 16 de octubre del mismo año.

2. FUNDAMENTOS DEL MENSAJE QUE SE ACOMPAÑA AL PROYECTO

Veremos a continuación cuáles fueron los fundamentos del Mensaje N° 131-346 del Ejecutivo con que se acompañó el proyecto de ley que regula el Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y del Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. Fundamentos que tienden a repetirse en cuanto a su contenido en la discusión misma del proyecto, ya sea en general como en particular, que se realizó ante la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado.

2.1. LA UTILIDAD Y NECESIDAD DE REGULAR LA ACTIVIDAD DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

El imperativo de normar adecuadamente la actividad de las Empresas de Servicios Transitorios, nace a partir de la constatación empírica de que las empresas ya han comenzado a proveerse crecientemente de mano de obra a través de terceros, ya sean empresas o personas, que ponen a disposición de aquellas trabajadores contratados por éstos.

De esta forma la relación de subordinación y dependencia, esenciales para que se configure el vínculo laboral, se estructura en estos casos respecto de un empresario distinto del empleador formal del que aparece siendo parte originaria del contrato de trabajo, dando nacimiento en este contexto a relaciones no reguladas actualmente por nuestra legislación laboral.

Estas prácticas, que en muchos casos se han prestado para la comisión de abusos contra los derechos y garantías de carácter laboral y previsional de los trabajadores que se desempeñan en este régimen de trabajo no regulado legalmente y que por lo tanto requiere urgentemente de un marco jurídico que combine la necesaria flexibilización de las relaciones laborales que demanda un mercado del trabajo moderno por una parte y con los adecuados resguardos que eviten su precarización por la otra.

Asimismo, cabe precisar que las prácticas precedentemente descritas, se encuentran bastante extendidas en las empresas nacionales, circunstancia que ha sido permanentemente constatada por la labor fiscalizadora que ha venido realizando la Dirección del Trabajo, sin embargo debemos mencionar que, no ha sido posible determinar con absoluta exactitud la magnitud de esta forma de empleo, atendido que se trata de una figura al margen de la ley, y cuyo desarrollo en buena parte, se produce en condiciones de informalidad, es decir la mayoría de las veces nos encontramos en ausencia de la escrituración de un contrato de trabajo que regule la relación laboral que se produce.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, las Empresas de Servicios Transitorios que funcionan formalmente como tales, según cifras aportadas por la propia asociación gremial que las agrupa, son más de ciento cincuenta, y el número de trabajadores suministrados según datos, aportados por la ENCLA de 1999, corresponden al 6,4% del empleo subordinado en las empresas

comprendidas en dicho estudio, lo que equivale, en una proyección nacional a 240.000 trabajadores aproximadamente.

Además, para incorporar a nuestra legislación esta nueva modalidad de contratación, se ha tenido en cuenta que, en ciertos casos calificados, pero de frecuente ocurrencia en las empresas, es conveniente para estas últimas disponer de mano de obra temporal, a fin de enfrentar los distintos eventos del proceso de la producción, sin que se configure, sin embargo, un contrato de trabajo con el empleador que viene a cubrir tales eventos, quien mantiene una relación laboral con la empresa que provee sus servicios.

Dentro de este contexto, se busca limitar los riesgos inherentes a la ampliación de la actividad empresarial, o a la realización de nuevos proyectos o inversiones, ajustando las planillas a las distintas etapas que supone su implementación.

Con esta nueva regulación se pretende la formalización de aquellas relaciones laborales que hoy discurren al margen de las normas protectoras de nuestra legislación laboral esencialmente contenidas y representadas en nuestro Código del Trabajo y en las normas de la Seguridad Social, esto acontece ya sea porque se configuran como prestaciones de servicios a honorarios, no obstante, a pesar de su carácter estrictamente laboral o bien sea porque no se ha escriturado el respectivo contrato de trabajo.

Ambas situaciones tienen significativa incidencia en el suministro de trabajadores y son precisamente estas circunstancias de hecho las que la nueva legislación pretende regular, para así evitar la más absoluta indefensión de los derechos esenciales de la parte más débil de la relación laboral que son los trabajadores.

Además, en aquellos casos en que los trabajadores suministrados cuentan con un contrato de trabajo, este se celebra con la empresa suministradora, la que en nuestro actual ordenamiento, no permite caracterizarla como empleadora.

Esta nueva normativa contiene además diversos instrumentos legales destinados a garantizar que el suministro de trabajadores se canalice de forma tal que cumpla además con la función de proteger eficazmente a todos quienes prestan servicios para terceras empresas, a la vez de ser un instrumento que permita la adaptabilidad para éstas.

2.2. DELIMITACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN.

Entre otras medidas que se pretende establecer, se encuentra la de delimitar la subcontratación que estaba regulada en los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, exclusivamente a la ejecución de obras o servicios por cuenta y riesgo del contratista, excluyéndose de esta figura la subcontratación de mano de obra, práctica esta última que se ha utilizado profusamente en las actividades de carácter laboral, ante la ausencia de normativa que permita el suministro de trabajadores, todo ello con evidente desmedro de los derechos de los trabajadores.

2.3. ESTABLECIMIENTO DE PRESUNCIONES LEGALES A FAVOR DE LOS TRABAJADORES TRANSITORIOS.

El Ejecutivo señaló que todo suministro de trabajadores se debe ajustar a las normas que se establecen en el proyecto. Para ello se crea, además de las sanciones que en cada caso procedan, una presunción de derecho, consistente en que la relación laboral se configura con la empresa usuaria cuando se vulnera el régimen de contratación transitorio previsto en la regulación que se propone.

Ello es la consecuencia jurídica de apartarse del régimen de excepción que constituye el suministro de trabajadores, lo que supone la aplicación del régimen laboral común que define como empleador a quien recibe la prestación de los servicios, en directa alusión al principio de la primacía de la realidad.

Sin embargo, sobre este fundamento del Mensaje del Ejecutivo, es necesario que hagamos de inmediato el siguiente alcance, ello debido a la importancia que tienen las presunciones de derecho en materia probatoria para nuestra legislación.

i) En primer lugar, esta presunción de derecho se materializaba en el proyecto de ley en su artículo 152-Z el cual señalaba que “La usuaria que contrate a un trabajador transitorio por intermedio de empresas no inscritas en el registro que para tales efectos llevará la Dirección del Trabajo, quedará respecto de dicho trabajador excluida de la aplicación de las normas del presente párrafo y se presumirá de derecho que el trabajador fue contratado como dependiente de aquella por tiempo indefinido, con sujeción a las normas generales de este Código.

Además, la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa ascendente a 10 U.T.M. por cada trabajador contratado”.

ii) En segundo lugar señalemos que al iniciarse la discusión en particular de dicho artículo, por la comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, fue objeto de un amplio debate acerca de la conveniencia de establecer en la legislación laboral propuesta, una presunción de derecho como sanción, es así como los Senadores Canessa y Boeninger miembros de la mencionada comisión se opusieron a dicha presunción y estuvieron por suprimir del artículo 152-Z las palabras “de derecho” dándose como argumentos los mismos que en su oportunidad se esgrimieron para la presunción de derecho que el proyecto pretendía establecer en el artículo 152-N (con motivo de la falta de escrituración del contrato de provisión de trabajadores transitorios que hacía “presumir de derecho que el trabajador suministrado fue contratado con carácter indefinido por la usuaria”...) esto es que, les parecía bastante grave el establecimiento de presunciones de derecho, ya que tales presunciones son de carácter excepcionales en nuestra legislación dado que tienen el efecto peculiar de no admitir prueba en contrario, lo que podría dejar a alguna de las partes de la relación laboral en la más absoluta indefensión, puesto que no podrían hacer valer ningún antecedente por muy fundados que fueran para respaldar su argumentación, agregando por último que siempre debiera permitirse la prueba en materia laboral por la importancia de los intereses que la misma ley protege.

iii) Posteriormente se propuso la modificación de este artículo, eliminándose la presunción de derecho y acogiendo así las indicaciones de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado (este punto aparece más detallado en el capítulo cuarto de esta obra).

2.4. ESPECIAL PROTECCIÓN A LA MUJER TRABAJADORA.

Especial mención merece el impacto que la regulación propuesta tendrá en la contratación de trabajadoras, y especialmente en la formalización de las relaciones laborales de aquellas trabajadoras que, prestando servicios de naturaleza laboral, están en la práctica, al margen de la aplicación de las normas del Trabajo y de la Seguridad Social. Es así como la promoción del empleo a través de las Empresas de Servicios Transitorios supone privilegiar el acceso al trabajo mediante contratos de corta duración de cuya extinción la trabajadora tiene conocimiento anticipado.

Dentro de los fundamentos del Mensaje, se precisó que el Fuero Maternal no se compatibilizaba con los servicios prestados a través de las Empresas de Servicios Transitorios, indicándose que la exclusión del Fuero Maternal del régimen jurídico de los servicios transitorios, es consecuencia necesaria del suministro de trabajadores, que sólo se autoriza ante la concurrencia de ciertas circunstancias temporales y por determinados plazos máximos.

Sin perjuicio de ello, salvo la garantía del fuero, las demás normas laborales sobre protección a la maternidad incluidas en el Código del Trabajo, son aplicables a las trabajadoras transitorias, lo mismo que el derecho a prestaciones familiares y al subsidio maternal en el caso que cumplan los requisitos generales para su procedencia.

Creemos, sin embargo, que es necesario hacer presente sobre el tema del Fuero Maternal y en relación al desconocimiento de este derecho a las trabajadoras de servicios transitorios por la naturaleza misma de la prestaciones que realizan, que al ser discutido el artículo 152-T del proyecto que contenía este punto, en la Comisión del Senado de Trabajo y Previsión Social, los Senadores Ruiz De Giorgio y Parra, plantearon la indicación de suprimir dicho artículo por considerarlo una norma discriminatoria, lo que produjo un amplio debate sobre el tema, para quedar en definitiva eliminado del proyecto de ley. Pero que posteriormente al ser aprobada la Ley N° 20.123 se contempla el artículo 183-AE que le reconoció el derecho a Fuero Maternal a todas las trabajadoras de servicios transitorios.

Hacemos mención que este punto se encuentra analizado mayormente en el capítulo cuarto de esta obra.

2.5. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

Se pretende regular el suministro de trabajadores a través de las Empresas de Servicios Transitorios, lo que debe ser entendida como una figura de excepción. De manera que la iniciativa del Ejecutivo que se somete a consideración, propone que la única forma en que la empresa privada puede acceder a la intermediación en el mercado de trabajo, es a través del régimen que se establece en el proyecto, bajo el convencimiento que con un adecuado marco regulatorio se favorecerán notoriamente las posibilidades de empleo de los trabajadores actualmente desocupados.

En definitiva, lo que se propone básicamente es que el contrato de trabajo de servicios transitorios deba tener siempre un carácter excepcional, es decir, pudiéndose sólo celebrarse cuando concurren determinadas circunstancias en la empresa usuaria, tales como la necesidad de proveer reemplazos transitorios de trabajadores, fluctuaciones temporales de la producción o de la comercialización de productos, o bien, tratándose de la realización de actividades o proyectos temporales y extraordinarios de la empresa usuaria.

También hemos de considerar esta modalidad de provisión de recursos humanos para la fase de instalación de una nueva empresa o para la ampliación de la empresa usuaria ya existente.

Además, es preciso señalar que la regulación contenida en esta norma tiene también por objeto beneficiar a un conjunto de trabajadores “atípicos” que requieren de la especial protección y tutela de la norma laboral, aplicadas a formas de contratación no reguladas en nuestra legislación.

Particular tratamiento se da para propiciar la contratación de aquellos trabajadores que en razón de su edad sufren el desempleo o de los trabajadores con discapacidad, considerando la iniciativa legal menos requisitos para las Empresas de Servicios Transitorios y permitiendo la contratación de dichos trabajadores por períodos superiores a los que normalmente se autorizan en el régimen general, por ejemplo, tratándose de los trabajadores discapacitados se permite la renovación de su contratación temporal.

2.6 ESTABLECIMIENTO DE LIMITACIONES PARA LAS EMPRESAS DE SERVICIO TRANSITORIO Y DE SU INSCRIPCIÓN EN UN REGISTRO ESPECIAL.

El proyecto, junto con regular y definir a la Empresa de Servicios Transitorios como una persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tiene por objeto exclusivo y preciso poner a disposición de terceros denominados empresas usuarias, a trabajadores para cumplir en éstas últimas tareas de carácter transitorio u ocasional (...), señala además ciertas limitaciones a estas empresas en el sentido que no pueden ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con las empresas usuarias que contraten sus servicios. Para evitar así que surja cualquier figura de carácter ilícita que pudiera burlar la ley laboral que se pretende establecer con este nuevo régimen de trabajo. Proponiendo para ello, el ejecutivo en el proyecto una sanción drástica para la empresa que infrinja esta prohibición, la cual consistirá en la cancelación de la misma del Registro de Empresas de Servicios Transitorios que se creará para efectos de esta nueva normativa, además de otras sanciones que correspondan de carácter administrativo.

Además, se establece como condición del ejercicio de las actividades de las empresas de Servicios Transitorios, que éstas deban inscribirse en un Registro Especial que debe llevar la Dirección del Trabajo.

Regulándose el procedimiento de la inscripción el cual consta de varias etapas. En primer lugar, la empresa deberá presentar una solicitud que debe contener todos los antecedentes que acrediten su personalidad jurídica, su objeto, como asimismo la individualización de sus representantes legales. En segundo lugar, la Dirección del Trabajo debe aceptar o rechazar el registro mediante resolución fundada dentro del plazo que el proyecto determina, si no se pronunciare dentro de este plazo, se tendrá por aprobada la solicitud, no obstante la Dirección del Trabajo podrá suspender este plazo para recabar antecedentes o información adicional. En todo caso, el proyecto también garantiza el derecho de la empresa afectada por el rechazo de la Dirección del Trabajo a inscribirla en el registro, para acudir ante el Director del Trabajo o para reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva.

2.7. FUNCIÓN FISCALIZADORA DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.

Otro fundamento del Mensaje fue el de entregarle un mayor rol fiscalizador a la Dirección del Trabajo, rol que muchas veces con la normativa vigente sobre la materia en estudio, era prácticamente débil o incluso a veces inexistente, como bien lo señalara en la etapa de la discusión general del proyecto la Directora del Trabajo, quien expresó: “se ha llegado a una situación en que la acción inspectiva resulta prácticamente ilusoria sobre estas materias” (del suministro de trabajadores, en particular), entregándose muchas veces la solución del problema a la competencia de los Tribunales de Justicia, quienes sin embargo hacen sólo aplicación de las normas generales del derecho laboral sobre una materia que en gran parte de ella, por no decir en su totalidad, carece de una regulación clara y sistemática, todo lo cual llevaría a una inhibición de la acción administrativa.

Para ello y con el fin de garantizar una eficiente y adecuada fiscalización del cumplimiento de las normas que regulan el sistema de trabajo propuesto, el proyecto de ley en análisis entrega la fiscalización de las mismas en el o los lugares de la prestación de los servicios, como en la empresa de servicios transitorios, a la Dirección del Trabajo.

Dentro de las facultades fiscalizadoras que la nueva normativa pretende otorgarle a la Dirección del Trabajo, está por ejemplo la de fiscalizar los supuestos que habilitan para la celebración de un contrato de trabajo de servicios transitorios, la identificación de las partes de la relación laboral y de la usuaria, como de las conductas fraudulentas en las que podrían incurrir, es decir, podrá el órgano administrativo entrar a revisar los contenidos del contrato de servicios transitorios o del contrato de puesta a disposición de trabajadores entre ambas empresas, con la única finalidad de velar por el cumplimiento de la nueva ley laboral que se crea.

No obstante, todas aquellas cuestiones que se susciten entre las partes de un contrato de trabajo de servicios transitorios o bien aquellas cuestiones que se den entre los trabajadores y la o las usuarias de sus servicios, serán de competencia de los juzgados de letras de trabajo, quedando así delimitado expresamente esta función fiscalizadora de la Dirección del Trabajo a las materias señaladas en esta nueva normativa.

3. DISCUSIÓN EN GENERAL DEL PROYECTO DE LEY Y SUS OBJETIVOS.

3.1. DISCUSIÓN EN GENERAL

Este proyecto de ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación, funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y del Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios, fue objeto de una discusión en general y en particular, en virtud del acuerdo adoptado por el Senado en la Sesión del día 7 de agosto el año 2002, trámite que realizó la Comisión de Trabajo y Previsión Social. Ahora, en este punto trataremos de buscar los aspectos más importantes de la discusión en general del proyecto y de sistematizarlo para su análisis respectivo.

3.1.1. EXISTENCIA DE UN COMPROMISO SOCIAL SOBRE EL TEMA.

Al producirse la discusión en general del proyecto ante la comisión del Senado, el Ejecutivo señaló que al presentarse esta iniciativa se cumplía con el compromiso que se había adquirido durante la tramitación de otro proyecto legal que dio origen a la Ley N° 19.759 que modificó el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica (ley que publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2002), toda vez que recibió una solicitud unánime de los miembros que integraban la comisión parlamentaria durante esta tramitación, en orden a separar de dicho proyecto la temática que contenía la regulación de las empresas de Servicios Transitorios, con el preciso objeto de darle un tratamiento diferenciado a dicho tema, se esgrimió como fundamento de la petición que esta materia constituía un nuevo orden de cosa en las relaciones laborales, de carácter complejo y que requiera por su naturaleza un análisis por separado.

Además, hacia fines del año 2001, ya se había empezado un trabajo conjunto entre el Gobierno y la Sociedad de Fomento Fabril - SOFOFA, con el objeto de iniciar la formación de una agenda pro crecimiento, surgiendo durante las conversaciones nuevamente el tema del trabajo temporal, dada su importancia como un componente pro empleo y del impacto que podría tener el establecimiento y desarrollo de determinadas normas que podrían a su vez provocar efectos importantes en el aumento de la demanda de la mano de obra.

Agreguemos, por último, que desde la entrada en vigencia de la citada Ley N° 19.759, se han implementado experiencias relacionadas con la materia en estudio, como por ejemplo, el establecimiento de un Registro de Contratistas Agrícolas.

3.1.2 DE LA ADECUACIÓN A LA REALIDAD ECONÓMICA LABORAL.

El Ministro del Trabajo y Previsión Social, en representación del Gobierno, manifestó que el proyecto de ley había sido formulado considerando especialmente aquellos factores “de las transformaciones económicas” que se han desarrollado en nuestro país, como también aquellos cambios que han debido afrontar las empresas que están inserta dentro de una economía abierta a los mercados económicos internacionales como la chilena, factores que señalan claramente la necesidad de que ellas cuenten con los instrumentos, las normas, necesarias para adaptar sus dotaciones o la disponibilidad de trabajadores, de acuerdo a las variaciones que experimentan en la demanda de sus bienes y servicios.

El proyecto en discusión asume esta necesidad de adaptación de las empresas a los nuevos cambios que ha experimentado la economía, pero al mismo tiempo procura consagrar los debidos resguardos legales para los trabajadores y demás actores involucrados en la materia, garantizando esencialmente el cumplimiento de todas las obligaciones de carácter laboral y previsional en favor de los trabajadores sujetos al régimen de trabajo, que se pretende establecer a través de las responsabilidades que deben asumir, tanto el empleador directo como el responsable subsidiario de las mismas.

Se señaló que de una serie de antecedentes que maneja el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, particularmente de aquellos aportados por la encuesta de caracterización Laboral (ENCLA), elaborada por la Dirección del Trabajo, demuestran que el número de empresas que se dedican al suministro de personal y la cantidad de trabajadores que están relacionadas con esta materia ha ido creciendo de 240.000 trabajadores en el año 1999 a un número significativamente mayor hoy en día, persiguiendo el proyecto presentado regular estas situaciones, atendiendo a una economía moderna y velando por la observancia de los requisitos que aseguren relaciones laborales justas.

En otro orden de cosas, se han acentuado los niveles de formalización del suministro de trabajadores temporales en la agricultura y los resultados que se han obtenido con ello han sido muy positivos, mejorando bastante las relaciones laborales, lo que ha significado a su vez menos conflictos ante los tribunales laborales, reduciéndose además las tasas de accidentabilidad y aumentando la productividad de las empresas.

Haciendo notar en la discusión el Ejecutivo que han sido los propios empleadores quienes han alentado los avances mencionados, asumiendo un liderazgo bastante fuerte sobre el tema.

Por lo cual se seguirá trabajando en esta línea para que entre otras cosas, no tener en el futuro problemas en nuestra inserción internacional, evitando y solucionando todo tipo de inconvenientes en esta materia de carácter económico laboral, para así por ejemplo impedir que se den situaciones de “dumping”.

Por lo demás, aquellas empresas de servicio transitorios que se han dedicado formalmente a esta labor, han jugado un importante rol en la estructuración del proyecto en trámite, sustentando así la idea de que es conveniente que existan reglas claras y precisas sobre esta materia, siendo esta iniciativa legal una señal de regular este tema, a través de una normativa moderna y técnica.

3.1.3 LA EXTERNALIZACIÓN DE FUNCIONES.

Además, en esta discusión se indicó que en nuestro país la mayoría de las empresas están cada día demandando más el servicio de trabajadores especializados y calificados, lo que podría originar un proceso de desarrollo de las empresas de servicios transitorios, que verían que la posibilidad de colocar más trabajadores en el mercado dependa de la calificación de estos, lo que traería como consecuencia a su vez el aumento de la competitividad e integración de nuestra economía frente a los mercados internacionales.

Por su parte, el Senador Parra manifestó que “es una realidad del mundo contemporáneo que, en función de la especialización o de la rapidez con que deben hacerse muchas cosas, o bien de la

naturaleza de las mismas en cuanto requieren trabajos estrictamente transitorios se externalizan, cada vez más, las funciones”.

No olvidemos que las empresas sólo controlan directamente lo central de sus procesos productivos, lo más propio de su giro. Sin embargo, creemos que la externalización debe ser un instrumento que permita mejorar la eficiencia de los procesos de producción para la empresa y no puede transformarse bajo ninguna circunstancia en un instrumento artificial para reducir los costos laborales, de explotación de los trabajadores y de la precarización de la relación laboral. Por esto se hace necesario legislar sobre el tema y proceder a su regulación en forma adecuada para evitar estos posibles abusos que se puedan dar, de ahí que el Senador Parra señale que “la iniciativa en discusión es oportuna y necesaria, más aún en atención a que, eventualmente, podrían haber ilegalidades en estas materias”.

Estimamos que este proyecto va más allá de lo señalado por el Convenio N° 181 de la Organización Internacional del Trabajo, que ha constituido un antecedente del mismo, ya que tratándose de actividades que son legítimas, debe cuidarse que el trabajo no se transforme en mercancía y que no se utilicen estos mecanismos exclusivamente para rebajar costos en la producción, presentándose muchas veces como mecanismos de “flexibilización” cuestión que es inaceptable.

En este punto, el senador Parra señaló “que no prestará su aprobación a ninguna norma que tenga por objetivo incentivar actividades productivas, mediante el procedimiento de reducir artificialmente los costos laborales, porque los trabajadores involucrados tienen derecho al mismo grado de protección y dignidad que cualquier otro trabajador, por eso hay que evitar que la triangulación, económicamente justificada, se transforme en un mecanismo de injusticia social, cuestión que el legislador debe prever”.

Señalemos por último que la externalización de las funciones nos lleva al tema del suministro de trabajadores que analizaremos a continuación.

3.1.4. DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES.

Otro tema que se abordó durante la discusión en general fue el “del suministro de trabajadores”, que era una de las directrices esenciales del proyecto, que se pretendía establecer y regular. Al respecto la Directora del la Dirección del Trabajo señaló “que era importante tener presente que se trata de una situación de hecho que no encuentra respaldo en la actual legislación laboral” (Legislación hoy derogada por la nueva normativa).

Recordemos que sobre este punto existía una discusión teórica en orden a determinar si el suministro de trabajadores al no estar reglamentado y menos aún regulado en nuestra legislación, era una figura de carácter “a legal” o bien, partiendo de la base que lo que marca la relación de trabajo es el vínculo de subordinación y dependencia entre un empleador y un trabajador, luego estaríamos en presencia de una figura “ilegal” y no “a legal”, tesis última que ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo. No obstante que esta figura del suministro de operarios se da cada vez con mayor frecuencia en las relaciones laborales, no ha habido la suficiente capacidad de la Administración para aplicar en forma estricta, normas que dejarían fuera esta institución, pero que sin embargo, en la mayoría de los países occidentales, ha sido establecida y regulada en forma especial.

Sobre el particular existe otro punto importante que aclarar y que está relacionado con las preocupaciones que ha venido formulando sobre el tema la Sociedad Nacional de Agricultura: “En primer lugar, debemos señalar que el proyecto no modifica los preceptos de la legislación laboral relativos a las formas de contratación temporal, tales como el contrato por obra, faena o servicio determinado, disposiciones que se mantienen sin colisionar con la normativa propuesta por el proyecto en trámite”.

En segundo lugar, la regulación que se viene planteando por el Ejecutivo, en materia de suministro de trabajadores tampoco colisiona con las disposiciones sobre subcontratación que contiene el mismo proyecto, puesto que se trata de dos instituciones diferentes”.

Es preciso señalar que esta figura de suministrar trabajadores, que se propone regular y establecer esta iniciativa del Ejecutivo, no es del todo nueva en nuestra legislación, basta con recordar

todo lo que tiene que ver con el trabajo temporal en los puertos, fundamentalmente las actividades de estiba, desestiba y el tema de los trabajadores portuarios eventuales, está regulado en el Código del Trabajo. También podría sostenerse que hay bastante similitud entre el tema del suministro de trabajadores con la llamada “institución de los enganchadores” del sector agrícola, figura cuya legalidad ha sido permanentemente discutida, y que cumple una función que va más allá de acercar la oferta y demanda de empleo, reemplazando en los hechos, al verdadero empleador en cuanto a la formalización del contrato de trabajo cuando tiene lugar ello.

Sobre el particular, el Senador Ruiz de Giorgio hizo presente en la discusión general que actualmente existe una ilegalidad bastante notoria, no necesariamente en lo relacionado con la subcontratación “que en alguna medida está regulada en el Código del Trabajo”, pero sí respecto del tema de la “provisión temporal de trabajadores, especialmente en el ámbito agrícola” donde existe hoy en día un gran déficit en materia laboral y previsional, resultando además extremadamente difícil la fiscalización por los órganos administrativos. Agrega, que también se da esta situación en la actividad financiera, donde muchos cajeros de bancos son proporcionados por terceras empresas, pese a que desarrollan actividades permanentes en la institución financiera, con el claro objetivo de reducir costos para dichas instituciones, además; en este tipo de situaciones quienes proporcionan los servicios de tales trabajadores obtienen una utilidad que, en justicia debiera corresponderle a estos últimos.

Todos estos aspectos deben ser estudiados cuidadosamente, con el propósito de que la normativa que se apruebe sea la adecuada, puesto que la otra posibilidad, sería no legislar sobre el tema, escenario frente al cual los organismos fiscalizadores se verían en la necesidad de aplicar derechamente la ley vigente, cuestión que podría llevar, en los hechos al caos, ya que ante la magnitud del problema y frente a la cantidad de trabajadores en esta situación, no existiría la posibilidad real de ejercer una adecuada fiscalización por los órganos administradores.

La Directora del Trabajo, manifestó que el tema de la fiscalización en general ya era complejo en relación con las materias señaladas y agregó que por ejemplo entender, desde la perspectiva laboral, por empleador a alguien distinto a quien está concebido como tal, en la propia ley no es

posible y se ha llegado a una situación en que la acción fiscalizadora resulta prácticamente ilusoria, ello puesto que han habido grandes dificultades para la actuación de la Dirección del Trabajo, a partir de la tesis jurisprudencial de los Tribunales de Justicia, los que han sostenido que si existe un contrato individual entre dos partes, una de las cuales afirma ser empleador y la otra parte ser trabajador, el organismo fiscalizador no puede obligar a un tercero ajeno a la relación contractual a escriturar el contrato, tesis jurisprudencial a la cual no adhiere la Dirección del Trabajo, por considerar a esta tercera persona, como “el verdadero empleador en los hechos”. Los tribunales se han pronunciado de esta forma porque sostener lo contrario sería anular un contrato legalmente celebrado entre partes y las causales de nulidad están expresamente señaladas por el legislador. Todo esto inhibe la acción fiscalizadora de la administración para proteger al trabajador y garantizar el respeto de sus derechos, aún más cada vez que el propio trabajador acciona ante los tribunales, estos siguen la misma línea jurisprudencial señalada, ello por aplicar los principios de subordinación y dependencia y el de la primacía de la realidad, por eso que esta nueva normativa era necesaria para solucionar éstos problemas que se daban en la práctica.

Retomando el tema propiamente tal del suministro de trabajadores, La Directora del Trabajo al referirse al contenido del proyecto legal, en la discusión señaló que éste propone un régimen jurídico especial que regula la provisión de trabajadores a través de las llamadas empresas de servicios transitorios.

Normativa que parte por describir a los sujetos involucrados en la provisión de trabajadores y precisa, además, las facultades y competencia que tendrán los órganos administrativos y judiciales para fiscalizar y resolver los conflictos a que pudiere dar lugar la aplicación de estas nuevas normas, situación que no existía en la antigua legislación, señalando que el funcionamiento de las llamadas empresas de servicios transitorios, su constitución, registro y garantía se reglamentan pormenorizadamente, de forma tal que sean empresas plenamente identificables con una mínima organización y solvencia las que desarrollen la actividad de intermediar en el mercado de trabajo, actividad excluida de los negocios jurídicos en todo el mundo hace algunas décadas.

Posteriormente, la Abogada de la Dirección del Trabajo se refirió a las indicaciones formuladas al proyecto por el propio Ejecutivo, en particular con aquéllas relacionadas con el tema de la provisión temporal de trabajadores, destacando que ellas recogen diversas sugerencias planteadas sobre la materia por las distintas organizaciones laborales y empresariales que han manifestado opiniones respecto del proyecto.

Al mismo tiempo, contemplan algunas de las sugerencias expresadas por la Corte Suprema en el correspondiente oficio que remitiera al Senado entregando su opinión en lo pertinente, acerca del contenido del proyecto, especialmente en lo relativo a los recursos judiciales que éste considera.

De igual forma, las indicaciones formuladas por el Ejecutivo efectúan enmiendas de redacción y reordenan y completan algunas de las disposiciones contenidas en la iniciativa.

El Ministro del Trabajo refiriéndose a dichas indicaciones, reiteró la idea de la Abogada de la Dirección del Trabajo, señalando que son 37 indicaciones al proyecto en análisis que presentó el Ejecutivo, subrayando que el hecho de haberlas formulado durante la discusión en general obedece a dos propósitos: por un lado, atendida la voluntad de discutir el proyecto en general y en particular, resulta aconsejable que el Ejecutivo dé a conocer todos sus puntos de vista sobre la materia y por otro lado, se estimó oportuno introducirle algunas modificaciones formales y de fondo, estas últimas a partir de diversas sugerencias y opiniones vertidas, fundamentalmente, por representantes de los sectores laborales y empresariales, de manera de recoger una serie de propuestas muy atendibles, reduciendo, de esta forma, los puntos que pudieran producir en el futuro alguna polémica. Así, puede facilitarse una tramitación más expedita de la iniciativa presentada por el Ejecutivo.

3.1.5 DE LA SUBCONTRATACIÓN

Recordemos que estrechamente vinculado con el tema del suministro de trabajadores, se encuentra el de la subcontratación, pero como se señaló en su oportunidad, ambos temas difieren en cuanto a su contenido por ello es que la nueva normativa los establece y regula de manera separada.

Delimitándose la subcontratación a la ejecución de obras y servicios por cuenta y riesgo de un contratista (o subcontratista, según sea el caso de que se trate), evitando así, que por esta vía se este encubriendo la figura del suministro de trabajadores.

Es así como el proyecto legislativo sistematiza las normas sobre subcontratación y parte por entregar un concepto de lo que debe entenderse por “trabajo en régimen de subcontratación”, con la finalidad de determinar cuando la actividad que desarrolla el trabajador se encuentra dentro del ámbito de ese régimen especial de trabajo precisando además qué trabajos o servicios que se ejecutan o prestan no quedan comprendidos dentro del régimen de la subcontratación.

Esta definición, contenida en el proyecto, fue objeto de observaciones interesantes. Por ejemplo, en la propuesta original del Ejecutivo se planteaba como característica del trabajo en régimen de subcontratación que el contratista, o el subcontratista ejecutaran su labor con sus propios elementos, sin embargo en la economía moderna se da una confusión respecto de esta variable, por lo que se aconsejó de un punto de vista laboral – económico, eliminarla como parte integrante de la definición original del Ejecutivo. El Ministro del Trabajo y Previsión Social, Ricardo Solari, precisó al respecto que esta modificación de la definición, “aún cuando no figura en las indicaciones presentadas, forma parte de los planteamientos definitivos del Ejecutivo sobre el tema, por lo cual se materializará durante la discusión en particular de la iniciativa”.

Luego, durante la discusión en general, el Senador Fernandez manifestó “que consideraba positivo que el Ejecutivo haya presentado un conjunto de indicaciones con el objeto de perfeccionar el proyecto”. Señalando además que la nueva regulación propuesta respecto del tema de la subcontratación conduce a darle un tratamiento legal más armónico.

Por su parte, el Senador Ruiz De Giorgio reiteró la idea que le parece acertado adecuar la legislación a las nuevas realidades que enfrenta la economía, pero velando siempre por el debido resguardo de los derechos y garantía de los trabajadores, que son el eslabón más débil de la relación laboral - contractual, creyendo que en esa línea se inscribe la propuesta de regular cabalmente la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena (hoy día “la empresa principal”), como

también, estima muy positivo que se defina lo que es trabajo en régimen de subcontratación, considerando que de acuerdo con su experiencia laboral el tema de la subcontratación presenta beneficios, pero también presenta algunos inconvenientes. Los beneficios estarían especialmente en que una empresa puede tener, en un momento dado, mayor agilidad para operar con algunas faenas que no tienen el carácter de estables. Pero el problema estaría en que esta situación también ocurre respecto de faenas propias del giro de la empresa, connaturales a su funcionamiento y que, no obstante, se encargan a contratistas, no por razones de eficiencia en la marcha de la empresa, sino para disminuir costos, ya que desarrollarlas con los trabajadores permanentes los encarece, porque estos tienen una serie de beneficios obtenidos en el ejercicio de sus derechos laborales, como por ejemplo negociar colectivamente, etc., por tanto, resulta mucho más oneroso que realizarla a través de trabajadores puestos a disposición por contratistas, trabajadores estos últimos, que no siempre tienen acceso a beneficios superiores a los mínimos que establece la ley. Todo lo señalado lleva a precarizar el empleo, señalando además el Senador Ruiz de Giorgio que estos no son aspectos fáciles de abordar, no obstante merecen ser analizados al discutir el proyecto en particular, cuestión válida también en relación con las normas sobre empresa de servicios transitorios, donde la precarización en el empleo se da en mayor medida.

Pese a todas las inquietudes que se hacen presente en esta oportunidad, estimamos que tanto la iniciativa legal como las indicaciones que se formularon por el Ejecutivo aproximan bastante bien a una solución más racional de estas materias que aquella que ofrece actualmente el Código del Trabajo que ha sido bastante deficitaria, tanto en normativa como en contenido del tema, lo que ha originado graves conflictos de intereses entre empleador y trabajador que han tenido que buscar la solución ante los tribunales laborales.

3.2 PRINCIPALES OBJETIVOS DE LA LEY NÚMERO N° 20.123.

Dentro de la etapa de discusión en general de este proyecto, se plantearon varios objetivos que debían establecerse y regularse por esta iniciativa legal y que sistematizaremos a continuación.

3.2.1. LA CREACIÓN DE UN MARCO JURÍDICO ADECUADO.

En lo fundamental, se trata de dotar de un marco legal adecuado al proceso de provisión de trabajadores para las empresas usuarias o principales, garantizando y reconociendo los derechos de éstos trabajadores.

La legislación anterior, no contemplaba la circunstancia que una empresa contrate a trabajadores para ponerlos a disposición de otra empresa, con la finalidad que desarrollen una actividad laboral, bajo la organización y supervisión de esta última empresa, es decir, la denominada subcontratación de mano de obra o el suministro de trabajadores.

Sin embargo, esta situación que estaba al margen de la legalidad, se había desarrollado de hecho en nuestro país, afectando directamente a 3.000 trabajadores aproximadamente, según dato suministrado por la Encuesta Laboral ENCLA, operarios que en su mayoría se encontraban sin un contrato de trabajo escrito y lo más grave que carecían de una seguridad social, ello según lo informado por la SOFOFA, quien realizó una encuesta del año 1998 sobre “MUESTRA DE INDUSTRIAS AFILIADAS”, señalando que el 5,2% de los trabajadores son suministrados por terceros.

Además, nuestra legislación no se encontraba ajustada a los cambios internacionales, porque ya gran parte del mundo desarrollado e incluso también, en países de América Latina, habían establecido y regulado la figura de las empresas de servicios transitorios.

Las normas de estas legislaciones internacionales presentan importantes semejanzas entre ellas, claro que también poseen sus propias características según sea el régimen jurídico y económico que tengan. Señalaremos a modo de ejemplo, que el establecimiento de las empresas de servicios transitorios está regulado en todos los países de la Unión Europea, en los Estados Unidos de América y en la América Latina, se reglamentan en Brasil, Uruguay, Argentina, Colombia y Perú.

Luego de la experiencia internacional, se puede colegir la necesidad de establecer y regular legalmente la subcontratación de los recursos humanos, figura totalmente distinta de la

subcontratación para la producción de bienes o servicios que si se encuentra normada en nuestro derecho. Agregándose esta nueva forma de contratación a la modalidad de contratación temporal vigente en nuestra legislación, la cual se mantiene pero se aumentan los mecanismos flexibles para contratar trabajadores y se posibilita la externalización en materia de gestión de personal, según las circunstancias que se prevén.

Para evitar un uso ilícito o fraudulento de la figura de la empresa de servicios transitorios y por ser un instrumento económico – laboral de excepción es que ella debe ser regulada en términos estrictos y precisos dentro de la normativa legal, sin olvidar además que esta figura permite el acceso al empleo de los grupos de trabajadores más vulnerables como son en particular los jóvenes, convirtiéndose así en un mecanismo de ingreso al mercado laboral, como lo demuestran datos estadísticos en los países que ya adoptaron esta institución laboral.

Por último, para lograr este objetivo, era preciso derogar la legislación vigente que se basaba esencialmente en los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, que sólo se referían a la subcontratación y principalmente a la responsabilidad de carácter subsidiario que tenía el dueño de la obra, empresa o faena por las obligaciones legales y previsionales del contratista o subcontratista en favor de sus trabajadores. Además de reconocerle ciertos derechos al dueño de la obra o faena o al contratista según corresponda.

Sobre esta derogación de la legislación actual, la Directora del Trabajo señaló que, “si bien la iniciativa del ejecutivo deroga tales artículos, sólo lo hace por una cuestión de sistematización jurídica”, puesto que lo sustancial de estos artículos se mantiene en forma particular en la nueva normativa.

Precisemos que las principales modificaciones que presenta la iniciativa legal en relación con los artículos 64 y 64 bis es que se define y delimita el concepto de trabajo en régimen de subcontratación, estableciéndose expresamente dentro de las responsabilidades de que responde el dueño de la obra o faena, la del pago de las eventuales indemnizaciones por término de la relación laboral que corresponda al trabajador del contratista o subcontratista, solucionado así un problema que

sólo se podía resolver vía tribunales, en los cuales se discutía acerca de su procedencia y si abarcaba la indemnización sustantiva del aviso.

3.2.2. APORTES EN LA FORMALIZACIÓN DEL EMPLEO ASALARIADO:

Se pretende con la nueva normativa legal el reconocimiento y la regulación jurídica de las empresas de servicios transitorios, ello permitirá, por un lado, que todos los trabajadores contratados por estas empresas pasen a tener ahora una plena protección legal, y por otro, que aquellos que son contratados en fraude de la ley laboral se consideren, de pleno derecho, como trabajadores contratados por la empresa usuaria. Con esto se facilitará la acción de fiscalización de los organismos administrativos del trabajo y se aumentará su eficacia en forma significativa.

Porque antes de esta normativa el suministro de trabajadores no estaba regulado en la ley y se consideraba por tanto como una práctica ilegal, por ello la inmensa mayoría de los trabajadores suministrados se encontraba sin cobertura ni protección legal. Según la encuesta ENCLA 99 “existe un 6,4% de trabajadores del país en esta situación, que equivale a 239.637 trabajadores suministrados”. Señalándose que en esta encuesta, estaba insuficientemente recogida la realidad agrícola y agroindustrial, cada vez que ella fue realizada en el mes de octubre, cuando la temporada agrícola está en sus inicios.

La regulación legal tiene como objetivo esencial terminar con el suministro de trabajadores por tiempo indefinido, lo que viene a precarizar el empleo de los trabajadores permanentes, desvirtuando los fines fundacionales de las empresas de servicios transitorios. Empresas que como su nombre lo indican son de servicios, con un capital y activos muy pequeños, por lo que el proyecto normativo viene ha establecerles un sistema de garantías que permita con ello asegurar el pago efectivo de las remuneraciones y de los aportes previsionales de los trabajadores contratados por las empresas de servicios transitorios.

Además, toda esta figura jurídica promocionada en el rubro agro industrial permitirá en el futuro la formalización del empleo en dicho sector, consagrándose con ello derechos básicos para los

trabajadores como, el de sala cuna, la organización sindical y la negociación colectiva, derechos que se podrán ahora ejercer ya no frente al dueño del predio, sino ante la empresa suministradora.

Por último, con esta nueva regulación, se esperan resultados positivos en todo lo que se refiere a la formalización del empleo de los trabajadores suministrados y del cumplimiento efectivo de todos sus derechos, ello a partir de establecimiento de empresas formales, con la necesaria solvencia como para responder por los derechos laborales y previsionales de los trabajadores, empresas que den suficiente garantía del cumplimiento de sus obligaciones.

3.2.3. FIGURAS FLEXIBLES Y LA EXTERNALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS.

La nueva legislación pretende determinar las ocasiones y circunstancias en que podría darse el suministro de los trabajadores.

Es posible constatar que se crean nuevas formas contractuales no contempladas en nuestra legislación, pudiendo considerarse la contratación a través de las empresas de servicios transitorios como puerta de ingreso al mercado laboral y en esta medida, cumple la función de un contrato a prueba.

Con la normativa en estudio, la usuaria va a externalizar la administración de los recursos humanos, esto es, de trabajadores que son contratados por la empresa de servicios transitorios pero que prestan servicios temporales para la usuaria la que 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.

3.2.4 ESTABLECIMIENTO Y REGULACIÓN DE RESPONSABILIDADES DE CARÁCTER SUBSIDIARIO Y SOLIDARIA.

Cuando se discutió el proyecto de ley la Directora de la Dirección del Trabajo María Ester Feres, sobre este punto señaló que “en la subcontratación se persigue regular de manera cabal las responsabilidades subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena o del contratista según sea el caso, frente al incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales pendientes en favor de los trabajadores respectivos. Especialmente, lo que se persigue es determinar que indemnizaciones le

corresponderían a los trabajadores, tema que sólo se ha resuelto por la vía de la jurisprudencia de los tribunales y de la Administración”.

Se advirtió en la normativa original del proyecto, que el alcance de la responsabilidad subsidiaria podría ser confuso, razón por lo cual el Ejecutivo, por la vía de las indicaciones que presentó, limitó la responsabilidad sólo al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores respectivos prestaron servicios para el o los dueños de la obra o faena.

Finalmente, la nueva ley, en materia de subcontratación, estableció una responsabilidad de carácter solidaria para la Empresa Principal (otrora dueño de la obra, empresa o faena) o contratista según el caso, respecto de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas o subcontratista, en favor de los trabajadores de éstos, agregando la ley, “incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por términos de la relación laboral”. Sin embargo atenuando ésta responsabilidad de la empresa principal a una de carácter subsidiaria, con respecto a las mismas obligaciones, cuando hace uso de sus derechos a ser informada y de retención a que se refiere la ley para con los contratistas y subcontratistas.

Tratándose de la usuaria en régimen de trabajo de servicios transitorios, es responsable subsidiariamente respecto de las mismas obligaciones que afecten a la empresa de servicios transitorios a favor de los trabajadores de ésta.

3.2.5. CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS.

Con el objeto fundamental de asegurar el fiel cumplimiento de todas las obligaciones de carácter laborales involucradas, como asimismo, aquellas de naturaleza contractual que tenga la Empresa de Servicios Transitorios para con su trabajadores con motivo de las prestaciones de servicios que éstos realicen en la Empresa Usuaria, es que la nueva normativa pretende establecer la existencia de garantías que la Empresa de Servicios Transitorios debe constituir.

Mecanismo que por lo demás ha sido reconocido por la mayoría de las legislaciones internacionales han creado y regulado el régimen de suministro de mano de obra por vía de las

Empresas de Servicios Transitorios cuya finalidad es garantizar la seriedad y solvencia de éstas, asegurando así el cumplimiento de todas las obligaciones que contraigan con sus trabajadores en el futuro.

Así se propone que toda Empresa de Servicio Transitorio constituya a nombre de un ente administrador como lo es la Dirección del Trabajo una caución con carácter permanente por un monto mínimo que la norma establece, el cual se aumentará por cada trabajador transitorio adicional contratado por sobre 100, 150, 200, trabajadores según corresponda. Este monto de la garantía se ajustará cada doce meses, considerando el número de trabajadores transitorios que se encuentran contratados en dicho momento.

Correspondiéndole a la Dirección del Trabajo velar por la fiscalización que las empresas de servicios transitorios cumplan con la constitución y mantenimiento de la garantía.

Hacemos el alcance que esta materia, al igual que otras que ya hemos analizado y que sirvieron de objetivos o fundamentos a la nueva normativa, se desarrollarán más detenidamente en el capítulo cuarto de esta obra, que precisamente se refiere al estudio particularizado del contenido de la nueva ley.

CAPITULO CUARTO

CONTENIDO DE LA LEY N° 20.123 QUE REGULA EL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, EL FUNCIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

1. DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.

1.1 CONCEPTO Y SUJETOS

1.1.1 CONCEPTO DE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN

La nueva ley, en su artículo 183-A, define lo que debe de entenderse por trabajo en régimen de subcontratación como 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 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 principal⁷², en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas⁷³.

Agregando el mismo artículo que “con todo, no quedarán sujetas a las normas de este párrafo las obras o servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica”.

⁷² En el proyecto de la ley original decía, “mandante” pero se modifico como aparece, por el veto presidencial de 6 de junio de 2006.

⁷³ En el proyecto primitivo decía; “obras encomendadas”.

El legislador en el artículo 183-A del Código del Trabajo ha definido y establecido los requisitos necesarios para estar frente al trabajo en régimen de subcontratación, además de los efectos que se derivan del incumplimiento de las normas que lo regulan, todo lo cual será analizado a continuación, pero antes se hace menester determinar los sujetos que intervienen, como también la aplicabilidad de las normas que rigen el trabajo en régimen de subcontratación y qué trabajo puede ser objeto de ella.

1.1.2 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA SUBCONTRATACIÓN.

1. EMPRESA PRINCIPAL:

La ley no conceptualizó expresamente lo que debe entenderse por empresa principal, sin embargo, es posible dar un concepto de ella al tenor del artículo 183-A, como toda persona, sea natural o jurídica, dueño de la obra, empresa o faena, en la que se desarrollan los servicios o se ejecutan las obras contratadas.

2. CONTRATISTA O SUBCONTRATISTA:

Tampoco lo define expresamente la ley, pero es posible deducirlo del concepto de trabajo en régimen de subcontratación que da el mencionado artículo 183-A como toda persona, natural o jurídica, que se encarga de ejecutar obras o servicios por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona dueña de la obra, faena o empresa.

Además, la Dirección del Trabajo en su Dictamen N° 9159/212, de 14 de Diciembre de 1991, ya había conceptualizado a estos sujetos, señalando que se entiende por contratista o subcontratista a toda persona natural o jurídica, que mediante contrato ejecuta para un tercero dueño de obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajo o prestación de servicios, a cambio de un precio convenido, contratando para ello trabajadores que ejecuten la obra o presten los servicios. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema, en fallo Rol N° 4877-2001, de 2 de Mayo de 2002, precisó el distinguo que hay entre la figura del contratista con la del subcontratista, señalando que “la diferencia entre ambos, radica que el contratista tiene una relación directa con la empresa principal

que le encarga el servicio determinado en el respectivo contrato. En cambio el subcontratista, por su parte, se relaciona sólo con el contratista”.

Agregando la sentencia que tanto el contratista como el subcontratista asumen riesgos empresariales, es decir, desarrollan su gestión operativa y técnica, entregan las instrucciones a sus trabajadores y pagan sus remuneraciones, desarrollando sus relaciones laborales estables, colaborando en la obtención de los fines propios de una empresa.

3. TRABAJADORES EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.

Son aquellas personas naturales, que en virtud de un contrato de trabajo, prestan servicios o ejecutan una obra para un tercero, por cuenta y riesgo y bajo la dependencia de su empleador, llamado contratista o subcontratista.

1.2 MARCO DE APLICACIÓN DE ESTAS NORMAS.

Tenemos que las normas que rigen el trabajo en régimen de subcontratación, contenidas en el Párrafo I, del Título VII, Libro Primero del Código del Trabajo, son aplicable con carácter de obligatorio para todos los empleadores y trabajadores cuyas relaciones laborales se rigen por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias, vale decir, empleadores y trabajadores del sector privado, acorde con lo previsto en el inciso primero del artículo primero del Código Laboral.

Además, de acuerdo con el mismo artículo primero, pero incisos segundo y tercero, las normas de la subcontratación también resulta aplicable a las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que sus funcionarios o trabajadores no se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial o que estando sujetos a un estatuto de tal naturaleza, éste no contemple disposiciones que regulen el trabajo en régimen de subcontratación.

1.3. TRABAJOS, OBRAS O SERVICIOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LA SUBCONTRATACIÓN.

Del estudio de estas nuevas normas legales se puede establecer que sólo se aplicarán respecto de aquellas obras o servicios que se ejecutan o prestan de forma habitual o permanente, quedando luego excluida aquellas obras o servicios que se realizan de manera discontinuas o esporádicas.

Por lo demás, así quedó señalado en el reciente Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 141/05, de 10 de Enero de 2007, que dispone que estarán afectas a la citada normativa las obras o labores que el trabajador deba realizar para la empresa principal cuando éstas impliquen permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, careciendo de incidencia para estos efectos la duración del vínculo contractual que une al contratista con la empresa principal.

Luego, podemos sostener que si las obras o labores que corresponden ejecutar al trabajador revisten el carácter de ocasionales, discontinuas o esporádicas, no se deriva para la empresa que encarga la respectiva obra o servicio, la responsabilidad solidaria o subsidiaria, en su caso, que asiste al dueño de la obra, empresa o faena de acuerdo a lo señalado en los artículos 183-B y 183-D del Código del Trabajo.

De tal manera, que aún cuando a los trabajadores de la persona natural o jurídica encargada de realizar una determinada obra o servicio en forma discontinua o esporádica, tienen todos los derechos de carácter laboral y previsional que contempla nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, éstos derechos sólo podrán ser exigidos respecto de su propio empleador o empleador directo, ya que no estaremos en presencia de la subcontratación y menos de responsabilidad solidaria o subsidiaria alguna de la empresa que ha contratado la realización de la obra o prestación del servicio.

La exclusión de la aplicación del régimen de la subcontratación a aquellas labores o servicios ejecutados por trabajadores de manera esporádico u ocasional, se establece expresamente en la parte final del inciso primero del artículo 183-A del Código del Trabajo, que fue incorporada por el Ejecutivo, a través de la figura del veto presidencial.

Creemos que esta propuesta legal busca precisar la aplicación de las normas relativas a la subcontratación, en cuanto a no incluir esta categoría a aquellas relaciones jurídicas que se traban entre la empresa principal y el contratista de modo discontinuo o esporádico, es decir, 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 responden.

Por el contrario, tratándose de 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, respecto de la anterior legislación que regulaba básicamente estas materias.

Por lo demás, el criterio que mejor posibilita determinar con certeza la presencia del 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.

Luego, lo esencialmente relevante para determinar si a un trabajo, obra o servicio le resultan aplicables las normas de la subcontratación, es determinar previamente la habitualidad y permanencia en el desempeño de su labor para la empresa principal.

Como conclusión podemos afirmar que estaremos en presencia del trabajo en régimen de subcontratación cuando las obras o servicios que deban ejecutarse o prestarse sean realizadas en forma permanente o habitual para la empresa principal, entendiéndose que revisten tales características aquellas obras o servicios cuyo desarrollo implica habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, por el contrario, que no se realicen o respondan a necesidades extraordinarias, específicas u ocasionales.

La Dirección del Trabajo, siguiendo también esta posición, señaló en su Dictamen N° 141/05, por vía de ejemplo, algunas situaciones que quedarían comprendidos dentro de las normas que regulan el trabajo en régimen de subcontratación, tales como el caso de los trabajadores de una empresa de aseo o de seguridad que, en forma diaria o regular, realicen labores o servicios del rubro para la empresa principal, en virtud de un acuerdo celebrado entre ambas empresas, siempre que se cumplan lo demás requisitos que al efecto exige la ley. Por el contrario quedan excluidos de las normas de la subcontratación aquellas obras o servicios que signifiquen por ejemplo; la reparación de maquinarias, 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.

Agregando el Dictamen que deberá precisarse caso a caso, sobre la base de los antecedentes de que dispongan, si determinadas labores o servicios quedan o no reguladas dentro del régimen del trabajo en subcontratación previsto en el Párrafo 1°, del Título VII, Libro I, del Código del Trabajo.

1.4 REQUISITOS QUE LA LEY EXIGE PARA ESTAR DENTRO DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.

- a. La prestación de los servicios del trabajador para su empleador denominado contratista o subcontratista debe hacerse en virtud de un contrato de trabajo.
- b. Que las obras o servicios se ejecuten para una tercera persona, que es dueña de la empresa, obra o faena, denominada “empresa principal” en la que se van a desarrollar los servicios o ejecutar las obras contratadas.
- c. Que exista un acuerdo contractual entre el contratista y una tercera persona, llamada empresa principal.
- d. Que el contratista en razón de este acuerdo contractual se encargue de ejecutar ciertas obras o servicios.
- e. Que estas obras o servicios sean ejecutados por cuenta y riesgo del contratista.
- f. Que dichas obras o servicios sean ejecutados por el contratista con trabajadores de y bajo su dependencia.
- g. Siempre que dichas obras o servicios no se ejecuten o presten de manera discontinua o esporádica. Este requisito ya lo estudiamos al inicio de este punto, por lo que nos remitimos a lo visto.

1.5 ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS LEGALES.

a. En primer lugar, debe existir un contrato de trabajo entre el trabajador, que presta sus servicios o ejecuta las obras y su empleador directo denominado contratista o subcontratista, según sea el caso.

Este requisito es esencial, porque nuestro ordenamiento jurídico laboral, supone necesariamente de la existencia de una relación de trabajo que implique un vínculo de subordinación y dependencia.

b. En segundo término, que las obras o servicios se ejecuten para una tercera persona que es la empresa principal, dueña de las obras, faena o empresa donde se desarrollan o ejecutan las obras, servicios objeto de la subcontratación.

Se estará dentro de este requisito, es decir habrá subcontratación, si las obras o servicio que ejecutan los contratistas se desarrollan tanto dentro de las instalaciones o espacios físicos propios de la persona dueña de la obra, faena o empresa, como también si se ejecutan o prestan fuera de éstos lugares. Lo esencial radica que la empresa principal, es decir, la mandante sea la dueña de las respectivas obras o faenas en las que deban desarrollarse los servicios o bien ejecutarse las obras todo ello independientemente del lugar físico en que éstas se realicen.

Por lo demás, así quedó establecido en el debate parlamentario del proyecto de ley sobre la subcontratación, cuando intervino el Ministro del Trabajo y Previsión Social, señalando al respecto que “se ha cuestionado el trabajo en régimen de subcontratación aprobado por la Cámara de Diputados, en tanto que presentaría problemas en su aplicación práctica derivado de la afirmación normativa en el sentido de que las labores respectivas deberían desarrollarse en las instalaciones físicas de la empresa mandante o dueña de la obra, en circunstancias que existen situaciones en que las labores desarrolladas por el trabajador subcontratado no se ejecutan en las instalaciones físicas del mandante...”.

“En efecto, no existe fundamento legal ni jurisprudencial para circunscribir la empresa o la faena a un ámbito espacial o físico determinado. Lo anterior resulta evidente de aplicar el concepto legal de empresa, ya sea aquel considerado en el artículo 3º del Código del Trabajo o aquél incorporado,

específicamente a propósito del trabajo en régimen de subcontratación, en el texto legal aprobado por la Cámara de Diputados. En aplicación de ambos conceptos resulta plenamente posible que las labores desarrolladas por un trabajador en régimen de subcontratación se ejecuten en instalaciones ajenas al dueño de la obra o faena o empresa mandante, no obstante lo cual tales actividades laborativas deben ser consideradas como desarrolladas en régimen de subcontratación para este último, en tanto se trata de actividades que pertenecen a su organización y que se encuentran sometidas a su dirección⁷⁴”.

Entonces, estimamos que atendiendo al elemento de interpretación legal de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.123, se puede sostener claramente que carece de toda incidencia para determinar si está o no en régimen de subcontratación, el hecho del lugar en que deban desempeñarse los trabajadores del contratista.

Es decir, estaremos dentro del ámbito del trabajo subcontratado, en tanto sean actividades pertenecientes a la organización de la empresa principal, aún cuando los trabajos que implique la ejecución de las obras o servicios, se desarrollen en recintos o instalaciones ajenas a dicha empresa, dueña de la respectiva obra, faena o empresa. Luego, lo esencial para determinar si estamos frente a un trabajo en régimen de subcontratación, es precisar si la empresa principal es dueña de la obra respectiva, empresa o faena, resultando irrelevante para estos efectos, el lugar donde materialmente deban desempeñarse los trabajadores del contratista.

Señalando la Dirección del Trabajo en el Dictamen N° 141/05, en relación con este requisito de que la empresa principal sea dueña de la obra o faena donde deben ejecutarse los trabajos por 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.

Así por ejemplo, no quedarían regidas por las normas de la subcontratación, aquellas labores prestadas por los trabajadores de una empresa encargada de recoger y repartir correspondencia o

⁷⁴ Boletín N° 2.493-13 de 16.05.06 que contiene el informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional y donde se transcribe la intervención del Ministro del Trabajo y Previsión Social.

encomiendas a diversos clientes, en cuanto las actividades de la misma sean ejecutadas con autonomías 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 por ejemplo pueden encontrarse servicios de bodegaje o almacenamiento, cuando la empresa que ofrece este servicio cuenta con sus propias instalaciones y organización. Porque en ambas situaciones sería importante considerar el que no exista exclusividad respecto del cliente.

c. En tercer lugar, resulta necesario para que estemos dentro del régimen de la subcontratación que exista un acuerdo contractual entre el contratista y la empresa principal.

Este acuerdo contractual, entre ambas partes, debe materializarse en un contrato que puede revestir el carácter de comercial o civil cuyas cláusulas deben ajustarse a las normas que en estos ámbitos regulan la materia respectiva, no constituyendo dicha relación entre el contratista y la empresa principal un vínculo contractual de naturaleza laboral. De la misma opinión es la Dirección del Trabajo sobre este punto, señalando que no le corresponde a dicho organismo fijar pautas o procedimiento sobre el particular.

d. El cuarto requisito, señala que producto de este acuerdo comercial o civil el contratista se obliga a ejecutar para la empresa principal o mandante ciertas obras o servicios.

e. Naciendo en esta etapa el quinto requisito que prescribe la ley en el sentido que además el contratista ejecute las obras o servicios encargados por la empresa mandante por su cuenta y riesgo, es decir, será el contratista quien asuma los resultados económicos favorables o menos favorables de su gestión, la razón de ello, es que él tiene la facultad de adoptar y tomar todas aquellas decisiones que involucran el desarrollo y la realización de las faenas obras o servicios subcontratados por la empresa principal.

f. Como sexto requisito para estar en presencia del trabajo en régimen de subcontratación, es que dichas obras o servicios ejecutados por el contratista deben ser realizadas con trabajadores que estén bajo su dependencia y subordinación.

Es decir, toda prestación de los servicios por los trabajadores del contratista debe realizarse por medio de un vínculo de subordinación y dependencia respecto de éste, porque son éstas las partes de la relación laboral y quienes suscriben el contrato de trabajo. Además, este vínculo se traduce en el derecho del empleador a dirigir al trabajador impartándole órdenes e instrucciones, principalmente acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores y en el deber del trabajador de obedecer dichas instrucciones.

El contratista, en este régimen de subcontratación, estará dotado de la facultad de supervigilar a los trabajadores que se desempeñen en las obras o servicios que se realizan para la empresa principal, en su calidad de empleador, además de estar facultado para impartirles todas las instrucciones que estime pertinente, como asimismo poder ejercer todos aquellos controles que estime necesarios para llevar a cabo tales finalidades.

En este régimen de subcontratación, la empresa principal carece de toda ingerencia sobre los trabajadores que ejecutan las obras o servicios, toda vez que el vínculo de subordinación y dependencia es entre éstos y el contratista que es su empleador.

1.6 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES.

Los efectos que se derivan de una prestación de servicios sin sujeción a los requisitos del régimen de la subcontratación están establecidos en el inciso segundo del artículo 183-A del Código del Trabajo que señala:

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

Contemplándose en este inciso segundo dos situaciones que escapan al ámbito de la aplicación del trabajo en régimen de subcontratación:

- a. Cuando la prestación de servicios se realiza sin sujeción a los requisitos establecidos en el inciso primero del mismo artículo 183-A.
- b. Cuando los servicios prestados por la persona natural o jurídica que aparece como contratista, se limiten a la intermediación o colocación de trabajadores para una empresa principal, sin cumplir los requisitos ni revestir el carácter de empresa de servicios transitorios en los términos del párrafo 2º, del título VII, del Libro I del Código del Trabajo.

Señalándose por el mismo artículo 183-A, el efecto que se deriva de la prestación de servicios realizada sin los requisitos de la subcontratación, es que se considera como empleador de los trabajadores que ejecutan las respectivas obras o servicios, a la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, es decir, se considerará como empleador directo a la empresa principal.

Estableciéndose además sanciones y responsabilidades respecto del suministro ilegal de trabajadores, para ello se remite expresamente al artículo 478⁷⁵ del Código del Trabajo, disposición que junto con aplicar una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 U.T.M a aquellos empleadores que simulen la contratación de trabajadores a través de terceros, los hace además directamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores objeto de la simulación, como también del pago de todas las prestaciones que a éstos pudieren corresponderles.

Es decir, la nueva normativa dispone que cuando los trabajadores se encuentren en la situación que se indica por el inciso segundo del artículo 183-A, no estarán dentro del régimen de la subcontratación, pero sin embargo, va a hacer responsable en calidad de empleador a la empresa

⁷⁵ El artículo 478 del Código del Trabajo fue modificado por el artículo 6 de la Ley N° 20.123.

principal respecto de todos los trabajadores involucrados, obligándola a asumir aquellas prestaciones que corresponden a éstos, ya sean de carácter laboral como previsionales.

Además, el citado artículo 478 sanciona y regula dos figuras ilícitas respecto del suministro ilegal de trabajadores, como lo son la simulación y el subterfugio. La primera de ellas consiste en aquella conducta ilícita del empleador que utiliza y se beneficia de los servicios de un trabajador bajo condiciones de subordinación y dependencia, pero sin haber suscrito contrato de trabajo alguno, el que sin embargo, aparece suscrito por el trabajador con un tercero, encubriendo así la verdadera relación y vínculo laboral.

Sancionando dicho precepto en su inciso primero con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 UTM a todo empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros.

Originándose también una responsabilidad directa del empleador respecto de todos los derechos laborales, previsionales como del pago de todas aquellas prestaciones que correspondan al trabajador objeto de la simulación.

En su inciso segundo dicho precepto regula la figura del subterfugio, que es toda acción de disfrazar, ocultar o alterar la individualización o patrimonio con la finalidad de eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que la ley o la convención establecen, sancionándolo con multa a beneficio fiscal de 10 a 150 U.T.M., aumentadas en media U.T.M. por cada trabajador afectado.

Constituyendo también subterfugio toda alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, creación de identidades legales, división de la empresa u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, por ejemplo entre los primeros tenemos las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre las segundas el derecho a sindicalización o negociación colectiva.

Quedando el empleador obligado, además, al pago de todas las prestaciones laborales que correspondan a los trabajadores demandadas en juicio junto con la acción judicial que interpongan para hacer efectiva la responsabilidad de la aplicación de la multa

1.7. RESPONSABILIDADES QUE ESTABLECE LA LEY EN LA SUBCONTRATACIÓN.

La ley sobre trabajo en régimen de subcontratación establece y regula una serie de responsabilidades tanto de carácter solidario, subsidiario como directa, ya sea respecto de la empresa principal, de la contratista o subcontratista, siendo el artículo 183-B, la norma básica sobre esta materia, el cual dispone:

“La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

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

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiese hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural”.

Artículo, el cual será analizado a continuación, junto con las demás normas que van a regular estas responsabilidades en materia de la subcontratación.

1.7.1 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL⁷⁶.

Se establece que la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar⁷⁷ que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales⁷⁸ que correspondan por término de la relación laboral.

A. ALCANCE DEL CONCEPTO OBLIGACIONES LABORALES Y PREVISIONALES DE DAR⁷⁹.

El artículo 183-B del Código del Trabajo prescribe que 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, pero sin precisar el contenido ni alcance de dichas prestaciones, luego se hace necesario determinar qué debe entenderse por obligaciones laborales y previsionales de dar a que alude el precepto.

Señalemos, en primer lugar, que en relación con las aludidas obligaciones, ya la Dirección del Trabajo mediante un Dictamen N° 544/32, de 2 de Febrero de 2004, en sus numerandos primero y segundo había precisado el alcance de los conceptos “obligaciones laborales y previsionales” contenidas en el hoy derogado artículo 64 del Código del Trabajo, pero cuyas conclusiones resultan plenamente válidas a la luz de las nuevas disposiciones contempladas en el artículo 183-B de dicho cuerpo legal⁸⁰.

⁷⁶ De acuerdo al artículo 183-B Ley N° 20.123.

⁷⁷ La expresión “de dar” fue agregada al proyecto por el veto presidencial.

⁷⁸ El proyecto de la ley decía: “indemnizaciones legales y contractuales” pero el veto del Ejecutivo suprimió la frase “y contractuales”.

⁷⁹ De acuerdo al reciente Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 141/05 de 10/01/2007 que precisó el sentido y alcance de la nueva normativa contenida en los artículos 183-A, 183-B, 183-C y 183-D de la ley N° 20.123.

⁸⁰ De acuerdo al reciente Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 141/05, de 10/01/2007, que precisó el sentido y alcance de la nueva normativa contenida en los artículos 183-A, 183-B, 183-C y 183-D de la Ley N° 20.123.

Constituyen así obligaciones laborales, conforme al citado pronunciamiento jurídico, todas aquellas que emanan de los contratos individuales o colectivos del trabajo de los dependientes del contratista o subcontratista, según el caso, ocupados en la ejecución de la obra, empresa o faena, como asimismo, las que deriven del Código del Trabajo y sus leyes complementarias.

Por su parte, constituyen obligaciones previsionales aquellas relacionadas con el integro de las cotizaciones de seguridad social y con la prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales respecto de los mismos trabajadores.

Luego, podemos concluir que la responsabilidad de carácter solidaria que le asiste a la empresa principal y al contratista por aquellas obligaciones laborales de dar en favor de los trabajadores del contratista o subcontratista, según corresponda, alcanzará a todas aquellas obligaciones que derivado de los contratos individuales o colectivos de trabajo o del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, consistan en el pago de una suma de dinero determinada.

Sin embargo, debemos señalar que el proyecto de ley que se había aprobado originalmente por el Congreso Nacional no distinguía si las obligaciones laborales o previsionales de que era responsable el dueño de la obra o faena, eran de dar o de hacer.

Pero que por iniciativa del Ejecutivo, se procedió a limitar esta responsabilidad sólo a las obligaciones de dar, lo que se hizo a través de una serie de observaciones formuladas al proyecto en el llamado veto presidencial de 5 de junio de 2006, que fijó el texto definitivo del artículo 183-B.

Se señaló por el Gobierno, que acogiendo una inquietud que se había formulado durante la discusión de esta iniciativa legal, respecto a precisar la responsabilidad del mandante y en atención a que las normas así aprobadas podían suponer una extensión en el ámbito de las obligaciones de responsabilidad de la empresa principal a las obligaciones de hacer o a las obligaciones de dar derivadas del cumplimiento por equivalencia de las obligaciones de hacer. Todo ello derivado de la amplitud de las obligaciones laborales y previsionales, ya sean que emanen de la ley o del contrato. Agrega el veto del ejecutivo que con la finalidad de evitar cualquier duda en la aplicación judicial del

artículo 183-B se hace necesario determinar su alcance, en donde la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales “de dar” que afecten a los contratistas y subcontratista en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las indemnizaciones legales, excluyéndose, en consecuencia las de naturaleza meramente contractual.

Quedando referidas las obligaciones laborales y previsionales sólo a aquellas cuya naturaleza jurídica sean de dar, entendiendo por tal las que tienen por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real, y para este efecto se entienden simplemente como el pago de una suma de dinero.

Por su parte, agrega el Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 141/05, de 10 de Enero de 2007, que en lo que respecta a las obligaciones previsionales, cabe indicar que la circunstancia que el artículo 183- B haya circunscrito la responsabilidad de la empresa principal o del contratista sólo a las obligaciones de dar, y no así a las de hacer, carácter que revisten las obligaciones de prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales a que se alude en el Dictamen N° 544/32, forzoso es convenir que a la luz de la nueva normativa que se contiene en el citado artículo, la responsabilidad solidaria de la empresa principal y del contratista sólo alcanzará al pago de las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores de que se trata.

Sin embargo, ello no significa que el legislador no haya contemplado responsabilidad alguna de la empresa principal o del contratista, en materia de higiene y seguridad respecto de los trabajadores afectos a un régimen de subcontratación. Por el contrario y examinando la nueva legislación, en su artículo 183-E del Código del Trabajo, que dispone sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, del contratista o subcontratista, en orden a adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y salud de sus propios trabajadores de conformidad a lo dispuesto en el artículo 184 del mismo Código; se establece además una responsabilidad directa sobre la materia para la empresa principal, quién debe asumir tales obligaciones respecto de todos los trabajadores que laboren en su obra, empresa o faena, cualquiera que sea la dependencia de éstos.

Este tema lo veremos más adelante al tratar sobre las obligaciones que impone la ley en régimen de subcontratación.

B. QUÉ ENTENDEMOS POR INDEMNIZACIONES LEGALES POR TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL.

También se hace necesario precisar el contenido de las indemnizaciones por término de contrato, de cuyo pago es solidariamente responsable la empresa principal o el contratista, según sea el caso, digamos entonces que:

En primer lugar, se debe tener presente que del propio artículo 183-B aparece que la aludida responsabilidad sólo corresponde hacerla efectiva tratándose de las indemnizaciones legales que procedan por tal concepto, luego se excluyen todas aquellas de carácter convencional.

En segundo lugar, en opinión de la Dirección del Trabajo según Dictamen⁸¹, la responsabilidad de que se trata sólo procederá respecto de las indemnizaciones que corresponde pagar cuando el término de la relación laboral se produce por aplicación de alguna de las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, esto es por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, por desahucio escrito del empleador, comprendiéndose en ellas, además las indemnizaciones por años de servicios establecida en el artículo 163 y la sustitutiva del aviso previo, si correspondiere, prevista esta última en los incisos 2º del artículo 161 y 4º del artículo 162 del Código del Trabajo.

Agregando dicho dictamen que la responsabilidad solidaria que asiste tanto a la empresa principal como al contratista, debe hacerse extensiva a las indemnizaciones que en conformidad al artículo 168 del Código del Trabajo, debe determinar el juez que conoce del reclamo por despido, en caso de que habiéndose puesto término al contrato de trabajo del afectado por aplicación de causales distintas a las anteriormente consignadas, declare que tal aplicación es injustificada, indebida o improcedente.

⁸¹ Según Dictamen N° 141/05, de 10 de Enero de 2007, que fija sentido y alcance de los artículos 183-B entre otros de la Ley N° 20.123.

Por lo demás, opinión similar tuvo la jurisprudencia de los tribunales de justicia en materia de indemnizaciones respecto a la legislación que precedió a la actual, hoy derogada por la Ley N° 20.123 que básicamente comprendía dentro del concepto de indemnizaciones legales por término de la relación laboral a la indemnización por años de servicios y sus correspondientes aumentos, de acuerdo al artículo 163 incisos primero y segundo del Código del Trabajo, además de la indemnización sustitutiva del aviso de que habla el artículo 162 inciso cuarto del citado Código.

Para concluir este punto, señalemos que las indemnizaciones como parte de las obligaciones laborales y previsionales de que es responsable la empresa principal, fue producto de las modificaciones que introdujo el veto presidencial al proyecto de ley con fecha de 5 de Junio de 2006.

C. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL POR LAS OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES DEL SUBCONTRATISTA.

De acuerdo al inciso tercero del artículo 183-B que señala “la empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudieren hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso cuarto”.

El cual a su vez dispone que “el trabajador al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este párrafo”.

En primer lugar, la ley prescribe que la empresa principal también, será responsable de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores del subcontratista cuando éste no cumpla con dichas obligaciones.

En segundo lugar, precisando el alcance de ésta responsabilidad, digamos que el artículo 183-B se refiere a ella como una del tipo solidaria por lo que debiera concluirse, que la responsabilidad de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de los subcontratistas es de carácter solidaria.

Creemos que éste es el correcto alcance de la responsabilidad que el inciso tercero le da a las obligaciones de que debe responder la empresa principal por cuanto el espíritu de la nueva normativa ha sido establecer una responsabilidad solidaria en toda la cadena de contrataciones para así evitar posibles triangulaciones que evadan responsabilidades laborales y previsionales. Más aún cuando la legislación anterior otorgaba al trabajador similar facultad para demandar a su empleador directo y a todos aquellos que debían responder por sus derechos, pero a estos últimos debía de demandarlos con carácter de subsidiario del empleador directo, así expresamente lo contemplaba el hoy derogado artículo 64 del Código del Trabajo.

Un argumento para sostener lo anterior, lo podemos encontrar en el artículo 183-D del Código del Trabajo que establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal con respecto de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, cuando dicha empresa haga efectivo sus derechos a ser informada y de retención. Entonces si este artículo señala expresamente una responsabilidad subsidiaria para la empresa principal que ejerce dichos derechos, quiere significar que la regla será responsabilidad solidaria para la empresa principal cuando se trate de las obligaciones laborales y previsionales ya sea de los contratistas o subcontratistas en favor de sus trabajadores ya que de otro modo no tendrá sentido que la ley estableciera la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal en caso de ejercer estos derechos para con la Empresa subcontratista si la regla general de la responsabilidad para con ésta fuera la responsabilidad subsidiaria.

Sin embargo, la redacción del inciso tercero del artículo 183-B podría llevarnos a pensar, que la responsabilidad de la empresa principal en este punto es de carácter subsidiaria al decir “cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente”, la empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas. Luego podría interpretarse que el trabajador del subcontratista para hacer valer sus derechos debería demandar a su empleador directo (subcontratista) primero y solidariamente al contratista y al no poder hacer efectiva estas responsabilidades, deberá entonces demandar a la empresa principal quién deberá responder de iguales obligaciones. Pero analizado así pareciera que esta última respondería subsidiariamente a los otros dos empleadores, respecto de las obligaciones de los trabajadores del subcontratista.

Queda planteada esta interrogante, aun cuando no adherimos a ella, por estimar que la interpretación del inciso tercero del artículo 183-B sería que la empresa principal es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales no cumplidas por los subcontratistas, en favor de sus trabajadores, todo esto, en la situación que dichos trabajadores no puedan perseguir esta responsabilidad en el contratista.

1.7.2 LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONTRATISTA.

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

En otras palabras, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 183-B, el contratista será responsable solidariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos incluidas las indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral.

1.7.3 LÍMITES A ESTAS RESPONSABILIDADES SOLIDARIAS.

a. Esta responsabilidad solidaria estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal o para el contratista, según el caso.

Este período en que debe hacerse efectiva la responsabilidad solidaria de que se trata esta expresamente determinado en el inciso segundo del artículo 183-B.

De ahí que el dictamen de la Dirección del Trabajo N° 141/05, de 10 de enero de 2007, señala sobre este punto que forzoso es concluir que la empresa principal o en su caso el contratista deberán responder solidariamente por el pago de las obligaciones laborales y previsionales de dar, incluidas en ellas las indemnizaciones legales por término de contrato, “que correspondan exclusivamente al período durante el cual los respectivos trabajadores les prestaron servicios en régimen de subcontratación”.

b. Otro caso en que no proceden estas responsabilidades lo establece el inciso final del artículo 183-B al decir que no procederán estas responsabilidades en los casos de construcción de edificaciones por un período único prefijado, cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

1.7.4. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL Y DEL CONTRATISTA.

Se nos presenta en el artículo 183-D la situación que la responsabilidad de la empresa principal o del contratista según el caso y reunidas ciertas condiciones pasa a ser una responsabilidad de carácter subsidiario.

a. Si la empresa principal hace efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención que le otorgan los incisos primero y tercero del artículo 183-C, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstas incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral.

Agregando la misma norma, que igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

b. Responderán también subsidiariamente, la empresa principal o la contratista, cuando habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en la fiscalización que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, la empresa principal o la contratista, según corresponda, hiciere efectivo el derecho de retención, que le otorga el inciso tercero del artículo 183-C.

Del estudio de los artículos 183-C y 183-D se colige que tanto la empresa principal como la contratista responderán subsidiariamente de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas y a los subcontratistas en favor de sus trabajadores, en las siguientes situaciones:

1. Cuando hagan uso de sus derechos de información y de retención contemplados en el artículo 183-C, tanto por la empresa principal o el contratista,

2. Cuando la empresa principal o el contratista hicieren efectivo el derecho de retención a que alude el inciso tercero del artículo 183-D.

La primera situación que posibilita que la responsabilidad sea sólo de carácter subsidiaria, se refiere al derecho de información, el que se traduce para la empresa principal en la facultad de exigir que se acredite el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, tanto de los trabajadores de sus contratistas, como de los dependientes de los subcontratistas. El contratista tiene la misma facultad respecto de los trabajadores de sus subcontratistas.

Respecto del derecho de retención, que tiene tanto la empresa principal y el contratista, procede cuando el contratista o el subcontratista, según sea el caso, no acrediten en forma oportuna el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales de sus trabajadores, traduciéndose en una facultad y una obligación para la empresa principal, en donde tiene el derecho de retener de las sumas que ésta adeude al contratista para la ejecución de las obras subcontratadas, las correspondientes sumas de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de éstos, de los que es solidariamente responsable, pero además en la obligación de pagar dichos montos directamente a los afectados o a las respectivas instituciones previsionales.

Respecto del contratista, le asiste igual facultad y la misma obligación respecto de los trabajadores de sus subcontratistas.

Es decir, aquí es dable apreciar cómo el derecho de retención va a generar para quien lo hace efectivo, una obligación de pagar con las sumas retenidas, directamente a los trabajadores o bien a la entidad previsional acreedora, aquellos montos correspondientes a las obligaciones laborales y previsionales adeudadas por los contratistas o subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos.

La Dirección del Trabajo, precisando lo anterior, señaló en su Dictamen N° 141/05, de 10 de enero de 2007, que no cabe sino concluir que habiéndose ejercido por la empresa principal o el contratista, en su caso, el derecho de información y de retención y cumplida la obligación de pago, aquella y éste serán subsidiariamente responsables, lo cual significa que estarán obligados a asumir el

pago de las obligaciones laborales y previsionales de que se trata, sólo en el evento de que habiéndose requerido a los principales obligados, es decir, a los contratistas y subcontratistas, en su caso, éstos no efectúen dicho pago.

En otros términos, no procederá requerir de pago a la empresa principal o al contratista, sin haber requerido previamente al contratista o al subcontratista, según sea el caso.

La segunda situación que permite responder a la empresa principal o al contratista sólo en forma subsidiaria, es aquella contemplada en el inciso final del artículo 183-D del Código del Trabajo, cuando se hace efectivo el derecho de retención previsto en el inciso tercero del artículo 183-C, una vez notificados por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsional constatadas en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas y subcontratistas, respectivamente.

Al igual que la situación anterior, el derecho de retención implica para quienes lo hicieron efectivo, la obligación de pagar las sumas retenidas directamente a los trabajadores o a la entidad de previsión acreedora.

1.7.5. LÍMITE A LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.

Al igual que la responsabilidad solidaria, la subsidiaria estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron los servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena, de acuerdo a lo señalado por el artículo 183-D del Código del Trabajo.

1.7.6 RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL EMPLEADOR EN CASO DE SIMULACIÓN.

La Ley N° 20.123 en su artículo 6, modifica la responsabilidad de carácter solidaria que tenía el empleador en el artículo 478 inciso primero del Código del Trabajo, en caso de simulación de la contratación de trabajadores por terceros, por una responsabilidad directa de cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y de pago de todas las prestaciones que correspondieren respecto de aquellos trabajadores objeto de la simulación.

1.8 DERECHOS QUE OTORGA LA LEY N° 20.123 A LOS SUJETOS EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.

1.8.1 DERECHOS DEL TRABAJADOR.

a. El trabajador al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad de las normas sobre trabajo en régimen de subcontratación, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 183-B inciso cuarto.

b. Además el inciso final del artículo 183-E, establece que sin perjuicio de los derechos que en el párrafo primero denominado “Del Trabajo en Régimen de Subcontratación” de la presente ley, se le reconocen al trabajador sujeto a éste régimen, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará además de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador.

1.8.2 DERECHOS DE LA EMPRESA PRINCIPAL

1. DERECHO A SER INFORMADO POR LOS CONTRATISTAS.

Este derecho al igual que el derecho de retención fue analizado cuando vimos la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal y del contratista, pero creemos que por razones de una mejor sistematización de la nueva normativa laboral en estudio, se hace menester, además incorporarlos dentro de este punto de la materia, sin que ello signifique caer dentro de una tautología jurídica.

a.- La empresa principal, cuando lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores, según lo dispone el artículo 183-C.

b.- El mismo derecho tendrán los contratistas, respecto de sus subcontratistas.

ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES Y PREVISIONALES.

La misma ley señala la forma como deberán acreditarse el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el artículo 183-C, señalando que:

- a. Deberán ser acreditados el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales 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.
- b. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social dictará, dentro del plazo de 90 días, un reglamento que fije el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del Trabajo respectiva emitirá dichos certificados⁸².
- c. 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 las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores.⁸³

2.- DERECHO DE RETENCIÓN.

- a. Otro derecho que la ley en su artículo 183-C otorga a la empresa principal es el llamado derecho de retención, que es aquella facultad que la empresa principal tiene en caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales, de poder retener el monto de que es responsable de las obligaciones que tenga a favor del aquél o aquellos.
- b. El mismo derecho de retención, tendrá el contratista respecto de las obligaciones que tenga a favor de sus subcontratistas.
- c. Sin embargo, quien efectúe dicha retención estará obligado a pagar con ella, al trabajador o institución previsional acreedora, naciendo así una obligación legal para la empresa principal o para el contratista según corresponda.

3. DERECHO A PAGAR POR SUBROGACIÓN.

La ley establece la facultad para que la empresa principal o el contratista, según sea el caso, pueda pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

⁸² Materias agregadas al proyecto de ley (artículo 183-C) por el veto presidencial de 5 junio de 2006, a través de las observaciones que el Ejecutivo formulara.

⁸³ Materias agregadas al proyecto de ley (artículo 183-C) por el veto presidencial de 5 junio de 2006, a través de las observaciones que el Ejecutivo formulara.

Recordemos que el Código Civil, en su artículo 1608, define a la subrogación “como la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga”.

Luego, si relacionamos el artículo 183-C del Código del Trabajo con los efectos de la subrogación que regula el artículo 1612 del Código Civil, tenemos que al pagar por subrogación la empresa principal o el contratista, según sea el caso, pasarían a ocupar el lugar y derechos del acreedor, que en este caso serían los trabajadores o bien las instituciones previsionales, traspasando con ello todas sus acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo acreedor al nuevo contra el deudor principal como contra cualquier tercero obligado solidaria o subsidiariamente a la deuda.

4. DERECHO A SER INFORMADO POR LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.

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.

1.9. OBLIGACIONES QUE ESTABLECE LA LEY N° 20.123 EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.

1.9.1. DEBER DE PROTECCIÓN A LA VIDA Y SALUD DE LOS TRABAJADORES.

a. Tienen en primer lugar la empresa principal, la contratista y subcontratista las obligaciones respecto de sus propios trabajadores que le impone el artículo 184 del Código del Trabajo, esto es, deberá todo empleador adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

b. Pero además, la ley de trabajo en régimen de subcontratación amplía este deber de protección a todos los trabajadores que laboren en una empresa, señalando el artículo 183-E que 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, de

conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la Ley N° 16.744 y en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 594 del Ministerio de Salud⁸⁴.

c. **EXISTENCIA DE UNA LIMITACIÓN A DICHA RESPONSABILIDADES.**

La misma ley señala un caso de improcedencia respecto de tales obligaciones; indica que tratándose de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán las obligaciones y responsabilidades señaladas, cuando quien encargue de la obra sea una persona natural.

1.9.2 OBLIGACIÓN DIRECTA DEL EMPLEADOR DE RESPETAR TODOS LOS DERECHOS QUE LAS LEYES LABORALES LE OTORGUEN A SUS TRABAJADORES.

La ley del trabajo en régimen de subcontratación reitera en su articulado⁸⁵ una de las normas básicas de la relación laboral como es el deber que tiene el empleador (directo) de cumplir todas las obligaciones que las leyes laborales le impone como consecuencia de su vínculo laboral con su trabajador.

Dice la ley, sin perjuicio de los derechos que se reconocen al trabajador sujeto a régimen de subcontratación respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará además de todos los derechos que las leyes del trabajo le otorguen en relación con su empleador.

1.9.3 DEBER DE VIGILANCIA Y DE CONFECCIONAMIENTO DE UN REGLAMENTO ESPECIAL.

1. DEBER DE VIGILANCIA DE LOS EMPLEADORES QUE CONTRATEN O SUBCONTRATEN (Art. 66 bis Ley N° 16.744).

a. Dentro de las normas generales de esta ley (recordemos que el artículo 7 de la Ley N° 20.123 modificó la Ley N° 16.744, incorporando un artículo 66 bis), encontramos otro deber que tienen los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios

⁸⁴ El Decreto Supremo número 594 del Ministerio de Salud, que aprobó el Reglamento “Sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo”. Publicado en el Diario Oficial de 9 de Abril de 2000.

⁸⁵ Artículo 183-E del Código del Trabajo, visto también a propósito de los derechos que esta ley le conceden a los trabajadores.

propios de su giro, deberán vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad.

b. Para poder desarrollar esta obligación de vigilar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad, deberá la empresa principal realizar una segunda obligación que consistirá en la implementación de un “sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo” para todos los trabajadores involucrados.

c. Esta medida es para todos los trabajadores cualquiera que sea su dependencia, señalándose como único requisito que en su conjunto los trabajadores involucrados sean más de 50.

2. DEBER DE CONFECCIONAMIENTO DE UN REGLAMENTO ESPECIAL DE LA EMPRESA PRINCIPAL.

a. Para la implementación de este sistema de gestión, la empresa principal deberá confeccionar un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas.

b. CONTENIDO DEL REGLAMENTO ESPECIAL Y SU FINALIDAD:

En este reglamento confeccionado por la empresa principal, se establecerá como mínimo las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas, con la finalidad especial de garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas, debiendo contemplarse en dicho reglamento los mecanismos para verificar su cumplimiento por parte de la empresa mandante y las sanciones aplicables.

3. VELAR POR LA CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE UN COMITÉ PARITARIO DE HIGIENE Y SEGURIDAD.

a. Dentro de la misma norma⁸⁶ de esta ley, encontramos otro deber que tiene el mandante (empresa principal), relacionado directamente con los otros que analizamos y el cual consiste en velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas, aplicándose a su respecto para calcular el número de trabajadores exigidos por los incisos primero y cuarto del artículo 66 (de la Ley N° 16.744) respectivamente, la totalidad de los trabajadores que presten servicios en un mismo lugar de trabajo, cualquiera sea su dependencia.

⁸⁶ Artículo 7 de la Ley N° 20.123 que incorporó un artículo 66 bis a la Ley N° 16.744.

b. Los requisitos para la constitución y funcionamiento del Comité Paritario de Higiene y Seguridad y del Departamento de Prevención de Riesgos, serán determinados por el reglamento que dictará el Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

1.9.4 DEBER DEL EMPLEADOR DE INFORMAR EN CASO DE ACCIDENTES DEL TRABAJO.

Este deber del empleador aparece también dentro de las normas generales de esta ley que viene en su artículo 7 a agregar tres incisos al artículo 76 de la Ley N° 16.744.

Estableciendo que el empleador tiene el deber de informar en casos de accidentes del trabajo fatales y graves, 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.

Corresponderá a la Superintendencia de Seguridad Social impartir las instrucciones sobre la forma en que deberá cumplirse esta obligación.

1.9.5 OBLIGACIÓN DE SUSPENDER LAS FAENAS AFECTADAS.

a. También le asiste la obligación al empleador en estos casos de accidentes del trabajo fatales y graves, de suspender en forma inmediata las faenas afectadas y de ser necesario, permitir a los trabajadores la evacuación del lugar de trabajo.

b. Reanudación de faenas.

Sólo podrá efectuarse la reanudación de las faenas cuando, previa inspección del organismo fiscalizador, se verifique que se han subsanado las deficiencias constatadas.

1.9.6 SANCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE IMPONE ESTA LEY⁸⁷.

Las infracciones a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 76 de la Ley N° 16.744⁸⁸, serán sancionadas con multa a beneficio fiscal de 50 a 150 unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los servicios fiscalizadores a que se refiere el inciso cuarto.

1.9.7 OBLIGACIÓN Y FACULTAD QUE TIENE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.

Dentro de las normas generales de la Ley N° 20.123, están las modificaciones que se introducen a los artículos 184 y 477 del Código del Trabajo, creando así una obligación y una facultad para la Dirección del Trabajo relacionadas con las normas de higiene y salud de los trabajadores, que deben cumplir todas las empresas y que ya analizamos al estudiar las obligaciones de la empresa principal, pero que ahora serán tratadas desde la perspectiva de la Dirección del Trabajo.

1. OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN MATERIA DE HIGIENE Y SALUD⁸⁹.

a. El artículo cuarto de la Ley N° 20.123 le impuso una obligación de carácter informativo a la Dirección del Trabajo, la cual consiste en el deber de poner en conocimiento del respectivo organismo administrador (de la ley número 16.744) de todas aquellas infracciones o deficiencias en materia de higiene y seguridad que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a las empresas. Copia de esta comunicación deberá remitirse a la Superintendencia de Seguridad Social.

b. Deber correlativo de informar que tiene el organismo administrador.

La obligación anterior, a su vez genera para el organismo administrador también un deber correlativo de informar, disponiendo la ley que dicho organismo deberá, en el plazo de 30 días contados desde la notificación, informar a la Dirección del Trabajo y a la Superintendencia de Seguridad Social, acerca de las medidas de seguridad específicas que hubiere prescrito a la empresa infractora para corregir tales infracciones o deficiencias.

⁸⁷ - ⁸⁸ Ley N° 20.123 en su artículo 7 letra b) que agrega nuevos incisos al artículo 76 de la Ley N° 16.744.

⁸⁹ Artículo 4 de la Ley N° 20.123 que agrega los incisos cuarto y final al artículo 184 del Código del Trabajo.
Página 176

c. Corresponderá a la Superintendencia de Seguridad Social velar por el cumplimiento de esta obligación por parte de los Organismos Administradores.

2. FACULTAD QUE LA LEY OTORGA A LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO PARA SUSTITUIR LA MULTA IMPUESTA.

a. Por su parte, el artículo quinto de la Ley N° 20.123 agregó un nuevo inciso al artículo 477⁹⁰, otorgando a la Dirección del Trabajo la facultad de autorizar la sustitución de la multa impuesta a la infracción de las normas de higiene y seguridad, por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo.

b. REQUISITO DE PROCEDENCIA DE ESTA FACULTAD:

i. Debe tratarse de empresas que cuenten con veinticinco trabajadores o menos.

ii. Se requiere solicitud de la parte afectada para que la Dirección del Trabajo pueda autorizar la sustitución de la multa; esta autorización sólo podrá darse por una vez en el año.

iii. Además, la ley exige un requisito de carácter técnico, como es que dicho programa debe ser implementado con la asistencia técnica del Organismo Administrador de la Ley N° 16.744, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora.

iv. También la ley exige un requisito de aprobación, al señalar que dicho programa deberá ser presentado para su aprobación a la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo.

v. Que la multa que se impone y de la cual se pide su sustitución lo sea por infracciones a normas de higiene y seguridad y no por infracciones de otra naturaleza.

vi. Debe acreditarse en el programa de asistencia que se han corregido la o las infracciones que dieron origen a la sanción.

vii. Que se incorpore un programa de asistencia al cumplimiento y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo.

⁹⁰ El artículo 5 de la Ley N° 20.123, intercaló en el artículo 477 del Código del Trabajo un nuevo inciso séptimo, pasando el actual inciso séptimo a ser final.

2. DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

Este segundo tema de nuestro estudio se encuentra regulado dentro del Párrafo II del Título VII del Libro Primero del Código del Trabajo llamado “De las Empresas de Servicios Transitorios, del Contrato de Puesta a Disposición de Trabajadores y del Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios”, agregado por Ley N° 20.123.

Previo a analizar a las E.S.T., conceptualizaremos a los sujetos que intervienen en el trabajo suministrado.

2.1 CONCEPTOS.

a. EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

El artículo 183-F del Código del Trabajo da un concepto de empresa de servicios transitorios, entendiendo por tal a 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.

b. USUARIA.

Es 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 concurren alguna de las circunstancias enumeradas en la Ley⁹¹.

c. TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

⁹¹ Artículo 183-Ñ del Código del Trabajo, que fue agregado por la Ley N° 20.123 de 16 de octubre 2006.

Por último la ley define lo que se entiende por trabajador suministrado, como todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias⁹² de aquella, de acuerdo a las disposiciones del párrafo II título VII del Libro I del Código del Trabajo.

2.2. REQUISITOS DE EXISTENCIA DE LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

Para poder constituirse como empresa de servicios transitorios, se deben cumplir una serie de requisitos legales que veremos a continuación:

- a. Sólo puede ser E.S.T. una persona jurídica, ello de acuerdo con la propia definición que prescribe el artículo 183-F del Código del Trabajo.
- b. Debe tener un giro exclusivo, es decir, que tenga por objeto social exclusivo el poner a disposición de empresas usuarias, trabajadores que cumplan tareas, labores o servicios transitorios u ocasionales, así como las gestiones necesarias para su selección y capacitación, requisito también señalado por el artículo precedente.
- c. Que en la razón social de la empresa se incluya la expresión “Empresas de Servicios Transitorios” o la sigla “E.S.T”, según lo indicado por el artículo 183-K del mismo cuerpo legal.
- d. 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.
- e. Las Empresas de Servicios Transitorios deberán estar inscritas en un registro especial y público.
- f. Además las Empresas de Servicios Transitorios deberán constituir una garantía de carácter permanente a nombre de la Dirección del Trabajo.

2.3. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

⁹² El proyecto de ley sobre esta materia enviado al congreso por el ejecutivo definía al trabajador de servicios transitorios en su artículo 152-F como todo trabajador contratado por una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición “de una empresa usuaria en virtud de un contrato de trabajo de servicios transitorios (Mensaje N° 131-346, de 20 mayo 2002). Dicho proyecto de ley eliminó la posibilidad de suministrar al trabajador de servicios transitorios a varias empresas usuarias limitándola a una sola, sin embargo la ley que se aprobó sobre esta materia estimó en su artículo 183-F que el trabajador puede ser puesto a disposición de una o más empresas usuaria.

Los tres primeros requisitos mencionados anteriormente no requieren mayores comentarios por ser el marco jurídico básico que se establece, pero si desarrollaremos los tres últimos que son de mayor complejidad.

2.3.1. REQUISITO QUE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS NO SEAN MATRICES, FILIALES, ETC. DE LA USUARIA.

Más que un requisito de constitución es una verdadera limitación en su formación para estas empresas⁹³, toda vez que no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas, ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con las empresas usuarias que contraten sus servicios.

1. INFRACCIÓN A ESTA LIMITACIÓN.

a. Toda infracción a esta norma será sancionada con la cancelación en el Registro de Empresas de Servicios Transitorios, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 183-I del Código el Trabajo.

Esta sanción que afecta a la E.S.T. es de carácter extintiva, porque con la cancelación de su inscripción en el Registro se hace imposible que pueda seguir funcionando como tal en el mercado laboral.

b. Además será sancionada con una multa a beneficio fiscal, a la persona natural o jurídica de la usuaria con 10 Unidades Tributarias Mensuales por cada trabajador contratado, mediante resolución fundada del Director del Trabajo.

2. RECURSOS QUE ESTABLECE LA LEY PARA LAS PARTES AGRAVIADAS CON ESTAS SANCIONES.

La empresa afectada por la resolución administrativa del Director del Trabajo, que ordena la cancelación de la inscripción y aplicación de la multa, podrá pedir su reposición a éste, dentro del plazo de cinco días.

⁹³ Así aparece claramente en el Mensaje del Ejecutivo N° 131-346, de 20 de mayo de 2002, que acompañó el proyecto de ley sobre esta materia, hablándose en este punto de “Las Limitaciones para la Empresa de Servicios Transitorios”.

Con todo, si la resolución del Director del Trabajo niega lugar a esta reposición, la solicitud será reclamable dentro del plazo de cinco días ante la Corte de Apelaciones respectiva.

Debemos hacer el alcance que el legislador de la Ley N° 20.123 guardó silencio respecto de la forma como conocerán las Cortes de Apelaciones, además tampoco precisó cual será el “respectivo tribunal”, pero estimamos que aplicando el artículo 22 del Código Civil, el cual consagra la regla interpretativa de que el contexto de la ley servirá para ilustrar cada una de sus partes siempre que entre ellas exista la correspondiente armonía, luego entendemos que la Corte de Apelaciones competente será la del domicilio del reclamante y que conocerá en única instancia.

2.3.2 REQUISITO: LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS DEBERÁN ESTAR INSCRITAS EN UN REGISTRO PÚBLICO Y ESPECIAL

La ley en su artículo 183-K del Código del Trabajo prescribe como requisito de constitución que las empresas de servicios transitorios deban estar inscritas en un registro especial público que para tal efecto llevará la Dirección del Trabajo.

1. QUÉ ES ESTE REGISTRO PÚBLICO.

Es un registro que debe abrir y llevar la Dirección del Trabajo en el cual se consignarán las E.S.T que lo soliciten. Es de carácter público, esto es, podrá acceder cualquier persona e informarse sobre los antecedentes de individualización de las E.S.T y del estado de habilitado o inhabilitado para prestar servicios transitorios a eventuales empresas usuarias.

Esta inscripción se debe solicitar en la Inspección del Trabajo que tenga jurisdicción en el domicilio de la casa matriz de la respectiva Empresa de Servicios Transitorios, debiendo la E.S.T al momento de solicitar su inscripción en el registro especial y público, acompañar los siguientes documentos:

- i Rol Único Tributario de la E.S.T y todo antecedente que acredite su personalidad jurídica.
- ii Rol Único Tributario del representante legal, esto es, su individualización.
- iii Los antecedentes de constitución que acrediten su objeto social exclusivo de E.S.T.

- iv Llenar un formulario de solicitud de Inscripción en Registros de Empresas de Servicios Transitorios (para efecto de nuestro estudio, acompañamos dicho formulario a esta obra, ver página número 193).

2. OBSERVACIONES A ESTA INSCRIPCIÓN.

La Dirección del Trabajo, en un plazo de sesenta días, podrá formular observaciones a la inscripción en el registro, si le faltaran algunos de los requisitos mencionados en el inciso primero del artículo 183-K del Código del Trabajo o bien por no cumplir la solicitante los requisitos establecidos en el artículo 183-F letra a) del mismo cuerpo legal, letra que como vimos, define y señala los elementos propios del concepto Empresa de Servicios Transitorios.

En caso contrario, es decir, si transcurrido este plazo de sesenta días, sin que se hubieren formulado observaciones por la Dirección del Trabajo, se entenderá por aprobada la inscripción.



GOBIERNO DE CHILE
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

FORMULARIO SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN EN REGISTRO DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS

Este Formulario está destinado a solicitar el registro como Empresa de Servicios Transitorios (**EST**). El Empleador solicitante debe consignar la información requerida y recurrir a la Inspección del Trabajo en cuya jurisdicción se encuentra el domicilio de su casa matriz, acompañando la documentación en original o fotocopia legalizada que se indica, de acuerdo con la Ley N° 20.123, publicada en el Diario Oficial con fecha 16 de octubre de 2006.

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA EMPRESA:

RUT	Razón Social
RUT Representante Legal	Representante Legal (apellido paterno, apellido materno, nombres)
RUT Representante Legal	Representante Legal (apellido paterno, apellido materno, nombres)

II. DOMICILIO LABORAL (Domicilio casa matriz)

Comuna	Calle	Número	Depto/Local

III. OTROS ANTECEDENTES

Correo electrónico de la empresa	Teléfono	Rama Actividad Económica	Código Actividad Económica

IV. INDIVIDUALIZACIÓN DEL CONTACTO (Persona que servirá de enlace ante la Inspección del Trabajo)

Nombre completo	Teléfono contacto	Correo electrónico contacto

V. DOCUMENTOS QUE DEBE ADJUNTAR (Si se trata de copias deberá estar autenticadas ante ministro de fe).

<input type="checkbox"/>	1.- Escritura Pública de Constitución de E.S.T.
<input type="checkbox"/>	2.- Certificado de administración y copia de Inscripción de Sociedad y sus modificaciones si las hubiere, otorgado por el conservador respectivo
<input type="checkbox"/>	3.- Rut de la E.S.T.
<input type="checkbox"/>	4.- Rut del representante(s) legal(es).

FIRMA REPRESENTANTE LEGAL E.S.T.	
Fecha	Firma
RECEPCION INSPECCION	

NOTA INFORMATIVA:

La constitución de la garantía procede efectuarla solo una vez que la EST ha sido inscrita como tal, en el Registro Especial y Público que lleva la Dirección del Trabajo. A partir del depósito de esta solicitud y documentos que se exigen, Ud. podrá ver el avance de todos los trámites en www.direcciondeltrabajo.cl.

3.
PLA
ZO
PAR
A
SUB
SAN
AR
LAS
OBS
ERV
ACI
ONE
S
FOR
MU
LAD
AS.

La empresa de servicios transitorios, tendrá también un plazo de sesenta días para subsanar las observaciones que se le hubieran formulado, pero eso sí, bajo el apercibimiento de tenerse por desistida de su solicitud, por el solo ministerio de la ley.

4. DERECHO DE RECLAMO CONTRA LAS OBSERVACIONES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.

Podrá asimismo reclamar de dichas observaciones o de la resolución que rechace la reposición, dentro del plazo de los quince días siguientes a su notificación, para ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante con la finalidad que dicha Corte ordene su inscripción en el registro.

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

Por último la ley dispone, que inmediatamente de cumplido ese requisito, de practicada la inscripción y antes de empezar a funcionar, la empresa deberá constituir la garantía a que se refiere el artículo 183-J del Código el Trabajo.

5. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL REGISTRO DE UNA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

El Director del Trabajo tiene la facultad para ordenar la cancelación de la inscripción del registro especial y público que lleva la Dirección del Trabajo de una Empresa de Servicios Transitorios, por resolución fundada, señalando la propia ley en su artículo 183-M, los casos por los cuales procede esta sanción:

- a) Por incumplimiento grave y reiterado de la legislación laboral o previsional.
- b) Por quiebra de la E.S.T, salvo que se decrete la continuidad de su giro.

QUÉ SIGNIFICA QUE LA INFRACCIÓN SEA REITERADA:

Para los efectos de la presente letra a), entendemos que una E.S.T incurre en infracciones reiteradas, cuando ha sido objeto de tres o más sanciones aplicadas por la autoridad administrativa o judicial.

Pero debe tratarse de infracciones que sean consecuencia del incumplimiento de una o más obligaciones de carácter legal, dentro del plazo de un año.

QUÉ SIGNIFICA QUE LA INFRACCIÓN SEA GRAVE:

Se consideran graves todas aquellas infracciones que atendida la materia involucrada y el número de los trabajadores afectados, perjudiquen notablemente el ejercicio de los derechos establecidos en las leyes laborales.

Considerando la ley como especialmente grave aquellas infracciones a las normas laborales que se contienen en los capítulos:

- Segundo; “De la capacidad para contratar y otras normas relativas al trabajo de los menores”
- Quinto; “De las Remuneraciones”
- Sexto; “De la Protección a las Remuneraciones”, todas del Título Primero del Libro Primero del Código del Trabajo; como asimismo todas las infracciones cometidas a las normas del Título Segundo, “De la Protección a la Maternidad” del Libro Segundo del mismo cuerpo legal.

Podemos mencionar una tercera causal de cancelación de la inscripción del registro de una Empresa de Servicios Transitorios, pero que no aparece mencionada en el artículo 183-M, sino que en el artículo 183-I de la normativa en estudio, el cual dispone que:

c) Se cancela también la inscripción por infracción a un requisito de constitución de la E.S.T, que consiste en no poder ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés, directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo con las empresas usuarias que contraten sus servicios.

Sin embargo, la diferencia que presenta esta cancelación es que no es facultativa del Director del Trabajo poder realizarla, sino por el contrario es un imperativo hacerla, toda vez que se dan los supuestos establecidos en la ley. En cambio, las dos causales establecidas en el artículo 183-M del

Código del Trabajo, señalan que “podrá” el Director ordenar la cancelación de la inscripción del Registro.

En el proyecto de ley que se envió por el Ejecutivo al Congreso sobre esta materia, se contemplaba expresamente esta causal dentro del artículo 152-M⁹⁴, que es el homólogo del actual artículo 183-M, además de una cuarta causal de cancelación de la inscripción del registro por parte del Director del Trabajo, que decía relación con no mantener vigente la garantía que exige la ley o bien disminuir su monto por debajo de lo exigido por ésta. Pero en definitiva ambas causales no fueron contempladas, en el actual artículo 183-M del Código del Trabajo.

6. RECURSOS QUE PROCEDEN CONTRA LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN.

A. DE LA REPOSICIÓN.

De la resolución del Director del Trabajo que ordena la cancelación de la inscripción del registro especial y público de una Empresa de Servicios Transitorios, se podrá pedir por la parte afectada su reposición dentro del plazo de cinco días ante el mismo Director.

B. DE LA RECLAMACIÓN.

De la resolución del Director del Trabajo que se pronuncia sobre la reposición interpuesta, negando lugar a dicha solicitud, podrá reclamarse ante la Corte de Apelaciones respectiva, que es la del domicilio del reclamante, dentro de un plazo de diez días.

⁹⁴ Proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso 2943-13, sobre esta materia, el artículo 152-M prescribe: “El Director del Trabajo podrá, por resolución fundada, ordenar la cancelación de la inscripción del registro de una empresa de servicios transitorios, en los siguientes casos:

- a) Por no mantener vigente la garantía a que se refiere el artículo 152-J o disminuir su monto por debajo del mínimo legal exigido, sin actualizarla dentro del plazo de 10 días contados desde que la Dirección del Trabajo notifique el respectivo requerimiento.
- b) Por incumplimientos graves y reiterados de la legislación laboral o previsional.
- c) Por infracción a lo dispuesto en el artículo 152-I, en el caso a que se refiere dicha norma.
- d) Por quiebra de la empresa de servicios transitorios.

2.3.3 REQUISITO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR UNA GARANTÍA PERMANENTE QUE TIENEN LAS E.S.T.

- a.- El artículo 183-J del Código del Trabajo establece la obligación que tiene toda empresa de servicios transitorios de constituir una garantía de carácter permanente a nombre de la Dirección del Trabajo.
- b.- Estableciendo la misma norma, que el monto básico deberá ser de 150 Unidades de Fomento⁹⁵, cantidad que aumentará en una unidad de fomento por cada trabajador transitorio adicional contratado por sobre 100 trabajadores, en 0,7 Unidades de Fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 150 trabajadores y en 0,3 Unidades de Fomento por cada trabajador transitorio contratado por sobre 200.
- c.- Además se establece la obligación de ajustar el monto de la garantía cada 12 meses, considerando el número de trabajadores transitorios que se encuentren contratados en dicho momento.

1. FINALIDAD DE LA GARANTÍA.

La garantía estará destinada preferentemente a responder por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, que se devenguen con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias y para responder además por las multas que pudieren aplicárseles por infracción a las normas del Código de Trabajo.

Esta finalidad de la garantía aparece claramente señalada en el Mensaje del Ejecutivo, con que se acompañó el proyecto de la ley sobre ésta materia, enviado en mayo de 2002 al Congreso (Boletín 2943-13).

Señalando que en la figura del suministro del personal a terceras empresas está involucrada la persona del trabajador y su dignidad, por lo que esta propuesta legal pretende imponer garantías que aseguren el fiel cumplimiento de las obligaciones laborales involucradas, mecanismo que por lo demás ha sido adoptado por la mayoría de las legislaciones que admiten el funcionamiento de éstas empresas en el mercado de trabajo, con el fin de asegurar la seriedad y solvencia de estas últimas.

⁹⁵ El proyecto de ley establecía como monto de la garantía 500 Unidades de Fomento, pero el veto del ejecutivo de 5 junio 2006 lo redujo al valor que aparece actualmente.

2. FORMA DE CONSTITUIR LA GARANTÍA.

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

Agregando el artículo 183-J del Código del Trabajo que la resolución administrativa que ordene la constitución de dicha garantía, no será susceptible de ser impugnada por recurso alguno.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA GARANTÍA.

Como la ley sólo establece que la garantía deberá constituirse a través de una “boleta de garantía” u “otro instrumento de similar liquidez”, sin conceptuar ni precisar estos términos, es que se hace necesario determinar su contenido, naturaleza y características, ya que ambos pueden constituir esta garantía requerida por la ley.

a. BOLETA DE GARANTÍA

La boleta de garantía es una caución que constituye un Banco a petición de su cliente llamado el “tomador” a favor de otra persona llamado el “beneficiario” que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario. De acuerdo a la “Recopilación de Normas de Bancos y Financieras” de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, contenidas en la Circular N° 3195, de 4 octubre de 2002.

Agrega la circular que existen dos maneras de obtener que un Banco emita una boleta de garantía para caucionar una obligación de una persona a favor de otra. La primera es que obtenga la emisión de una boleta con la constitución de un depósito de dinero en el banco por parte del tomador. La otra es que, el banco la emita con cargo a un crédito otorgado al tomador, quien suscribe un pagaré u otro título de crédito a favor del banco. Aún cuando sólo en el primer caso se trataría propiamente de depósito de garantía; en realidad, en ambos, el banco emite un documento llamado “boleta de garantía”, en el que se compromete incondicionalmente a su pago a solo requerimiento del

beneficiario. La existencia de un depósito o de un crédito sólo mira a las relaciones entre el banco y el tomador y no interesa el beneficiario, por cuanto la obligación de pagar la boleta será siempre incondicional para el banco.

Con respecto a la naturaleza de esta “boleta de garantía”, podemos decir que es una caución cuya finalidad es garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída ya sea por el tomador de la misma o por un tercero, a favor del beneficiario.

Este instrumento se constituye por un banco a petición de su cliente o tomador, previo depósito de la suma de dinero correspondiente o con cargo a un crédito otorgado al tomador.

Tenemos que las características de la boleta de garantía son que:

- i. Debe ser pagado por el banco a solo requerimiento del beneficiario.
- ii. Esta obligación de pago para la institución bancaria, no está sujeta a condición alguna.
- iii. Es una caución fácilmente transformable en dinero efectivo.

b. “OTROS INSTRUMENTOS DE SIMILAR LIQUIDEZ”:

Con respecto a este punto, la Dirección del Trabajo en su Dictamen N° 4786/090, de 2 noviembre 2006, entregó un concepto de la expresión “instrumentos de similar liquidez”, señalando que debe entenderse como todo documento que, al igual que la boleta de garantía, sea de análoga facilidad de poder ser transformable de inmediato en dinero efectivo.

Agregando el dictamen que lo anteriormente expresado se corrobora si se tiene en consideración la historia fidedigna del establecimiento de la norma en análisis (artículo 183-J), ya que de acuerdo a ella, las modificaciones que se introducen al Código del Trabajo buscan, entre otros objetivos, “precaver que se encuentren disponibles los recursos necesarios que permitan asegurar debidamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que les asisten a las empresas de que se trata respecto de sus trabajadores”⁹⁶.

⁹⁶ Observaciones formuladas por el Ejecutivo al proyecto de Ley sobre la materia, Boletín N° 2943-13.

Es así como en el informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado que revisó este proyecto de ley estimó importante que la garantía pueda constituirse no sólo mediante una boleta de garantía, sino también por medio de un depósito u otro instrumento similar de los disponibles en el mercado financiero⁹⁷.

Además, al referirse a los resguardos que debieran requerirse para cautelar debidamente los derechos de los trabajadores y la fe pública, se señaló que la constitución de una adecuada garantía de liquidez inmediata, al inicio del funcionamiento de una empresa de esta índole, es un ejemplo apropiado para tales resguardos.

Entonces, podemos determinar que la naturaleza jurídica que debe tener todo “instrumento de similar liquidez”, es al igual que la boleta de garantía, la de una caución que posea como característica esencial la de ser fácilmente transformable o liquidable en dinero efectivo.

De ahí que podamos sostener a modo de ejemplo que la póliza de seguro no pueda ser estimada como un “instrumento de similar liquidez” a la boleta de garantía, en los términos previstos en el inciso 4 del artículo 183-J del Código del Trabajo, porque dicho instrumento carece de una liquidez inmediata.

Se llega a esta solución del análisis de los artículos 512 y 514 del Código de Comercio, de donde se concluye que el seguro es un contrato por medio del cual la compañía de seguros toma sobre sí por un lapso de tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro a que están expuestos ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, que son las llamadas primas, a indemnizarla por la pérdida o daño que sufran las especies aseguradas. Además, la contratación del seguro se formaliza mediante la emisión de una póliza de seguro la cual es el documento justificativo del contrato de seguro que va establecer los derechos y obligaciones del asegurador y del asegurado.

⁹⁷ Observación formulada por el Senador Boeninger miembro de dicha comisión, Boletín N° 2943-13.

Luego de conformidad con las normas generales contenidas en el DFL N° 251, de 1931, Ley de Seguros y el D.S. N° 863, de 1989, se puede establecer que denunciado un siniestro y cuantificada la pérdida, la compañía dispondrá el pago de la indemnización en los términos convenidos en la póliza y en caso de requerirse mayores antecedentes sobre su procedencia y monto, dispondrá su liquidación.

Ahora bien, para determinar la ocurrencia de un siniestro, es necesario que exista una liquidación del mismo, ya sea, directamente por la compañía de seguro o por un liquidador, procedimiento que puede llegar a ser conocido incluso por un árbitro, en caso de discrepancia entre las partes, sin perjuicio del eventual arbitraje de la Superintendencia de Valores y Seguros.

Concluyéndose, de todo lo expuesto precedentemente, que la póliza de seguro; es un documento que requiere de todo un procedimiento previo, como la determinación de la ocurrencia del siniestro, luego si el riesgo está bajo cobertura de una compañía, posteriormente la liquidación respectiva y el monto a indemnizar, para establecer finalmente de parte de la compañía aseguradora la procedencia del pago y la cantidad de la indemnización, luego no reúne la característica esencial de una boleta de garantía o de un “instrumento de similar liquidez” cual es que ésta garantía sea liquidable en dinero efectivo de inmediato, que ha sido la idea que tuvo en mente el legislador de la ley laboral N° 20.123.

2.4. SANCIÓN A LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS QUE ACTÚE SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO.

Es el artículo 183-L del Código del Trabajo el que tipifica una sanción respecto de toda persona natural o jurídica que actúe como empresa de servicios transitorios sin ajustar su constitución y funcionamiento a las exigencias establecidas en el Código del Trabajo, sanción que consiste en una multa a beneficio fiscal de 80 a 500 unidades tributarias, aplicadas por resolución fundada del Director del Trabajo. La parte afectada podrá reclamar ante el Juzgado del Trabajo competente, dentro de un plazo de cinco días de notificada la resolución.

Pero en esta situación, la ley guarda silencio respecto del procedimiento que debe seguirse, por lo que estimamos que debe aplicarse aquel consagrado en el artículo 478 del Código del Trabajo.

3. DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE TRABAJADORES.

REGLAMENTACIÓN

La Ley N° 20.123 reglamentó este contrato entre los artículos 183-N y 183-Q del Título VII del Libro Primero del Código del Trabajo, el cual establece en su párrafo segundo “De las empresas e servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorio”.

3.1 CONCEPTO

Podemos conceptualizar este tipo de contrato, como una convención entre una empresa de servicios transitorios con una tercera persona llamada usuaria, en cuya virtud la primera pone a disposición de la segunda, trabajadores para realizar tareas o servicios de carácter transitorios u ocasional en la usuaria, pacto que deberá reunir todos los requisitos que la ley establece, so pena de considerarse en caso de infracción al trabajador de la empresa de servicios transitorios, como dependiente de la usuaria.

3.2 REQUISITOS DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN.

Es el artículo 183-Ñ de Código del Trabajo el que señala los requisitos que debe reunir el contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, para que sea válido:

- 1.- Requisito: este acuerdo deberá constar por escrito, en el llamado contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios.
- 2.- Requisito: que dicha escrituración del contrato de puesta a disposición se suscriba dentro del plazo de:
 - i) Cinco días siguientes a la incorporación del Trabajador.
 - ii) Pero cuando la duración del contrato sea inferior a cinco días, la escrituración deberá hacerse dentro de los dos días de iniciada la prestación de servicios.
- 3.- Requisito: deberá indicarse la causal invocada para la contratación de servicios transitorios, de conformidad al artículo 183-Ñ del Código del Trabajo.
- 4.- Requisito: deberá indicarse los puestos de trabajo para los cuales se realizará.
- 5.- Requisito: deberá indicarse la duración del contrato mismo.

- 6.- Requisito: se indicará el precio convenido.
- 7.- Requisito: además el contrato de puesta a disposición de trabajadores deberá señalar si los trabajadores puesto a disposición tendrán o no derecho durante la vigencia de contrato, a la utilización transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria.
- 8.- Requisito: Por último dicho contrato exige la individualización de las partes, la cual deberá hacerse con indicación del nombre, domicilio y número de cédula de identidad o rol único tributario de los contratantes.

Agrega la ley que en el caso de que sean los contratantes personas jurídicas, se deberá además, individualizar a el o los representantes legales.

3.3 SANCIÓN POR LA FALTA DE ESCRITURACIÓN DE ESTE CONTRATO.

El artículo 183-N del Código del Trabajo señala la sanción que implica la falta de escrituración del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios indicando que:

- i.- Se excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas del párrafo 2º (“De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios”), del Título Séptimo del Libro Primero del Código del Trabajo, es decir, la empresa usuaria no podrá aplicar las normas que rigen estos contratos de puesta a disposición de trabajadores.
- ii.- Como consecuencia de lo anterior, el trabajador será considerado como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común⁹⁸.

⁹⁸ El primitivo proyecto de ley sobre esta materia enviado por el Ejecutivo al Congreso, establecía sobre este punto una presunción de derecho: Artículo 152-N inciso final “La falta de contrato escrito de provisión de trabajadores transitorios, hará presumir de derecho que el trabajador suministrado fue contratado con carácter indefinido por la usuaria, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiere aplicar conforme a este Código”. Este inciso produjo una discusión parlamentaria sobre la conveniencia o no de establecer como sanción una presunción de derecho. Al respecto, el Senador Fernández expresó que “Le parecería grave que se establezca la presunción de derecho a que alude este inciso”, tales presunciones son extraordinariamente excepcionales en nuestra legislación, dado que tienen el sustancial efecto de no admitir prueba en contrario, lo que puede dejar a alguna de las partes, incluso al trabajador, en absoluta indefensión, puesto que puede contar con antecedentes fundados para respaldar su posición, y no podrá hacerlos valer. Agrega, que si se quiere insistir en la existencia de una presunción, ésta debiera tener el carácter de simplemente legal, que también protege al trabajador, a fin de admitir prueba en contrario.

3.4 CAUSALES QUE PERMITEN CELEBRAR UN CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN.

Vimos que dentro de los requisitos exigidos por la ley para estar frente a un contrato de esta naturaleza, era necesario invocar una causal para la contratación de servicios transitorios de conformidad al artículo 183-Ñ del Código del Trabajo, el cual prescribe que “podrá celebrarse un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios”, cuando en la usuaria se de alguna de las siguientes circunstancias o causales:

a.- “Suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencia médica, descansos de maternidad o feriados”⁹⁹.

Con respecto a esta causal, debemos hacer el siguiente alcance: la ley se refiere tanto a la suspensión absoluta (en cuanto libera de sus obligaciones a ambas partes) como a la relativa de las relaciones de trabajo, pero respecto a ésta última, sólo referida a la obligación del trabajador de prestar servicios, manteniéndose en este caso las obligaciones del empleador¹⁰⁰.

En materia laboral, siempre deberá permitirse la prueba, ya que lo que se busca es la justicia y verdad, luego si alguien está en condiciones de probar la justicia y la verdad de su pretensión, no debe negársele esa posibilidad. Presentando luego una indicación para eliminar la frase “de derecho”.

Por su parte la Directora del Trabajo, señaló, que ésta no es la única norma del proyecto que contempla una presunción de derecho y que efectivamente este tipo de presunciones tiene el carácter de excepcional, cuestión que se condice con la naturaleza de la normativa que se propone, que también tiene ese carácter. Sólo se buscar establecer mecanismos que protejan a los trabajadores cuyos contratos muchas veces serán de brevísimo plazo, por lo que, de establecerse presunciones simplemente legales, se obligaría a dichos trabajadores a judicializar la controversia para definir responsabilidades respecto de prestaciones ya realizadas cuestión que los perjudicaría. El senador Parra, recordó sobre el punto que este artículo 152-N, se refiere al contrato civil entre la empresa de servicios temporarios y la usuaria y que la presunción de derecho en cuestión tiende a proteger a los trabajadores. Distinta, agrega, es la situación del contrato de trabajo entre dicha empresa y el trabajador que se aborda en el artículo 152-Ñ.

Posteriormente el ejecutivo presentó una nueva redacción del inciso de este artículo eliminado la presunción de derecho y siendo aprobada como esta ahora en la ley (Boletín 2943-13).

⁹⁹ Se entiende por suspensión... el cese parcial de los efectos del contrato de trabajo, durante cierto tiempo, volviendo a tener plena eficacia una vez superada las circunstancias que motivaron la interrupción (PEREZ BOTIJA, “Curso de Derecho Del Trabajo”, Madrid 1952, pág. 270).

CARRO IGELMO, define la suspensión como “el cese temporal de la obligación del trabajador de ejecutar una obra o prestar un servicio, así como de otros derechos o deberes propios de la relación laboral, ante la presencia de ciertas causas fijadas por la ley o estipulada por el contrato (“La suspensión del Contrato de Trabajo”, Barcelona, 1959, página 117).

¹⁰⁰ Doctrinariamente la suspensión de la relación laboral puede ser clasificada de diferentes puntos de vista, uno de ellos; es dependiendo de si la suspensión libera de sus obligaciones, a ambas partes o sólo a una de ellas, se dice entonces que la suspensión es absoluta (la primera) y relativa (la segunda) CABANABELLAS, GUILLERMO “CONTRATO DE TRABAJO” BUENOS AIRES, 1963 Volumen III.

Además, esta letra a) señala los casos de suspensión por los cuales procede la celebración de un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios:

- i) Por licencias médicas: suspensión absoluta.
- ii) Por descanso de maternidad: suspensión absoluta del contrato de trabajo.
- iii) Por feriado: sólo es una suspensión relativa de los efectos del contrato de trabajo.

Luego, esta enumeración es de carácter taxativa, es decir, no procede la celebración de un contrato de puesta a disposición entre la usuaria y una empresa de servicios transitorios por otros motivos de suspensión, como por ejemplo sería el permiso sin goce de remuneración del trabajador, el servicio militar obligatorio (que genera una suspensión absoluta de la relación laboral y que no irroga responsabilidad social respecto a la obligación de remunerar, artículo 158 inciso primero, tercero y cuarto) o por permisos sindicales, etc... Concluimos que se trata de una enumeración de carácter taxativa y no a modo de ejemplo, porque en las otras letras de este artículo 183-Ñ, al señalar la causal respectiva le agrega varios ejemplos con la frase “tales como“, queriendo indicar una situación meramente ilustrativa.

b.- Otra causal es la referida a eventos extraordinarios, tales como:

- i) La organización de congresos.
- ii) De conferencias.
- iii) De exposiciones u similar.
- iv) Otros de similar naturaleza.

c.- Causal referida a proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como:

- i) La construcción de nuevas instalaciones.
- ii) La ampliación de las ya existentes, o
- iii) Expansión a nuevos mercados.

d) Otra causal es por períodos de inicio de actividades en empresas nuevas.

De otro punto de vista tenemos que si la suspensión comprende a todas las obligaciones del contrato (es total) o bien si sólo paraliza la ejecución de una o algunas de las obligaciones (es parcial) THAYER ARTEAGA WILLIAM Y NOVOA FUENZALIDA PATRICIO: MANUAL DEL DERECHO DEL TRABAJO, 21 edición, editorial Jurídica de Chile 1989 Tomo II.

- e) Por aumentos ocasionales, sean o no periódicos o extraordinarios, de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria.
- f) Por trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieren una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria, etc....

3.5 PLAZO DE DURACIÓN DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE TRABAJADORES.

Se establece por el artículo 183-0 del Código del Trabajo que el plazo del contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios deberá ajustarse a las siguientes normas:

- i) Tratándose del caso de suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, a que se refiere el artículo 183-Ñ, la puesta a disposición del trabajador podrá cubrir el tiempo de duración de la ausencia del trabajador reemplazado, por la suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según sea el caso.
- ii) En los casos de eventos extraordinarios y aumentos ocasionales o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria, señalados en las letras b) y e) del artículo 183-Ñ del Código del Trabajo, el contrato de trabajo para prestar servicios en una misma usuaria no podrá exceder de 90 días.
- iii) En los casos de la letra c), esto es, de proyectos nuevos y específicos de la usuaria, y de la letra d) de período de inicios de actividades en empresas nuevas a que se refiere el artículo 183-Ñ del citado cuerpo legal, el plazo del contrato será de 180 días. No siendo ambos casos susceptibles de revocación.

3.5.1 PRÓRROGA DEL PLAZO DE DURACIÓN DE ESTE CONTRATO.

Sin embargo, si al tiempo de la terminación del contrato de trabajo de puesta a disposición de trabajadores subsisten las circunstancias que motivaron su celebración, por ejemplo, aún no se ha terminado la construcción de las nuevas instalaciones etc..., se podrá prorrogar el contrato de trabajo hasta completar los 90 o 180 días en su caso.

Hacemos presente que dentro del artículo 183-O, que regula el plazo que debe durar el contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, no se regula la letra F del artículo 183-Ñ del Código del Trabajo, que se refiere a la causal de “trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieren de una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria”.

Creemos que en este caso y ante el silencio de la ley, el plazo del contrato estaría determinado por la naturaleza misma del trabajo que se ejecutará, que es de carácter “urgente, preciso e impostergable”, durando el tiempo necesario para efectuarlo.

3.5.2 PLAZO MÁXIMO DEL CONTRATO DE PUESTA A DISPOSICIÓN DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD. TRATÁNDOSE

El artículo 183-AC ubicado dentro de las disposiciones generales de la Ley N° 20.123, dispone que en el caso 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.

3.6 PROHIBICIÓN DE CELEBRAR ESTE TIPO DE CONTRATO.

Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 183-Ñ del Código del Trabajo, no se podrá contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios en los siguientes casos:

- a) Para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como:
 - i) Los Gerentes,
 - ii) Subgerentes,
 - iii) Agentes o Apoderados.
- b) Para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva, o
- c) Para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios.

3.7 SANCIÓN POR INFRINGIR ESTA PROHIBICIÓN.

Si se contraviene lo dispuesto en el artículo 183-P que impide celebrar en determinados casos el contrato de puesta a disposición de trabajadores, se incurre en las siguientes sanciones que el mismo artículo menciona:

- i) Excluye a la usuaria de la aplicación de las normas contenidas en el párrafo segundo (“De las Empresas de Servicios Transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de servicios transitorios) del nuevo Título Séptimo del Libro I del Código del Trabajo.
- ii) Consecuencia de lo anterior, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común.
- iii) Además la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa equivalente a diez unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado.

3.8 NULIDAD DE LA CLÁUSULA DEL CONTRATO.

Se sanciona con la nulidad toda cláusula contenida en un 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, según el artículo 183-Q del Código del Trabajo.

Porque recordemos que dentro de las características del trabajo, está que debe ser libre, voluntario, subordinado, por cuenta ajena, productivo, etc..., luego, dicha cláusula vulneraría uno de los principios básicos del Derecho Laboral, como es el principio de la libre contratación y libre elección del trabajo, consagrados constitucionalmente en el artículo 19 número 16 de la Constitución Política del 1980 que señala “La Constitución asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección”.

Recogiendo su inciso segundo claramente este principio, al indicar expresamente que toda persona tiene derecho a la libre contratación y elección del trabajo.

Es así como entendemos por libre elección, como toda aquella facultad para optar de entre varias alternativas de trabajo, ya sea de elegir la clase de ocupación como la de escoger las oportunidades lícitas que se ofrezcan.

Y a su vez se entiende por libre contratación aquella facultad del empleador y del trabajador de elegir libremente a sus colaboradores o persona del empleador en su caso.

Además, sabemos que el Derecho Laboral, por su naturaleza especial es de Orden Público, porque los intereses comprometidos son tanto de los contratantes como los de toda la sociedad. Luego, en todo contrato individual de trabajo está tácitamente establecida la cláusula de irrenunciabilidad e indisponibilidad de los derechos básicos o esenciales, es decir, “el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar su libertad, vida privada y la honra de éstos”. Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo.

3.9 FACULTAD DE REVISIÓN DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO Y COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO.

A. FACULTAD DE REVISIÓN DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.

Le otorga el artículo 183-G del Código del Trabajo a la Dirección del Trabajo la facultad de revisar el contenido de los contratos de servicios transitorios o puesta a disposición, celebrados entre la usuaria y la E.S.T., a fin de fiscalizar que se den los supuestos que habilitan la celebración de estos contratos.

B. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DEL TRABAJO.

Todas 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, serán de competencia, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 183-H del Código del Trabajo, de los Juzgados de Letras del Trabajo, manteniéndose así la regla en materia de competencia laboral.

4. DEL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

4.1 CONCEPTO

La ley define dicho contrato como toda 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 de servicios transitorios y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido (artículo 183-R del Código del Trabajo).

4.2 REQUISITOS DEL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

Requisito de escrituración del contrato.

Requisito de contenido del contrato

Requisito externo al contrato

REQUISITO DE ESCRITURACIÓN.

El inciso segundo del artículo 183-R dispone expresamente que el contrato de servicios transitorios deberá celebrarse por escrito.

PLAZO PARA EFECTUAR LA ESCRITURACIÓN DEL CONTRATO:

Al respecto, la ley indica dos reglas, dependiendo de la duración misma del contrato de trabajo.

- i) La escrituración del contrato de trabajo de servicios transitorios deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador.
- ii) Con todo, cuando la duración del contrato de trabajo sea inferior a cinco días, la escrituración deberá hacerse dentro de dos días de iniciada la prestación de servicios.

REQUISITO DE CONTENIDO.

El contrato de trabajo de servicios transitorios contendrá, a lo menos, las menciones exigidas por el artículo 10 del Código del Trabajo.

Artículo que se refiere a las estipulaciones esenciales a todo contrato individual del trabajo, que se encuentra ubicado dentro de las normas generales del Libro I de este Código, el cual señala:

1°.- Lugar y fecha de contrato.

- 2°.- Individualización de las partes, con indicación de la nacionalidad y fechas nacimiento e ingreso del trabajador.
- 3°.- Determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse (...).
- 4°.- Monto, forma y período de pago de la remuneración acordada.
- 5°.- Duración y distribución de la jornada de trabajo (...).
- 6°.- Plazo del contrato, y
- 7°.- Demás pactos que acordaren las partes (...).

REQUISITO EXTERNO.

El artículo 183-R en su inciso final expresa que una copia del contrato de trabajo deberá ser enviada a la usuaria a la que el trabajador prestará servicios.

Consideramos que más que un requisito propio del contrato de servicios transitorios, se trata de un requisito externo a él, pero esencial para esta nueva forma de relación laboral, por cuanto este contrato de trabajo fija el marco de actuación que tendrá la usuaria con el trabajador, ya que por ejemplo la ley le indica a la usuaria que tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, pero “dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios”, señalándole además a la usuaria que deberá cumplir íntegramente con “las condiciones convenidas” entre el trabajador y la E.S.T. relativas a la prestación de los servicios.

Luego, para que tenga efecto este contrato es menester que sea conocido por la usuaria, lo que se logra a través del envío de una copia del contrato de trabajo de servicios transitorios.

4.3 TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS EN UN CONTRATO DE PLAZO INDEFINIDO.

La ley señala una importante consecuencia para el caso de que el trabajador continúe prestando servicios para la usuaria después de expirado el plazo de su contrato de trabajo de servicios transitorios, que consiste que éste se transformará en un contrato de plazo indefinido.

Produciéndose, además y como efecto de lo anterior, las siguientes consecuencias:

- i) Pasa la usuaria a ser su empleador, dejando de serlo la E.S.T.
- ii) Contándose la antigüedad del trabajador, para todos los efectos legales, desde la fecha de inicio de la prestación de los servicios para la usuaria. Todo ello de acuerdo a lo prescrito por el artículo 183-T del Código del Trabajo.

4.4 SANCIÓN POR CONTRATOS CELEBRADOS EN FRAUDE DE LA LEY.

El legislador, en el artículo 183-U, establece la figura de la celebración del contrato en fraude de la ley, para los siguientes casos:

- a) En todo contrato de trabajo celebrado bajo supuestos distintos de aquellos que justifican la contratación de servicios transitorios de conformidad con el artículo 183-Ñ.
- b) O que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria.

Ambos casos, como se entienden celebrados en fraude de la ley, serán sancionados:

- i) Primero, excluyendo a la usuaria de la aplicación de las normas del Párrafo Segundo (“De las Empresas de Servicios Transitorios, del Contrato de Puesta a Disposición de Trabajadores y del Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios) del Título Séptimo del Libro I del Código del Trabajo.
- ii) Como consecuencia de lo anterior, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común.
- iii) Todo esto, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan aplicar.

Recordemos el rol fiscalizador que el artículo 183-G en estas materias le entrega a la Dirección del Trabajo en torno a velar por el cumplimiento de las normas del Párrafo Segundo del Título Séptimo del Libro I del Código del Trabajo, en el o los lugares de la prestación misma de los servicios así como también en la empresa de Servicios Transitorios. Otorgándole además la facultad de poder revisar los contenidos del contrato de servicios transitorios, o puesta a disposición entre las empresas,

con el fin de precisar que se cumplan los supuestos que habilitan la celebración de un contrato de trabajo de servicios transitorios.

4.5 DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE LE ENTREGA LA LEY A LA USUARIA.

4.5.1 CONTROL Y REGISTRO DE LA ASISTENCIA DEL TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

Será obligación de la usuaria controlar la asistencia del trabajador de servicios transitorios.

Asimismo, deberá poner a disposición de la empresa de servicios transitorios copia del registro respectivo que llevará para tales efectos.

CONTENIDO DEL REGISTRO DE ASISTENCIA DEL TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS:

En el registro se indicará, a lo menos, el nombre y apellido del trabajador de servicios transitorios, el nombre o razón social y domicilio de la empresa de servicios transitorios y de la usuaria, como asimismo se indicará diariamente las horas de ingreso y salida del trabajador.

4.5.2 RESPETO A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS TRABAJADORES Y RESERVA DE INFORMACIÓN.

a) Se establece como límite por el artículo 183-Y del Código del Trabajo al ejercicio de las facultades que la ley le entrega a la usuaria, el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores. Agrega el citado artículo, “en especial” cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

b) RESERVA DE INFORMACIÓN.

Vinculada con la limitación recién mencionada, está el deber que le asiste a la usuaria de mantener la reserva de toda información como de todos los datos privados del trabajador de servicios transitorios a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral que se forma, deber que establece el inciso segundo del artículo ya citado.

4.5.3 DEBER DE INFORMAR Y ENTREGAR EL REGLAMENTO INTERNO AL TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

Como el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, nace la obligación que la ley le señala a la usuaria de poner en conocimiento del trabajador de servicios transitorios el contenido del reglamento, lo cual se cumple mediante la entrega de un ejemplar impreso, todo ello en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 156 del Código del Trabajo.

Dicho inciso segundo dispone que el empleador, además, “deberá entregar gratuitamente a los trabajadores un ejemplar impreso que contenga en un texto el reglamento interno de la empresa y el reglamento a que se refiere la Ley N° 16.744”¹⁰¹.

4.5.4 DEBER DE CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO DE LO CONVENIDO ENTRE EL TRABAJADOR Y LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

a. Se le impone a la usuaria otra obligación de carácter legal, según la cual deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios relativas a la prestación de los servicios del trabajador, tales como la duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos.

b. HORAS EXTRAORDINARIAS DEL TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS:

Mención especial hace la ley respecto de las horas extraordinarias que debe cumplir el trabajador, disponiendo en su inciso tercero el artículo 183-X, que sólo podrán pactarse entre el trabajador y la empresa de servicios transitorio, al tenor del artículo 32 del Código del Trabajo. De acuerdo con este artículo, el régimen de horas extraordinarias para el trabajo suministrado será el siguiente:

i. Sólo podrán pactarse horas extraordinarias para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa.

¹⁰¹ La Ley N° 16.744 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fue publicada en el Diario Oficial de 1 de febrero de 1968 y establece “Normas sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales”.

- ii. El pacto de las horas extraordinarias deberá constar por escrito.
Sin embargo, se considerarán horas extraordinarias, a falta de pacto escrito, todas aquellas que se trabajen en exceso de la jornada pactada, con conocimiento del empleador.
- iii. Su vigencia será transitoria, no podrá ser superior a tres meses, pero podrá renovarse por acuerdo de las partes.
- iv. Toda hora extraordinaria se pagará con un recargo de un 50% sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria, debiendo liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo período.
- v. No serán consideradas como horas extraordinarias las trabajadas en compensación de un permiso, siempre que dicha compensación hubiere sido solicitada por escrito por el trabajador y autorizado por el empleador.

Concluimos luego que el artículo 183-X, más que establecer un deber para la usuaria, le impone una limitación en lo concerniente a las horas extraordinarias, porque deberá respetar lo convenido entre el trabajador de servicios transitorios con su empresa de servicios transitorios, ya que sólo ellos pueden pactar la jornada extraordinaria.

4.5.5 DERECHO DE ORGANIZAR Y DIRIGIR EL TRABAJO.

Uno de los más importantes derechos que esta ley le entrega a la usuaria está contenida en el artículo 185-X del Código del Trabajo, el cual señala “la usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo”.

Pero le agrega la ley una limitación a esta facultad de la usuaria, cual es, que debe actuar “dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios”.

4.6 SANCIONES LEGALES PARA LA USUARIA

La ley prevé, en el artículo 183-AA del Código del Trabajo, una serie de sanciones a la usuaria que contrate a un trabajador de servicios transitorios por intermedio de empresas que no estén inscritas en el registro que para tales efectos llevará la Dirección del Trabajo, deponiéndose las siguientes sanciones para la usuaria:

- i) Inaplicabilidad de las normas del Párrafo Segundo, Título Séptimo, Libro I del Código del Trabajo, es decir, la usuaria quedará respecto de dicho trabajador de servicios transitorios, excluida de la aplicación de dichas normas.
- ii) Como consecuencia de lo anterior, dicho trabajador (de servicios transitorios) será considerado como dependiente de la usuaria¹⁰², vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común.
- iii) Además, el inciso final del citado artículo le señala una sanción de carácter administrativa a la usuaria, de parte de la Inspección del Trabajo respectiva, consistente en una multa equivalente a diez Unidades Tributarias Mensuales por cada trabajador de servicios transitorios contratado.

4.7 RESPONSABILIDAD LEGAL DE LA USUARIA.

La Ley N° 20.123 le establece a la usuaria ciertas responsabilidades respecto de los trabajadores de las empresas de servicios transitorios, éstas son las siguientes:

- i) Responsabilidad de carácter subsidiaria.
- ii) Responsabilidad directa.
- iii) Otras responsabilidades de la usuaria.

4.7.1 RESPONSABILIDAD DE CARÁCTER SUBSIDIARIA.

El artículo 183-AB del Código del Trabajo prescribe que “la 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 este párrafo” (párrafo

¹⁰² En el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso esta norma que se contemplaba en el artículo 152-Z, establecía “una presunción de derecho” de que el trabajador fue contratado como dependiente de aquella (la usuaria) por tiempo indefinido, con sujeción a las normas generales del Código del Trabajo, pero en el debate de la Comisión del Trabajo y Previsión Social del Senado se propuso suprimir las palabras “de derecho” a petición de los senadores Boeninger y Canessa, posteriormente el ejecutivo propuso la modificación del artículo por el texto actual (Boletín Número 2943-13).

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

ALCANCE DE ESTA NORMA:

a. A diferencia de la responsabilidad que en materia de subcontratación le asiste a la empresa principal respecto de las mismas obligaciones legales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstas y que es solidaria, aquí en cambio la responsabilidad para la usuaria es de carácter subsidiaria.

Sin embargo, durante la discusión de este artículo por la Comisión de Trabajo y Previsión Social, los Senadores Parra y Ruiz De Giorgio propusieron sustituir esta responsabilidad subsidiaria por una responsabilidad solidaria, al igual que en la materia de “trabajo en régimen de subcontratación”. Pero el Ejecutivo, a través del Subsecretario del Trabajo, expresó que “cambiar la naturaleza de la responsabilidad, de subsidiaria a solidaria, no era adecuada, ya que el sistema de responsabilidad subsidiaria da cuenta razonablemente bien de las situaciones que en éste y otros aspectos de la legislación pudieran producirse respecto de este tipo de relaciones laborales, especialmente desde el punto de vista práctico”. Además, agregó que la subsidiaria como naturaleza de la responsabilidad, ya está integrada en nuestra legislación y acogida por los Tribunales Laborales.

b. Creemos que un problema que podría presentarse con este artículo en el futuro sería precisar a qué trabajadores de la empresa de servicios transitorios se está refiriendo, si a todos los trabajadores de la empresa o sólo aquellos que prestan o prestaron servicios para la usuaria, ello porque el artículo 183-AB dice que la 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”, sin distinguir expresamente a qué trabajadores se refiere y sólo agrega “en los términos previstos en este párrafo”, que se refiere al párrafo segundo “De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios”.

Interrogante que se acentúa más al analizar la discusión de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, en que si bien trataron de establecer una responsabilidad solidaria en vez de una

subsidiaria respecto de estas obligaciones, señalaron además con precisión a qué trabajadores debía referirse esta responsabilidad, indicando “la usuaria será solidariamente responsable de todo tipo de obligaciones laborales y previsionales que afecten a la empresa de servicios temporarios en favor de los trabajadores de ésta última que han sido puestos a su disposición, incluidas las eventuales indemnizaciones que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el trabajador de la empresa de servicios temporarios prestó servicios para la usuaria”¹⁰³.

Pero esta indicación para modificar el artículo en discusión no prosperó y quedó como esta ahora en la ley, sin precisar con exactitud a qué trabajadores se refiere, lo que podría originar discusión sobre el particular y más aún cuando comparamos la responsabilidad de la empresa principal,¹⁰⁴ respecto de las mismas obligaciones de carácter laboral y previsional de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, (si bien se trata de una responsabilidad solidaria y entendemos la importancia de la misma) pero en donde aparece claramente limitada por el legislador esta responsabilidad de la empresa principal en cuanto al período o tiempo de duración de la misma, como a qué trabajadores del contratista se extiende, señalando que “tal responsabilidad (de la empresa principal) estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal”, lo que no sucede respecto de la usuaria.

4.7.2 LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA USUARIA.

No obstante la responsabilidad subsidiaria de la usuaria en las obligaciones laborales y previsionales que le impone el inciso primero del artículo 183-AB del Código del Trabajo, se establece, además, una responsabilidad directa para la usuaria respecto del:

- 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.

¹⁰³ Indicación presentada por los Senadores Parra y Ruiz de Giorgio en el sentido de sustituir el inciso primero del artículo 152-AE del proyecto de ley por el transcrito (Boletín Número 2943-13).

¹⁰⁴ Artículo 183-B del Código del Trabajo (“Del trabajo en régimen de Subcontratación”).

- Especialmente las medidas de prevención de riesgo que deba adoptar respecto de sus trabajadores permanentes.
- Asimismo, la usuaria deberá observar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 66 bis de la Ley N° 16.744.

4.7.3 OTRAS RESPONSABILIDADES DE LA USUARIA

A. OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR Y DE NOTIFICAR DE LA USUARIA.

Para los 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 citada, esto es, denunciar todo accidente o enfermedad que pueda ocasionar incapacidad para el trabajo o muerte de la víctima.

Al mismo tiempo, tiene la obligación de notificar el siniestro a la empresa de servicios transitorios a la que pertenece el trabajador.

B. RESPONSABILIDAD DE INDEMNIZAR.

Será también de responsabilidad de la usuaria las indemnizaciones a que se refiere el artículo 69 de la Ley N° 16.744.

4.8 PROHIBICIÓN Y OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

4.8.1 PROHIBICIÓN DE EFECTUAR COBRO AL TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

Se establece una prohibición legal para la empresa de servicios transitorios, disponiéndose que en ningún caso podrá ésta exigir ni efectuar cobro de ninguna naturaleza al trabajador, ya sea por concepto de capacitación o de su puesta a disposición en una usuaria, según el artículo 183-S del Código del Trabajo.

4.8.2 OBLIGACIÓN DE CAPACITACIÓN A SUS TRABAJADORES.

Respecto de la capacitación de los trabajadores de servicios transitorios, encontramos dentro de las normas generales de la Ley N° 20.123 una imposición de carácter legal para la empresa de servicios transitorios, las cuales quedan 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 cuarto del Título Primero de la Ley N° 19.518, correspondiéndole fiscalizar a la Dirección del Trabajo el cumplimiento de esta obligación establecida en el artículo 183-AD del Código del Trabajo.

4.8.3 OBLIGACIÓN DE VERIFICACIÓN.

La empresa de servicios transitorios tiene la obligación que le impone la parte final del inciso cuarto del artículo 183-AB, de constatar que el estado de salud del trabajador sea compatible con la actividad específica que desempeñará.

4.8.4 OBLIGACIÓN DE REMUNERAR.

Corresponde además a la E.S.T. pagar la remuneración convenida con el trabajador suministrado, la que queda determinada por el tiempo servido ante la o las usuarias, como también debe cumplir con todas las demás obligaciones que emanen del contrato de trabajo.

4.9 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

4.9.1 OBLIGACIÓN ESENCIAL DEL TRABAJADOR.

El trabajador debe cumplir con todas aquellas obligaciones que emanen de su contrato de trabajo de servicios transitorios, particularmente obligándose a ejecutar aquellas labores específicas que se estipulan con una usuaria de la empresa de servicios transitorios, todo ello de acuerdo a la definición misma que da el artículo 183-R del Código del Trabajo, sobre contrato de trabajo de servicios transitorios.

4.9.2 OBLIGACIÓN DE CUMPLIR EL REGLAMENTO DE LA USUARIA.

Según el artículo 183-X del Código del Trabajo, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria.

Reglamento que deberá ser puesto en conocimiento del trabajador mediante la entrega de un ejemplar impreso de parte de la usuaria.

4.9.3 DERECHO A PERCIBIR LA REMUNERACIÓN CONVENIDA.

En lo referido a la obligación de la Empresa de Servicios Transitorios de pagar la remuneración convenida en el contrato, determinada por el tiempo servido, es para el trabajador correlativamente, su derecho esencial, que emana de la definición misma del contrato de servicios transitorios.

Por su parte, el artículo 183-Z, dispone que en la remuneración convenida, se considerará:

- i. - La gratificación legal
- ii.- El desahucio
- iii.- Las indemnizaciones por años de servicios
- iv.- La sustitutiva del aviso previo, y
- v.- Cualquier otro concepto que devengue en proporción al tiempo servido, salvo la compensación del feriado que establece el artículo 183-V del Código del Trabajo.

4.9.4 DERECHO DEL TRABAJADOR A LA INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA POR FERIADO.

a. DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN:

El trabajador de servicios transitorios que haya prestado servicios, continuada o discontinuadamente, 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.

Agregando en el inciso segundo del artículo 183-V, que 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.

b. MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN:

La indemnización será equivalente a la remuneración íntegra de los días feriados que proporcionalmente le correspondan al trabajador según los días trabajados en la respectiva anualidad.

c. DETERMINACIÓN DE LA REMUNERACIÓN O BASE DEL CÁLCULO DE LA MISMA:

De acuerdo al inciso final del citado artículo, 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.

4.9.5 DERECHO AL FUERO MATERNAL.

La Ley N° 20.123 establece una norma especial sobre Fuero Maternal de las trabajadoras de servicios temporales, indicándose por el artículo 183-AE que “las trabajadoras contratadas bajo el régimen contemplado en este párrafo¹⁰⁵ gozarán del fuero maternal señalado en el inciso primero del artículo 201 del Código del Trabajo”.

DURACIÓN DE ESTE FUERO MATERNAL.

a. La misma ley dispone que cesará el fuero maternal de pleno derecho, al término de los servicios en la usuaria.

b. Con todo, “si por alguna de las causales que establece el párrafo segundo (del Título Séptimo del Libro I del Código del Trabajo) se determinare que la trabajadora es dependiente de la usuaria, el

¹⁰⁵ Párrafo Segundo “De las Empresas de Servicios Transitorios, del Contrato de Puesta a Disposición de Trabajadores y del Contrato de Trabajadores de Servicios Transitorios”, Título VII del Libro I del Código del Trabajo, establecido por la Ley N° 20.123, de 16 octubre de 2002.

fuego maternal se extenderá por todo el período que corresponda, conforme a las reglas generales del presente Código.”

ANÁLISIS DE ESTA NORMA SOBRE FUERO MATERNAL.

Primero: Como lo señalamos ya en el capítulo tercero, esta materia estaba regulada en el artículo 152-T del proyecto original enviado por el Ejecutivo al Congreso, cuyo contenido era totalmente opuesto al artículo 183-AE porque negaba el derecho a fuero maternal al señalar expresamente “las trabajadoras que celebren un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios en los términos establecidos en éste párrafo, no se les aplicará el fuero señalado en el artículo 201 del Código del Trabajo”. Aún más, el Mensaje del Ejecutivo con que se envió esta iniciativa legal sostenía que “en este marco legal, el fuero maternal no se compatibiliza con los servicios prestados a través de las Empresas de Servicios Transitorios. La exclusión del fuero maternal del régimen jurídico de los servicios transitorios, entonces, es consecuencia necesaria del suministro de trabajadores”¹⁰⁶.

Frente a esta negativa del proyecto de otorgarle fuero maternal a las mujeres trabajadoras que celebren un contrato con una E.S.T., se originó un amplio debate ante la Comisión del Trabajo y Previsión Social del Senado, procediéndose a la presentación por parte de los Senadores Parra y Ruiz de Giorgio de una indicación supresiva al proyecto, con el objeto de eliminar el artículo 152-T, para así mantener plenamente vigente el fuero maternal respecto de las trabajadoras que prestan servicios temporarios, ya que no se advertía razón para discriminarlas en cuanto al tratamiento que se otorga a las otras trabajadoras que prestan servicios de carácter permanente.

Este argumento encontró oposición en el Senador Fernández, quién manifestó que por la naturaleza del contrato de trabajo que se consagraba en el proyecto, era atendible que no se aplicara el fuero maternal, y propuso además que los otros fueros laborales establecidos en las leyes (con excepción de aquellos consagrados para fines de medicina curativa o por accidentes del trabajo, por el plazo que debía durar el contrato) tampoco tuvieran aplicación en esta materia de excepción.

¹⁰⁶ Mensaje del Ejecutivo, Número 131-346, de 20 de Mayo de 2002.

Por su parte, el Subsecretario del Trabajo, enviado por el Ejecutivo a la discusión del proyecto, haciéndose cargo de la aprehensión del Senador Fernández respecto “de la no aplicación de los otros fueros laborales”, sostuvo que no era necesario contemplarlos expresamente en el artículo 152-T, por cuanto en el inciso final del artículo 243 del Código del Trabajo, en los casos que señala, hace aplicable el fuero sólo durante la vigencia del contrato respectivo, luego, no sería necesario solicitar el desafuero al término de cada uno de ellos, bastando esta norma para excluir a los otros fueros.

Repuso el Senador Fernández, que sí era necesaria una mención expresa de la exclusión de los demás fueros laborales en el artículo 152-T, en atención a que el proyecto estaba regulando una institución de carácter excepcional, lo que podría llevar a entender que dicho precepto sólo quiso excluir el fuero maternal.

Sin embargo, posteriormente, sólo se acogió la indicación supresiva de la Comisión del Trabajo y Previsión Social del Senado, procediéndose a la eliminación del artículo 152-T del proyecto, por no justificarse esta discriminación hacia las trabajadoras de servicios transitorios.

Pero al aprobarse esta ley, finalmente, se reconoció la facultad del fuero maternal a estas trabajadoras, estableciéndolo así el artículo 183-AE.

Segundo: El artículo 183-AE dispone que cesará de pleno derecho este fuero maternal cuando “termine los servicios en la usuaria”, precepto que nos origina las siguientes interrogantes:

a. El trabajador de servicios transitorios celebra su contrato de trabajo con una Empresa de Servicios Transitorios la cual, a su vez, los pone a disposición de la usuaria, pero la relación laboral “contractual” es con la E.S.T. y no con la usuaria, la cual sólo tiene la facultad de organizar y dirigir el trabajo, cumpliendo íntegramente las condiciones “convenidas” entre el trabajador y la E.S.T. relativas a la prestación del servicio.

Luego, nos preguntamos por qué esta facultad de gozar del fuero maternal se mantiene hasta la duración de los servicios en la usuaria y no se toma en cuenta la relación contractual con la Empresa de Servicios Transitorios que será de mayor tiempo. Qué sucede si el trabajador presta servicios a dos o más usuarias, con distinto plazo de duración de sus servicios, significaría que concluida la

prestación de los servicios con la primera usuaria cesaría de inmediato y de pleno derecho este fuero maternal o tendríamos que esperar la conclusión de los servicios con la segunda usuaria para que cesara de pleno derecho el fuero maternal. Dejamos planteadas estas interrogantes, que seguramente serán objeto de discusión jurisprudencial y administrativa.

b. Particularmente, creemos que al tenor del artículo 183-AE, al señalar “cesando de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria”, este fuero termina al momento de concluir los trabajos para con la respectiva usuaria, es decir, si presta servicios en más de una usuaria, esta facultad cesaría en cada una de ellas, llegado el momento de conclusión de sus servicios en las mismas, siendo imposible que dicho fuero sobreviva a este período por la naturaleza que tiene el contrato de servicios transitorios.

Sin perjuicio de ello, nos parece que este fuero habría tenido una mayor trascendencia laboral si se hubiera establecido como oportunidad de término, no la conclusión de los servicios para con la usuaria, sino que la conclusión del contrato con la E.S.T. que es su verdadero empleador.

5. NORMAS TRANSITORIAS SOBRE LA VIGENCIA DE LA LEY N° 20.123.

5.1. SITUACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS VIGENTES A LA DICTACIÓN DE LA LEY N° 20.123.

El artículo primero transitorio de la Ley N° 20.123 regula la situación de las empresas de servicios transitorios vigentes a la dictación de la nueva normativa, disponiendo que “las empresas que a la fecha de publicación de la presente ley, desarrollen actividades reguladas por la misma, deberán presentar su solicitud de inscripción, dentro del plazo de 180 días a contar de su vigencia”.

5.2 ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.123.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo segundo transitorio, “esta ley entrará en vigencia 90 días después de su fecha de publicación”, siendo publicada en el Diario Oficial de 16 octubre de 2006.

5.3 ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS PRIMERO Y SEGUNDO TRANSITORIOS.

El artículo segundo transitorio indica la fecha exacta de entrada en vigencia de la nueva ley, la que corresponde a 90 días siguientes a su publicación, es decir, el día 14 de enero de 2007.

Lo señalado significa que todas las relaciones laborales vigentes a esa fecha y sin perjuicio de haber sido constituidas con anterioridad a la misma, deben sujetarse a los preceptos previstos en esta ley, dado que este artículo segundo por su naturaleza de orden público laboral rige in actum, es decir, tiene un efecto inmediato, de modo que van a quedar regulados, una vez entrada en vigencia la ley, todos los efectos de los actos jurídicos perfeccionados con anterioridad a su dictación que digan relación con esta materia.

En efecto, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia siempre ha acogido la aplicación “in actum” de la legislación laboral por considerar que las normas que la forman son de orden público; así por ejemplo, han señalado que en el caso del sobre tope de la base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicios, las normas que rigen la situación en conflicto son de orden público, por tanto deben regir in actum, a menos que la misma ley en disposiciones transitorias disponga lo contrario¹⁰⁷.

Por su parte, la Corte Suprema ha fallado en el mismo sentido, señalando que atendido el carácter de orden público de las leyes laborales, éstas rigen in actum y afectan a las personas que a la fecha de la dictación de la Ley N° 19.010 hayan tenido contrato de trabajo vigente y que su última remuneración exceda de las 90 unidades de fomento¹⁰⁸.

Por consiguiente, las normas que se contienen en el Párrafo 2° del Título VII del Libro I del Código del Trabajo, que regulan a las empresas de servicios transitorios, el contrato de puesta a disposición y el contrato de trabajos de servicios transitorios que fueron introducidas por la Ley N° 20.123, entraron en vigor a partir del 14 enero 2007.

De ahí que en el Dictamen N° 5476/099 de la Dirección del Trabajo, del 28 de diciembre de 2006, se señala que la normativa contenida en el Párrafo 2° del Título VII del Libro I del Código del Trabajo rige a contar de la fecha señalada y, por ende, resulta obligatorio, tanto para las empresas de

¹⁰⁷ Sentencia, Corte Suprema Rol N° 3557, de 12 junio 2000.

¹⁰⁸ Sentencia, Corte Suprema Rol N° 4306-00, de 23 Mayo 2001.

servicios transitorios que se constituyen a partir del 14 enero del 2007, como para aquellas empresas que a la fecha de publicación de la Ley N° 20.123, es decir desde el 16 de octubre 2006, ya tenían por objeto la puesta a disposición de trabajadores.

Es necesario precisar que aquellas empresas que a la fecha de publicación de la Ley N° 20.123 desarrollaban ya actividades que regula dicho cuerpo legal, disponen de un plazo de 180 días a contar de la entrada en vigencia de la mencionada ley para solicitar su inscripción como tales en el registro que llevará la Dirección del Trabajo al efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 183-K del Código del Trabajo.

De ahí tenemos que al hacer un estudio en conjunto del artículo primero transitorio con el artículo 183-K del Código del Trabajo, se puede señalar que las empresas que al 16 de octubre de 2006 desarrollaban actividades que tenían por objeto la puesta a disposición de trabajadores, disponen de un plazo de 180 días a contar del 14 de enero 2007, para presentar la solicitud de inscripción ante la Dirección del Trabajo a fin de que este servicio, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, practique su inscripción en el respectivo registro.

Creemos entonces que es posible sostener que el plazo de 180 días que se contiene en el artículo primero transitorio ha sido establecido en relación con el cumplimiento de la inscripción en el registro respectivo y sólo en los aspectos vinculados a la constitución de las empresas de servicios transitorios que a la fecha de publicación de la Ley N° 20.123 ya desarrollaban actividades reguladas por la misma. El resto de las materias que regula la ley, como la contratación del trabajador transitorio, contrato de puesta a disposición y las restricciones y prohibiciones legales, comenzaron a tener vigor el 14 de enero del 2007, normativa que por tanto resulta aplicable a contar de dicha fecha a las empresas a que se refiere el artículo primero transitorio.

Pero tratándose de las empresas dedicadas al suministro de trabajadores, constituidas con posterioridad a la fecha de publicación de la Ley N° 20.123, su situación es diferente, por cuanto éstas deberán sujetarse de inmediato a los requisitos señalados en el artículo 183-K del Código del Trabajo,

solicitando su inscripción en el registro respectivo sin que tenga lugar respecto de estas empresas el plazo de 180 días que señala el artículo primero transitorio de la nueva ley.

CAPÍTULO QUINTO

LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN Y EMPRESAS DE TRABAJO TRANSITORIO.

En este capítulo pretendemos hacer un análisis comparativo entre el régimen de subcontratación recientemente promulgado en España en relación con el nuestro, aún cuando en la legislación del primero se haya dispuesto su aplicación sólo a nivel sectorial, es decir, para el área de la construcción, sin embargo, estimamos interesante hacer esta comparación legislativa.

Después, en una segunda parte de este capítulo, se pretende efectuar un estudio respecto del tratamiento y desarrollo que se han dado a las Empresas de Servicios Transitorios, como a la regulación de las condiciones del trabajo suministrado, en los diversos ordenamientos jurídicos extranjeros, particularmente en Europa.

1. DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN EN ESPAÑA.

El 18 de octubre de 2006 se dictó la Ley N° 32/2006 que por primera vez viene a regular el trabajo en régimen de subcontratación en España, pero con un carácter estrictamente sectorial, teniendo por objeto normar la subcontratación en el sector de la construcción y mejorar las condiciones de trabajo en dicho ámbito en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo en particular, como lo señala su artículo primero. Estructuralmente, este cuerpo normativo se divide en dos capítulos con once artículos, tres disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y dos disposiciones finales.

Analizaremos ahora esta ley española para compararla con nuestra legislación, en lo que sea pertinente.

1.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN.

La Ley N° 32/2006 se aplicará a todos los contratos que se celebren, en régimen de subcontratación, para la ejecución de los siguientes trabajos realizados en obras de construcción: excavación, movimiento de tierras, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamientos o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación y trabajo de pintura y limpieza y saneamiento, según lo dispone su artículo segundo.

Es decir, esta ley es sólo aplicable al sector de la construcción y con una enumeración taxativa de aquellos trabajos que quedan sujetos al régimen de subcontratación, a diferencia de la legislación chilena, que sobre el particular se aplica a todo empleador y trabajador cuyas relaciones se rijan por el Código del Trabajo y leyes complementarias, como asimismo a las empresas e instituciones del Estado (bajo ciertos supuestos), y específicamente se aplica el régimen de la subcontratación a todo trabajo, obra o servicio que se ejecute o preste en forma habitual o permanente, de manera que sólo quedan excluidos de la aplicación de este régimen aquellas obras o servicios que se realicen de manera esporádica o discontinua.

Por otra parte, la ley española en su artículo tercero, se encarga de precisar lo que debe entenderse por “Obra de Construcción u Obra”, como “cualquiera obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil”.

1.2 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA SUBCONTRATACIÓN.

Tienen el carácter de sujetos dentro del régimen español de la subcontratación, las siguientes personas, según dispone su artículo 3°:

I) Promotor:

Que se define como cualquier persona, física o jurídica, por cuenta de la cual se realice la obra que se contrata.

II) Contratista o Empresario Principal:

Es la persona, física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.

Agregando la normativa española que tendrán también la condición de contratistas para los efectos de la ley, los siguientes dos casos:

a) Cuando el promotor realice directamente, con medios humanos y materiales propios, la totalidad o determinadas partes de la obra.

b) Asimismo, cuando la contrata se haga con una Unión Temporal de Empresas que no ejecuten directamente la obra; cada una de sus empresas miembro tendrá la consideración de empresa contratista en la parte de obra que ejecute.

III) Subcontratista:

Es toda persona, física o jurídica, que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente, el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución.

Admitiendo la subcontratación una serie de variantes como puede ser:

a) Las del primer subcontratista: subcontratista cuyo comitente es el contratista,

b) Segundo subcontratista: subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista, y así sucesivamente.

IV) Trabajador Autónomo:

Es aquella persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume

contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra.

Señalándose, además, otro caso donde se tendrá la condición de contratista o subcontratista para los efectos de la Ley N° 32/2006: al Trabajador Autónomo, cuando emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena.

Además, le va a corresponder al Promotor la designación de otros dos sujetos que también participarán en el régimen de subcontratación, como son:

I) Coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra:

Es aquel técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas establecidas para este coordinador en la reglamentación de seguridad y salud en las obras de construcción.

II) Dirección Facultativa:

Es el técnico o técnicos competentes designados por el Promotor, encargados de la dirección y control de la ejecución de la obra.

A diferencia de la legislación española, la chilena no define a los sujetos que intervienen en el trabajo en régimen de subcontratación, sin embargo, es posible extraer del artículo 183-A de la Ley N° 20.123 definiciones de los sujetos que participan de la subcontratación; así tenemos a la Empresa Principal, que es aquella persona, natural o jurídica, dueña de la obra, empresa o faena en la que se desarrollan las obras o servicios contratados, (que para la legislación española sería el equivalente al Promotor). También es posible del mismo artículo 183-A conceptualizar al Contratista o Subcontratista como aquella persona, natural o jurídica, que se encarga de ejecutar las obras o servicios, por su cuenta, riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona dueña de las obras.

1.3. REQUISITOS DE LA SUBCONTRATACIÓN.

La ley española señala los requisitos que deben reunirse tanto por el contratista como por el subcontratista para estar dentro del ámbito de la subcontratación en el sector de la construcción, siendo los siguientes, según lo prescrito por su artículo 4º:

1) Deberán poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada.

2) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.

3) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra, y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado.

4) Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales¹⁰⁹.

5) Deberán suscribir una declaración por su representante legal, formulada ante el Registro de Empresas Acreditadas, donde justifiquen el cumplimiento de los requisitos a que se refieren los apartados 1 y 2 letra a) del artículo 4º de la ley.

6) Deberán estar inscritos en el Registro de Empresas Acreditadas, a que se refiere el artículo 6º de la Ley 32/2006, que veremos más adelante.

7) Deberán constar, en los términos que se determine reglamentariamente, con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido, que no podrá ser inferior al 10 por ciento durante los 18 primeros meses de vigencia de la ley, ni al 20 por ciento durante los meses del 19 al 36, ni al 30 por ciento a partir del mes 37, inclusive.

Requisito este que deberán cumplir todas aquellas empresas cuya actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de la construcción.

¹⁰⁹ Ley 31/1995, de 8 de Noviembre.

1.4. LÍMITES O EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE LA SUBCONTRATACIÓN.

En primer lugar, se establece una regla esencial en esta materia, la que consiste en que la subcontratación como forma de organización productiva no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en la ley, según lo dispone su artículo 5°.

En segundo lugar, se dispone la extensión del régimen de subcontratación al señalar que el promotor podrá contratar directamente con cuantos contratistas estime oportuno, ya sean personas físicas o jurídicas. Asimismo, se precisa que el contratista podrá contratar con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos que hubiere contratado con el promotor.

Además, el primer y segundo contratista podrán subcontratar la ejecución de los trabajos que, respectivamente, tengan contratados, salvo en los supuestos previstos en la letra f) del número 2 del artículo 5°, limitación que veremos a continuación.

En tercer lugar, se establece una extensión negativa, es decir, un límite al régimen de la subcontratación, al señalar la letra d) del número 2 del artículo 5° que no podrá subcontratar el tercer subcontratista los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo.

Tampoco podrá subcontratar el trabajador autónomo los trabajos a él encomendados, ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos.

Agregando además la letra f del número 2 del artículo citado, que tampoco podrán subcontratar los subcontratistas cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas de la obra.

En cuarto lugar, se establece una ampliación excepcional de la subcontratación, disponiéndose que no obstante lo dispuesto anteriormente y tratándose de casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuese necesario, a juicio de la dirección facultativa, la contratación de alguna parte de la obra con terceros, excepcionalmente, se podrá extender la subcontratación establecida en un nivel adicional, siempre que se haga constar por la dirección facultativa su aprobación previa y la causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación al que se refiere el artículo 7° de la ley.

Agregándose que no se aplicará la ampliación excepcional de la subcontratación prevista anteriormente, en los supuestos contemplados en las letras e) y f) del número dos, salvo que la circunstancia motivadora sea la de fuerza mayor.

En quinto lugar, se crea una obligación para el contratista en caso que tenga lugar la subcontratación excepcional, señalándose que el contratista deberá poner en conocimiento del coordinador de seguridad y salud y de los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas incluidas en el ámbito de ejecución de su contrato que figuren relacionadas en el Libro de Subcontratación, la subcontratación excepcional prevista.

Asimismo, deberá poner en conocimiento de la autoridad laboral competente la indicada subcontratación excepcional, mediante la remisión, en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a su aprobación, de un informe en el que se indiquen las circunstancias de su necesidad y de una copia de la anotación efectuada en el Libro de Subcontratación.

1.5 DEL REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS.

Como lo indicamos anteriormente, dentro de los requisitos que la ley exige a los contratistas y subcontratistas para estar dentro del régimen de la subcontratación, se encuentra el que deben estar inscritos en el Registro de Empresas Acreditadas a que se refiere el artículo 6° de la Ley 32/2006.

Dicho precepto dispone que se creará el Registro de Empresas Acreditadas, que dependerá de la autoridad laboral competente, entendiéndose por tal la correspondiente al territorio de la comunidad autónoma donde radique el domicilio social de la empresa contratista o subcontratista.

Estableciéndose que la incorporación en el Registro de Empresas Acreditadas tendrá validez para todo el territorio nacional, siendo sus datos de acceso público, con la salvedad de los referentes a la intimidad de las personas.

Reglamentariamente se establecerán tanto el contenido, la forma y los efectos de la inscripción en dicho registro, así como los sistemas de coordinación de los distintos registros dependientes de las autoridades laborales autónomas.

Señalemos, comparativamente, que en nuestra legislación no se establece la exigencia de estar inscrito en un “registro de empresas acreditadas” para poder desarrollar un trabajo dentro del régimen de la subcontratación. Sin embargo, respecto del trabajo suministrado y tratándose de las Empresas de Servicios Transitorios, para que éstas puedan funcionar como tales, la ley chilena exige que se inscriban en un registro especial y público que al efecto llevará la Dirección del Trabajo, para tener así un sistema de fiscalización y control de estas empresas, de acuerdo con lo señalado por el artículo 183-K de la Ley N° 20.123.

1.6 DEBERES, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES QUE GENERA LA LEY ESPAÑOLA.

1) DEBER DE VIGILANCIA.

Esta ley española establece un deber de vigilancia y determina, además, las responsabilidades derivadas de su incumplimiento, señalando que las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley, deberán vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la misma por las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten, en particular, en lo que se refiere a las obligaciones de acreditación y registro reguladas en el artículo 4.2 y al régimen de la subcontratación que se regula en el artículo 5°.

Se agrega que para los efectos de lo dispuesto anteriormente, las empresas subcontratistas deberán comunicar o trasladar al contratista, a través de sus respectivas empresas comitentes en caso de ser distintas de aquél, toda la información o documentación que afecte al contenido de este capítulo (prescrito en el artículo 7°).

2) RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

El incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5°, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista, respecto de las obligaciones laborales y de seguridad social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas de acuerdo a lo prescrito por el artículo 7°. Todo ello, sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social.

Además, en todo caso será exigible la responsabilidad establecida en el artículo 43° del Estatuto de los Trabajadores cuando se den los supuestos previstos en el mismo.

4) DEBER DE DOCUMENTACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN.

Se dispone por la legislación española que en toda obra de construcción, incluida en el ámbito de aplicación de la ley, cada contratista deberá disponer de un Libro de Subcontratación.

CONTENIDO DEL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN.

En dicho libro, que deberá permanecer en todo momento en la obra, se deberán reflejar, por orden cronológico, desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa comitente, el objeto de su contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la misma, las respectivas fechas de entrega de la parte del

plan de seguridad y salud que afecte a cada empresa subcontratista y trabajador autónomo, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud para marcar la dinámica y desarrollo del procedimiento de coordinación establecido, y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre la aprobación de cada subcontratación excepcional de las previstas en el artículo 5.3 de la Ley.

PERSONAS QUE TIENEN ACCESO AL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN.

Al Libro de Subcontratación tendrán acceso el promotor, la dirección facultativa, el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución de la obra, las empresas y trabajadores autónomos intervinientes en la obra, los técnicos de previsión, los delegados de previsión, la autoridad laboral y los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la obra, de acuerdo a lo señalado por el número uno del artículo 8º.

OTRO TIPO DE DOCUMENTACIÓN EXIGIDA.

Se establece asimismo que cada empresa deberá disponer de toda la documentación o título que acredite la posesión de cualquier maquinaria que utiliza.

Además, de cuanta documentación le sea exigida por las disposiciones legales vigentes.

Por último, se entrega a un reglamento la determinación de las condiciones del Libro de Subcontratación en cuanto a su régimen de habilitación por la autoridad laboral autonómica competente, así como el contenido, obligaciones y derechos derivados del mismo, al tiempo que se procederá a una revisión de las distintas obligaciones documentales aplicables a las obras de construcción con objeto de lograr su unificación y simplificación (artículo 8º).

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA.

Con respecto a este deber, y sobre la aplicación transitoria de la documentación del régimen de subcontratación, se señala por esta disposición que mientras no se determinen las condiciones y el modo de habilitación del Libro de Subcontratación regulado en el artículo 8º, el régimen de

subcontratación previsto en el artículo 5° se documentará mediante la complementación de la ficha que se inserta como anexo de la ley.

La forma de utilización de las fichas y el acceso a las mismas se llevará a cabo en los mismos supuestos y condiciones previstos para el Libro de Subcontratación en la ley¹¹⁰.

5) DEBER DE INFORMACIÓN.

Se dispone por el artículo 9° número 1, el deber de ser informados de las contrataciones y subcontrataciones que se hagan en la obra a los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas que intervengan en la ejecución de la misma.

6) DEBER DE FORMACIÓN ADECUADA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

Es el artículo 10 titulado de la “Acreditación de la Formación Preventiva de los Trabajadores” el que crea este deber, disponiendo que las empresas velarán porque todos los trabajadores que presten servicios en las obras tengan la formación necesaria y adecuada a su puesto de trabajo o función en materia de prevención de riesgos laborales, de forma que conozcan los riesgos y las medidas para prevenirlos.

Agregando que sin perjuicio de la obligación legal del empresario de garantizar la formación a que nos referimos anteriormente, en la negociación colectiva estatal del sector se podrán establecer programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad.

ACREDITACIÓN DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA.

Además, se dispone en el apartado tercero de este artículo, que dada las características que concurren en el sector de la construcción, reglamentariamente o a través de la negociación colectiva

¹¹⁰ Para reforzar nuestro trabajo, hemos agregado esta ficha del libro de subcontratación que dispone la ley española N° 32/2006, al final de este tema en la página N° 248.

sectorial de ámbito estatal, se regulará la forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador referida a la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción.

El sistema de acreditación que se establezca, que podrá consistir en la expedición de una cartilla o carné profesional para cada trabajador, será único y tendrá validez en el conjunto del sector, pudiendo atribuirse su diseño, ejecución y expedición a organismos paritarios creados en el ámbito de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, en coordinación con la Fundación adscrita a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Ahora, con respecto a los deberes, derechos y responsabilidades que la ley chilena de subcontratación establece y que ya analizamos extensamente en el Capítulo Cuarto de esta obra, podemos a modo de sistematización decir sumariamente que también se establece una responsabilidad de carácter solidaria de toda obligación laboral y previsional de dar que afecte a los contratistas y subcontratistas en favor de sus trabajadores, con respecto de la empresa principal, responsabilidad que también se extiende a las eventuales indemnizaciones legales de estos trabajadores subcontratados. Sin embargo, esta responsabilidad puede ser solamente subsidiaria para la empresa principal, si hubiere hecho efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención que la ley le otorga.

Nuestra normativa establece para la empresa principal, el deber de adoptar todas aquellas 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.

Por su parte, los trabajadores sujeto al régimen de subcontratación gozarán de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador y sin perjuicio de las demás facultades que el Párrafo I de la Ley N° 20.123 le otorga, como por ejemplo el poder demandar no sólo a su empleador directo sino que también a todos aquellos que puedan responder de sus derechos laborales y previsionales.

1.7 DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

Por convenio colectivo sectorial de ámbito estatal podrán establecerse sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio (artículo 9º).

1.8 DE LAS INFRACCIONES A ESTA LEY Y SUS SANCIONES.

Se establece que todas las infracciones a lo dispuesto en la ley serán sancionadas con arreglo a lo prescrito en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹¹¹.

1.9 ALGUNAS DISPOSICIONES ADICIONALES TRANSITORIAS Y FINALES DE ESTA LEY.

Como lo señalamos al principio de este tema, la ley española que regula la subcontratación en el sector de la construcción, se estructura, además, de tres disposiciones adicionales, de dos disposiciones transitorias y de dos disposiciones finales. En este punto analizaremos aquellas de mayor importancia para el estudio de nuestra obra.

1) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA.

En su número tercero introduce nuevos apartados al artículo 12º de la ley española de Infracciones y Sanciones en el Orden Social con los siguientes números 27, 28 y 29, creándose otros incumplimientos e infracciones graves a la subcontratación:

I.- NÚMERO 27:

Dispone que en el ámbito de la ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, se considerarán como incumplimiento de las obligaciones del subcontratista las siguientes:

¹¹¹ Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto. Legislación Española.

a) Todo incumplimiento al deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que se disponen de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que disponen de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

b) No comunicar los datos que permitan al contratista llevar en orden y al día el Libro de Subcontratistas exigido en la ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

c) Proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, o permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en el supuesto anterior y sin que concurran en este caso las circunstancias previstas en la letra c) del apartado 15 del artículo 13º, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el mismo artículo.

II.- NÚMERO 28:

Además, se consideran infracciones graves del contratista, de conformidad con lo previsto en la ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción:

a) No llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación exigido, o no hacerlo en los términos establecidos reglamentariamente.

b) Permitir que en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan empresas subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, y sin que concurran las circunstancias previstas en la letra c) del apartado 15 del artículo 13º, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el mismo artículo.

c) También se considerará infracción grave el incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo

como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, y salvo que proceda su calificación como infracción muy grave.

d) La vulneración de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre las contrataciones y subcontrataciones que realicen en la obra, y de acceso al Libro de Subcontratación, en los términos establecidos en la ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

III.- NÚMERO 29:

Por último, en el ámbito de la ley reguladora de la subcontratación, es infracción grave del promotor de la obra permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma previstas en la ley, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave.

Esta disposición adicional primera, en su número cuarto, introduce nuevos apartados al artículo 13º de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que en lo principal dispone:

I.- NÚMERO 17:

Atendiendo al ámbito de la ley reguladora de la subcontratación, constituye infracción muy grave del promotor de la obra permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma previstas en la ley, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

2) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA.

Norma de gran importancia porque establece el régimen de subcontratación en materia de obras públicas, al señalar que lo establecido en la ley se aplicará plenamente a las obras de construcción

incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las especialidades que se deriven de dicha ley¹¹².

3) LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA.

Titulada de la “Negociación Colectiva y Calidad en el Empleo”, establece que con el objeto de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laboral, la negociación colectiva del ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación.

4) DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA.

Consagra el principio de la irretroactividad de la ley en esta materia, al señalar que lo dispuesto en los artículos 4º y 5º de la ley, en cuanto a los requisitos de los contratistas y subcontratistas y al régimen de subcontratación, respectivamente, no será de aplicación a las obras de construcción cuya ejecución se haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma.

5) DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA Y SEGUNDA.

La primera de ellas consagra el principio de legalidad de estas nuevas normas sobre subcontratación, al disponer que la ley se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.7. y en el artículo 149.1.18. de la Constitución Española.

La segunda establece la habilitación reglamentaria, al señalar que se autoriza al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la ley.

6) DISPOSICIÓN FINAL TERCERA.

¹¹² Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio. Legislación Española.
Página 234

Establece la vigencia de la ley señalando que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

ANEXO
FICHA DEL LIBRO DE SUBCONTRATACIÓN

Hoja n.º _____

A) DATOS IDENTIFICATIVOS DE LA OBRA			
Promotor		NIF	
Contratista		NIF	
Dirección Facultativa		NIF	
Coordinador de seg. y salud en fase de ejecución		NIF	
Domicilio de la obra		Localidad	

B) REGISTRO DE SUBCONTRATACIONES										
N.º orden	Empresa subcontratista o trabajador autónomo / NIF	Nivel de subcontratación	N.º orden del comitente (1)	Fecha comienzo trabajos	Objeto del contrato	Responsable de dirección trabajos / Representantes de los trabajadores	Fecha entrega plan de seg. y salud	Referencia de Instrucciones del coordinador (2)	Firma del subcontratista o trabajador autónomo	Aprobación de la Dirección Facultativa (3)

- (1) En esta columna se anotará el N.º de orden correspondiente al asiento de la empresa que ha subcontratado los trabajos a la subcontratista de este asiento, dejándose en blanco en caso de que la comitente sea la empresa contratista.
- (2) En esta columna se hará constar, en su caso, la referencia de las hojas del Libro de incidencias al plan de seguridad y salud del contratista en las que el Coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución haya efectuado anotaciones sobre las instrucciones sobre el desarrollo del procedimiento de coordinación establecido.
- (3) Cuando proceda, se hará constar en esta columna la aprobación de la subcontratación a que se refiere el asiento por parte de la Dirección Facultativa, mediante la firma del mismo en esta casilla y la indicación de su fecha.

FIRMA Y SELLO DE LA EMPRESA CONTRATISTA

2. ANÁLISIS DE ALGUNAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

INTRODUCCIÓN.

En este apartado, haremos una síntesis en paralelo, de entre varias legislaciones extranjeras acerca de cómo se ha regulado en sus respectivos ordenamientos jurídicos la actividad de las Empresas de Servicios Transitorios, ya sea, desde el punto de vista de los requisitos que deben reunirse para poder actuar y constituirse como tales, ya sea, de los supuestos para servicios transitorio, así como la duración de sus respectivos contratos de trabajo, derechos e indemnizaciones, etc...

Partamos por recordar lo que indicamos en el Capítulo Primero de esta obra, sobre las Empresas de Servicios Transitorios, en cuanto se distinguían por crear relaciones contractuales triangulares, manteniendo una relación directa con sus trabajadores que están a su orden pero sólo para ponerlos a disposición de otra empresa llamada Usuaría. También se señaló que esta actividad contractual realizada por las Empresas de Servicios Transitorios fue la forma de empleo atípico que se desarrolló con mayor rapidez en los países industrializados, particularmente en la Unión Europea en la década de los años noventa, es así como en la mayoría de los Estados Miembros el porcentaje de esta modalidad atípica de contratación se había duplicado, mientras que en Dinamarca, España, Italia y Suecia se había quintuplicado,¹¹³ citando el caso de España que de 1.472.539 nuevos contratos de trabajo que se firmaron en enero de 2006, tuvieron el carácter de transitorios 1.312.800 y sólo 159.739 fueron contratos indefinidos.

Alcanzando además esta forma de contratación un nivel de desarrollo en los países de América, es así como por ejemplo en los Estados Unidos se han realizado varias encuestas para determinar la magnitud de esta externalización de operarios, lográndose establecer una importante información estadística que permite caracterizar y determinar a los trabajadores

¹¹³ Storrie Donald. Le Travail Intérimaire dans l'union Européenne.2002 Fondation europeenne pour l'amélioration des conditions de vie et travail.

suministrados en sus similitudes y diferencias con respecto a los trabajadores con empleos tradicionales^{114 115}.

Apareciendo la necesidad de solucionar y regular los conflictos laborales que esta nueva actividad genera, es por ello que el Director del Centro de Estudios sobre el Mercado del Trabajo Europeo, Donal Storrie y la Directora de Investigación de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, Ola Perrsson, escribieron que “una de las principales cuestiones en todas las formas de trabajo temporal es el aparente conflicto entre la flexibilidad para los empleadores y la estabilidad en el empleo para los trabajadores. Esto puede resolverse parcialmente si la empresa de trabajo temporal ofrece al trabajador un contrato indefinido y misiones de trabajo flexibles en la empresa usuaria¹¹⁶.”

2.1 REQUISITOS LEGALES PARA CONSTITUIRSE Y ACTUAR COMO UNA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

1) ARGENTINA:

La normativa que regula a las Empresas de Servicios Eventuales en Argentina está contenida en los artículos 75 a 80 de la Ley N° 24.013, llamada Ley Nacional Del Empleo, y en el Decreto N° 342/92, que serán objeto de este estudio:

PRIMER REQUISITO: SE DISPONE QUE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS EVENTUALES DEBERÁN ESTAR CONSTITUIDAS EXCLUSIVAMENTE COMO PERSONAS JURÍDICAS.

a) Segundo requisito: y sólo con el único objeto de mediar en la contratación de trabajadores bajo la modalidad de trabajo eventual. Todo esto, según lo prescrito por el artículo 77° de la Ley Nacional de Empleo.

Requisitos que además se encuentran expresamente contemplados en la definición misma que de las Empresas de Servicios Eventuales da el artículo 2° del Decreto N° 342/92,

¹¹⁴ La revista Monthly Labor Review, de octubre de 1986, del Bureau of Labor Estatisties (EEUU).

¹¹⁵ US Department of Labor. Bureau of Labor Statisties.

Contingent and Alternative Employment Arrangements. August. 1995 and February 1997.

¹¹⁶ Storrie, Donal y Perrsson, Ola. La contratación de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal en la Unión Europea 2002.

como toda “entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas – en adelante Usuarías – a personal industrial, administrativo, técnico o profesional, para cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato”.

c) Se establece un tercer requisito por el artículo 14° del Decreto N° 342/92, y es que las Empresas de Servicios Eventuales deben gestionar su habilitación en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con el fin de obtener su inscripción en el registro pertinente.

A su vez, la misma norma señala cuáles son los requisitos para poder obtener la inscripción en el registro que llevará la autoridad:

- a) Incluir en su denominación social la expresión “Empresa de Servicios Eventuales”.
- b) Tener como mínimo un capital social inicial de ciento cuarenta mil pesos.
- c) Agregar los documentos constitutivos y copias de las actas del directorio designando administradores, directores o gerentes, cuando así lo exigiere el tipo social.
- d) Declaración de las áreas geográficas dentro de las que se proveerá trabajadores a las empresas usuarias, así como, informar el domicilio de la sede central, locales, oficinas o sucursales.

Este requisito se ve complementado por lo que dispone el artículo 6 N° 4 del Decreto N° 342/92, al señalar que “el nuevo destino de trabajo que se otorgue al operario por la empresa de servicios eventuales, deberá estar comprendido dentro de un radio de 30 kilómetros del domicilio del trabajador”.

- e) Acreditar las inscripciones impositivas y de seguridad social.
- f) Acreditar la contratación de seguro de vida obligatorio.
- g) Constituir a favor del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social garantías de carácter principal y accesorias. Respecto de este requisito, señalemos que constituyen garantía principal todos los depósitos en caución de efectivo, valores o títulos públicos nacionales equivalentes a cien sueldos básicos del personal administrativo, clase A, del convenio colectivo de trabajo, para empleados de comercio, vigente en la ciudad Autónoma de Buenos Aires por la jornada legal o convencional excluida la antigüedad.

Como garantía accesoria, además del depósito en caución, las empresas de servicios eventuales deberán otorgar, a favor del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, una garantía que se otorgará a elección de la empresa de servicios eventuales, a través de los siguientes medios: valores o títulos públicos nacionales, aval bancario o garantía real a satisfacción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La garantía principal deberá ajustarse antes del 31 de marzo de cada año, a un valor equivalente al cinco por ciento del total de las remuneraciones brutas abonadas por la empresa de servicios eventuales a sus dependientes en el año inmediatamente anterior.

h) Constituir domicilio en la sede de su administración para los efectos legales entre las partes y la autoridad de aplicación.

MODIFICACIÓN A LOS REQUISITOS:

Cualquier cambio o modificación de los requisitos mencionados, así como también la apertura de nuevos locales, oficinas, agencias o sucursales, deberán ser comunicados a la autoridad de aplicación en un lapso de diez días hábiles a su realización.

2) ALEMANIA:

Esta materia está regulada por la Ley de 7 de agosto de 1976, llamada “De Préstamo de Mano de Obra”, la cual ha sufrido varias modificaciones, entre las que destacan las de los años 1986 y abril de 1997.

La legislación alemana establece como requisito esencial para poder constituirse en Empresa de Trabajo Temporal, la necesidad de obtener autorización administrativa de la Oficina Federal del Trabajo, para ello, la ley establece una serie de condiciones que debe cumplir el solicitante para obtener esta concesión:

a) Que posea los medios suficientes para el desempeño de sus funciones.

- b) Que posea el “sentido de la responsabilidad suficiente” para el desarrollo de esta actividad, medido a través del cumplimiento previo de las obligaciones de carácter laborales, fiscales y de seguridad social.
- c) Que disponga de un capital mínimo inicial, calculado sobre el número de trabajadores que tenga la Empresa de Trabajo Temporal.
- d) Además esta empresa deberá estar inscrita en diversos registros fiscales y empresariales.

3) BÉLGICA:

La legislación belga, contenida en la Ley de 24 de julio de 1987 y normas reglamentarias, como también el convenio colectivo de julio 1994, modificado por el convenio colectivo de 25 de junio de 1997, se encargan de regular esta materia exigiendo como requisito para que puedan constituirse en Empresas de Servicios Temporales los siguientes:

- a) Las empresas deberán solicitar la autorización o licencia administrativa para poder funcionar en el mercado laboral.
- b) Deberán adoptar la forma de sociedad mercantil y poseer un capital mínimo fijado por la ley.
- c) Deberán estar inscritas en la Cámara de Comercio y en el Registro Fiscal correspondiente.

4) ESPAÑA:

El ordenamiento jurídico español que regula a las Empresas de Trabajo Temporal, está establecido esencialmente en la Ley N° 14/1994, de 1 de junio de 1994, y en el Real Decreto N° 4/1995, de 13 de enero de 1995.

Parte por definir a las Empresas de Trabajo Temporal como “aquellas cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados”, agregando además “que 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 la ley” (artículo 1° de la Ley N° 14/1994).

Los requisitos legales que deben reunir estas Empresas de Trabajo Temporal para poder constituirse como tales, están contenidos en el artículo 2° de la citada ley, que son:

a) Deberán disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social.

En relación con este requisito, la Ley N° 29/1999, de 16 de julio, en su artículo único, aclaró su sentido, señalando que “se valorará la adecuación y suficiencia de los elementos de la empresa para desarrollar la actividad planteada como objeto de la misma, particularmente en lo que se refiere a la selección de los trabajadores, su formación y las restantes obligaciones laborales”. Luego, “se tendrán en cuenta factores tales como la dimensión, equipamiento y régimen de titularidad de los centros de trabajo, el número, dedicación, cualificación profesional y estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la dirección de la empresa de trabajo temporal, y el sistema organizativo y los procesos tecnológicos utilizados para la selección y formación de los trabajadores contratados para su puesta a disposición en empresas usuarias”.

Además, esta ley estableció un requisito mínimo para poder obtener la concesión de la primera prórroga anual y para mantenerse en lo sucesivo: que la empresa de trabajo temporal cuente con un número mínimo de doce trabajadores contratados para prestar servicios bajo su dirección con contratos estables o de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, por cada mil trabajadores o fracción contratados en el año inmediatamente anterior, computados teniendo en cuenta el número de días totales de puesta a disposición del conjunto de los trabajadores cedidos, dividido por trescientos sesenta y cinco.

b) Otro requisito es que debe dedicarse exclusivamente a la actividad constitutiva de Empresa de Trabajo Temporal.

c) Carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de seguridad social.

d) Garantizar, de forma especial, el cumplimiento de las obligaciones salariales y para con la seguridad social.

Con respecto a este requisito, la garantía a la cual se refiere corresponde a una caución financiera que las empresas de trabajo temporal deberán constituir a disposición de la autoridad laboral que conceda la autorización administrativa, regulada en los artículos 7, 9 y 10 del Real Decreto N° 4/1995, de 13 de enero.

e) No haber sido sancionada con suspensión de actividades en dos o más oportunidades.

f) Incluir en su denominación los términos Empresa de Trabajo Temporal.

Todos estos requisitos legales deben justificarse ante el órgano administrativo competente que es la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de la provincia en que se encuentre el centro de trabajo de la empresa o por el órgano equivalente de las Comunidades Autónomas con competencia de ejecución de la legislación laboral.

También es preciso señalar que la Ley N° 29/1999 dispuso un requisito de validez para la continuidad de la existencia de una Empresa de Trabajo Temporal, el cual es que debe mantener una estructura organizativa que responda a las características que se valoraron para conceder la autorización.

El incumplimiento de este requisito puede implicar que la autoridad laboral que concedió la autorización proceda a iniciar de oficio el procedimiento de extinción total o parcial de la autorización.

5) FRANCIA:

En primer lugar, señalemos que la legislación francesa (Ley de julio 1990), no exige como requisito previo para constituirse como Empresa de Trabajo Temporal, la necesidad de una licencia o autorización administrativa, debiendo, sin embargo comunicarse a la autoridad laboral con la debida antelación el inicio de sus actividades.

Tenemos entonces que los requisitos que se deben cumplir para que estas empresas tengan existencia legal son:

- a) Están obligadas a una declaración previa ante la autoridad administrativa, de conformidad a lo prescrito por el artículo L 312-1 del Código del Trabajo Francés, pero como lo señalamos, no requieren de una autorización previa sino sólo de una comunicación de su existencia.
- b) Esta declaración debe mencionar, según el artículo R 124-1 del mismo Código, las características jurídicas de la empresa, el nombre de sus dirigentes y la naturaleza de sus actividades. Cualquier modificación posterior debe ser puesta en conocimiento de la autoridad administrativa, al igual que todo informe estadístico sobre su actividad de colocación.
- c) Se exige un tipo de forma societaria a la empresa para su constitución.
- d) Se exige asimismo un capital social mínimo.
- e) Por último, la constitución de una garantía dineraria o tipo de caución que deberá hacerse en una institución bancaria o compañía de seguros.

Por su parte, el Código del Trabajo francés define al empresario de trabajo temporal como “toda persona, física o jurídica, para la cual la actividad exclusiva es poner a disposición provisoria de usuarios, asalariados que, en función de una calificación convenida, ella contrata y remunera con este fin” (artículo L 124-1), prohibiéndose, además, toda actividad de trabajo temporal que se ejerza fuera de dicha empresa.

Agrega el artículo L 125-3 que toda operación lucrativa que tenga por objeto exclusivo proporcionar mano de obra está vedada, bajo pena de las sanciones previstas por el artículo L 152-3, si no se efectúan dentro del marco jurídico del Libro 1º, Título II, Capítulo IV sobre Trabajo Temporal, del Código del Trabajo mencionado.

6) IRLANDA:

Se regula esta materia por la ley de 1991, llamada “Employment Agencies Act”, la cual dispone como requisitos:

- a) La necesidad de obtener una licencia administrativa para poder constituirse como una Empresa de Trabajo Temporal, licencia que sin embargo puede ser revocada por la autoridad como sanción por incumplimiento de la legislación laboral.
- b) No se exige la constitución de garantías ni la inscripción en un registro especial.

7) ITALIA:

La legislación italiana, de 24 de junio de 1997, señala como requisitos para poder constituirse como una Empresa de Servicios Temporales los siguientes:

- a) Se precisa de una autorización administrativa para poder constituirse como este tipo de empresa.
- b) Sólo podrán acceder a esta autorización las personas jurídicas societarias, es decir, que sean sociedades de capital o sociedades cooperativas.
- c) Deberán prestar una caución, que estará fijada legalmente para dar garantía a los créditos de sus trabajadores y de la seguridad social.
- d) Además se exige que los empresarios de estas entidades no tengan condena penal por los delitos que la ley italiana enumera.

2.2. SUPUESTOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

1) ARGENTINA:

Los supuestos legales que permiten que una Empresa de Servicios Eventuales pueda poner sus trabajadores a disposición de otra empresa llamada Usuaría, están reguladas en el artículo 3° del Decreto 342/1992, el que dispone:

- a) Para el caso de ausencia de un trabajador permanente, durante el período de ausencia.

- b) Para el caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución del trabajo.
- c) Para el caso de incremento en la actividad de la empresa que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores.
- d) Para el caso de organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones.
- e) Para el caso de un trabajo que requiera ejecución inaplazable para prevenir accidentes, para medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria.
- f) Además, cuando atendiendo a necesidades extraordinarias o transitorias, hayan de cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.

2) ALEMANIA:

La legislación alemana no prevé los supuestos de utilización de las Empresas de Trabajo Temporal, sólo establece una limitación a la duración de las misiones, hasta doce meses, admitiendo prórroga de estas misiones por una sola vez por tres meses tras una interrupción efectiva, con una duración máxima equivalente al 25% de la duración de la misión que se pretende prorrogar. Si se superan los límites máximos legales, el trabajador temporal pasará a considerarse trabajador de la usuaria.

3) BÉLGICA:

La ley belga prevé y enumera los supuestos lícitos bajo los cuales es posible la utilización de las Empresas de Trabajos Temporales:

- a) Para hacer frente a incrementos temporales de la producción en la empresa usuaria.
- b) Para sustituir a un trabajador con derecho a reserva en su puesto de trabajo.
- c) Para un trabajo ocasional.

4) ESPAÑA:

La legislación española estableció también los supuestos de utilización para que se celebre el denominado “Contrato de Puesta a Disposición” entre la empresa de trabajo temporal y la usuaria, a través del cual el trabajador es cedido por la primera para prestar servicios en la segunda, supuestos contemplados en el artículo 6º de la Ley N° 14/1994 que señala lo siguiente:

- a) Para la realización de una obra o servicio determinado cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es de duración incierta.
- b) Para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa.
- c) Para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de su puesto de trabajo.
- d) Para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso selección o promoción.

5) FRANCIA:

El Código de Trabajo francés, en su artículo L 124-2-1, establece que el usuario puede recurrir a los trabajadores proporcionados por las empresas de trabajo temporal, para tareas no durables o misiones, en los supuestos siguientes:

- a) Para el reemplazo de un trabajador en caso de ausencia; de paso provisorio a tiempo parcial concertado por avenimiento en su contrato de trabajo o por intercambio por escrito entre este asalariado y su empleador; de suspensión de su contrato de trabajo; de partida definitiva habiendo precedido la supresión de su puesto de trabajo la cual ha sido objeto de una decisión del comité de la empresa o en su defecto de los delegados del personal, si los hay.
- b) Por crecimiento temporal de la actividad de la empresa.
- c) Para empleos de carácter estacional o para los cuales, en ciertos sectores definidos por decreto o por vía de convención o de acuerdo colectivo amplio, es de uso constante no

recurrir al contrato de duración indeterminada en razón de la naturaleza de la actividad ejercida y del carácter de naturaleza temporal de estos empleos.

d) Para reemplazo de un jefe de empresa artesanal, industrial o comercial; de una persona que ejerce una profesión, de su cónyuge participante efectivamente de la actividad de la empresa a título profesional o habitual, o de un asociado no asalariado de una sociedad civil profesional, de una sociedad civil de recursos o de una sociedad de ejercicio liberal.

e) Para el reemplazo del jefe de una explotación agrícola o de una empresa mencionada en los números 1 a 4 del artículo L 722-1 del Código Rural (como por ejemplo empresas encargadas de explotaciones de cultivos y de ganadería de cualquier naturaleza), de un auxiliar de la familia, de un asociado en la explotación, o de su cónyuge, mencionado en el mismo artículo, siempre que participe efectivamente en la actividad de la empresa o de la explotación agrícola.

Por su parte, el artículo L 124-2-1-1 agrega otras dos situaciones en las cuales es posible la puesta a disposición de un trabajador de una empresa de trabajo temporal:

f) Cuando la misión del trabajo temporal es facilitar el reclutamiento de personas sin empleo que se enfrentan a dificultades sociales, todo ello, por aplicación de disposiciones legislativas o reglamentarias o bien por un acuerdo de un sector laboral amplio.

g) Cuando la empresa de trabajo temporal y el usuario se comprometen por un lapso y en condiciones fijadas por decreto o por acuerdo de un sector laboral amplio a asegurar un complemento de formación profesional al trabajador.

6) IRLANDA:

La legislación irlandesa no contempla ningún supuesto en que es lícita la utilización de los servicios de las Empresas de Trabajo Temporal. Tampoco fija un tiempo máximo de duración para los mismos o para su renovación.

7) ITALIA:

El ordenamiento jurídico italiano establece los supuestos legales para poder utilizar los servicios de las Empresas de Trabajo Temporal, señalando:

- a) En todos aquellos casos previstos en los convenios colectivos nacionales de cada sector, estipulados por los sindicatos más representativos.
- b) En aquellos casos de utilización temporal en funciones no previstas en la organización normal de la empresa.
- c) En aquellos casos de sustitución de los trabajadores ausentes.

2.3 ACTIVIDADES EXCLUIDAS O PROHIBIDAS DEL RÉGIMEN DE EMPLEO TEMPORAL.

1) ARGENTINA:

La norma argentina no explicita las actividades excluidas del régimen de trabajo temporal.

2) ALEMANIA:

El ordenamiento alemán prohíbe en el sector de la construcción la actividad de las Empresas de Trabajo Temporal.

3) BÉLGICA:

Se prohíbe la actuación de las E.T.T. en los sectores de la Administración Pública, de la construcción y del transporte, pudiendo extenderse la prohibición a otros sectores por medio de un “arret royal”.

4) ESPAÑA:

La Ley N° 14/1994 prohíbe la utilización de las E.T.T., por tanto, excluye la celebración de contratos de puesta a disposición entre la empresa de trabajo temporal y la usuaria, en los casos determinados por su artículo 8°:

- a) Para sustituir a trabajadores en huelga de la empresa Usuaria.
- b) Para realizar actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad y salud, se determinen reglamentariamente.

c) Para sustituir a trabajadores despedidos en los doce meses inmediatamente anteriores por causas previstas en los artículos 50, 51 y 52 apartado c), del Estatuto de los Trabajadores (esto es, extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, por despido colectivo o por causas objetivas) o por despidos disciplinarios declarados judicialmente improcedentes o que se hubiere resuelto el contrato de trabajo por incumplimiento grave o culpable del empresario.

d) Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal.

5) FRANCIA:

El ordenamiento francés, en su Código del Trabajo, enuncia las situaciones dentro de las cuales no puede tener lugar un contrato de trabajo temporal, prescritas en su artículo L 124-2-3:

a) Para reemplazar a un trabajador cuyo contrato de trabajo está suspendido como consecuencia de un conflicto colectivo de trabajo.

b) Prohíbe celebrar estos contratos, cuando se trata de realizar trabajos particularmente peligrosos que figuren en una lista establecida por decreto del Ministro del Trabajo o del Ministerio de Agricultura y especialmente para ciertos trabajos que son objeto de una vigilancia médica especial, en el sentido de la reglamentación relativa a la medicina del trabajo.

Pero este decreto fijará igualmente las condiciones por las cuales el Director Departamental del Trabajo y del Empleo pueda excepcionalmente autorizar una derogación de esta prohibición.

c) Se prohíbe también para reemplazar a un médico del trabajo.

6) IRLANDA E ITALIA:

La legislación de Irlanda no establece ninguna prohibición para la actuación de las Empresas de Trabajo Temporal, en ningún sector de la economía.

En cambio, la ley italiana, prohíbe la utilización de las E.T.T. para determinadas situaciones:

- a) Para aquellos trabajos que requieren de una vigilancia médica especial.
- b) Para aquellos trabajos particularmente peligrosos enumerados por el Gobierno, entre los cuales se encuentran los de la construcción y de la agricultura.
- c) También se prohíbe sustituir a los trabajadores que ejerciten legalmente su derecho a huelga.
- d) Se prohíbe utilizarlas además, en aquellas empresas que en los doce meses anteriores hubieran realizados despidos colectivos referidos a las funciones para las que se pretende contratar trabajadores temporales.

2.4 DE LA FORMALIZACIÓN, DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO TEMPORAL Y DE LAS CONDICIONES DEL TRABAJO SUMINISTRADO.

1) ALEMANIA:

Se establece la necesidad de escrituración para los contratos de puesta a disposición celebrados entre las Empresas Usuarias y los de Trabajo Temporal, como así también en los contratos laborales entre estas últimas empresas con sus trabajadores temporales, exigiéndose condiciones mínimas para su formalización.

En cuanto a la duración de los mismos, la ley no impone la celebración de un contrato laboral por tiempo indefinido entre las E.T.T. y sus trabajadores temporales, pudiendo incluso éstos cobrar su salario en aquellos períodos de inactividad entre dos misiones sucesivas. Sin embargo, también se admite la posibilidad de pactar un contrato de duración determinada, siempre que sea por causa de la inactividad del trabajador y que el plazo fijado sea distinto a la duración de las misiones que vaya a desempeñar (se trata de un modelo protector del trabajador temporal, pero que encarece los costos para las E.T.T., repercutiendo sobre sus clientes, por la necesidad de tener que encarecer sus servicios por los períodos no trabajados por sus dependientes).

Con respecto a las condiciones del trabajo y como consecuencia del carácter indefinido del contrato de trabajo, el trabajador temporal tendrá las condiciones laborales y salariales

establecidas para las E.T.T., sin que se equiparen éstas a las de los trabajadores de las Empresas Usuarias, excepto tratándose de las normas sobre Seguridad y Salud Laboral, teniendo incluso el trabajador temporal seguridad social y protección por desempleo.

La ley alemana establece una importante limitación en materia de responsabilidades, al disponer que la Empresa Usuaria no será responsable en caso de insolvencia de las E.T.T. por aquellas obligaciones que estas empresas tengan con sus trabajadores temporales.

Además, la ley prohíbe que se establezcan limitaciones a la posibilidad de que los trabajadores temporales puedan ser contratados por la usuaria al finalizar su misión en ésta.

2) BÉLGICA:

Se establece también que tanto los contratos de puesta a disposición entre las E.T.T. y la Usuaria, como los contratos temporales entre las E.T.T. y sus trabajadores, se formalicen por escrito, exigiéndose por la ley un contenido mínimo.

Aquí los contratos de trabajo tienen una duración definida, determinada por la naturaleza misma del trabajo que se ejecuta, por lo tanto la E.T.T. no tiene la obligación legal de contratar a sus trabajadores por un tiempo indefinido. Sin embargo, la legislación belga dispone que el trabajador temporal tendrá derecho al mismo tratamiento retributivo que los trabajadores de las empresas usuarias, estando protegido tanto en la seguridad social como en el desempleo.

Además, prevé la ley de un fondo especial de garantía para las E.T.T. cuya financiación corresponde a estas últimas, destinado a pagar los salarios de los trabajadores temporales en caso de insolvencia las E.T.T. y a pagar también determinadas indemnizaciones a los trabajadores con un mínimo de misiones prestadas a lo largo del año y en determinadas circunstancias.

3) ESPAÑA:

La Ley Española N° 14/1994, que regula a las Empresas de Trabajo Temporal, precisa que tanto los contratos de puesta a disposición como los contratos de trabajo temporales, deberán formalizarse por escrito, de acuerdo a un modelo oficial entregado por la autoridad, con un contenido mínimo necesario.

Pero respecto a la duración de los contratos de trabajo, la ley no obliga a las E.T.T. a contratar al trabajador temporal por tiempo indefinido, sino a contratarlo transitoriamente coincidiendo su duración con la misión que debe realizar en la Empresa Usuaria.

Consecuencia de lo anterior, es que el trabajador temporal no está legalmente equiparado retributivamente al trabajador de la Empresa Usuaria, pero sí en las restantes condiciones de trabajo, haciendo subsidiariamente responsable a la Usuaria por este trabajador temporal, mientras dure la vigencia del contrato de puesta a disposición.

Se establece además el derecho para el trabajador temporal a una indemnización a la finalización de su contrato, equivalente a doce días de salario por cada año de servicios o a la parte proporcional correspondiente, sin perjuicio que al finalizar su misión en la empresa usuaria pueda ser contratado por ésta.

4) FRANCIA, IRLANDA E ITALIA:

La legislación italiana y la francesa disponen la escrituración tanto para el contrato de puesta a disposición entre la E.T.T. y la usuaria, como de los contratos laborales entre la E.T.T. y sus trabajadores temporales.

Es más, la legislación laboral francesa que distingue entre el contrato de duración determinada o “contrat à durée déterminée” y el contrato de trabajo temporal o “contrat temporaire”, establece la escrituración para ambos tipos de contratos, disponiéndose en la práctica las mismas condiciones para ambos y que sólo se diferencian en que en este último participan tres sujetos, el trabajador, las empresas usuarias y la de servicios transitorios.

En cambio, la legislación irlandesa no exige forma escrita alguna para los contratos de esta naturaleza, al igual que la legislación de Gran Bretaña¹¹⁷; teniendo sin embargo en común estos tres ordenamientos jurídicos, que la ley no obliga a las E.T.T. a contratar al trabajador temporal por tiempo indefinido, sino a contratarlo temporalmente de acuerdo con la duración misma de los trabajos que deben realizar ante la usuaria.

Con respecto a las condiciones de trabajo de los operarios temporales, en Francia se equiparan a las de los trabajadores de las Empresas Usuarias, incluyendo las condiciones salariales, teniendo incluso aplicación a estos empleados transitorios todo convenio colectivo que tenga la empresa usuaria.

En Italia sucede algo similar, en donde la ley expresamente establece la equiparación de las condiciones retributivas y de trabajo de los trabajadores temporales con los trabajadores de la usuaria, empresa que además responderá solidariamente de las obligaciones de carácter retributivas como de seguridad social que tenga la E.T.T. con su trabajador cedido, en caso de insolvencia de ésta.

Además, en Francia se le reconoce el derecho a una indemnización por término de contrato para compensar su precariedad en el empleo, cuya cuantía varía en función de la duración de la misión y del salario que tenga, sin que pueda ser inferior a un 10% o 15% de la retribución bruta del trabajador.

En cambio, en Irlanda la ley sólo establece que estos trabajadores temporales tendrán el mismo nivel de protección respecto del sistema de seguridad social y del desempleo que los trabajadores comunes, pero nada se dice en cuanto a las demás condiciones de trabajo, observándose una situación de precariedad en el empleo para los operarios suministrados. Lo que también se aprecia en otras legislaciones como por ejemplo en los Estado Unidos, donde se ven enormes y sistemáticas diferencias salariales, así como el hecho de que estos

¹¹⁷ Gran Bretaña, Employment Agencies ÁCT. Of 1973, (complementada por diversas normas reglamentarias de 1976 y 1978).

trabajadores tienen una deficiente protección en materia de salud y de pensiones en relación al empleado permanente, configurándose así una situación de discriminación hacia los jóvenes, mujeres, negros y latinos, como se registró en los encuestas norteamericanas, que aún cuando estos trabajadores suministrados tengan jornada completa, ganan apenas un 64,5% de lo que ganan los trabajadores en empleos permanentes¹¹⁸.

2.5 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y SUBSIDIARIA ENTRE LAS E.T.T. Y LAS EMPRESAS USUARIA:

1) ARGENTINA:

Esta materia está regulada fundamentalmente en la Ley N° 20.744, de 1976, sobre Contrato de Trabajo, en sus artículo 29 y 29 bis, que disponen lo siguiente:

El artículo 29 señala que “los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios, responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de seguridad social.

Los trabajadores contratados por Empresas de Servicios Eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la ley y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleos, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente, continuo o discontinuo, con dichas empresas”.

Es decir, al tenor de este artículo, se establece que las Empresas de Servicios Eventuales y la Usuaría responderán solidariamente de todas aquellas obligaciones que surjan de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social, porque el trabajador suministrado es considerado como dependiente directo de la usuaria,

¹¹⁸ Hipple Steven. Contingent work: results from the second survey. Monthly Labor Review Noviembre 1998.

mientras presta sus servicios en esta empresa, pero sin que pierda su dependencia permanente, continua o discontinua, con su Empresa de Servicios Eventuales, con la cual tiene suscrito el contrato de trabajo.

Lo anterior se ve complementado por el artículo 29 bis, que faculta para que la empresa usuaria retenga del pago de las facturas emitidas con cargo a él, por la Empresa de Servicios Eventuales, aquella parte que corresponda a los aportes y contribuciones para los organismos de la seguridad social, en razón de ser solidariamente responsable con la E.S.E. por todas aquellas obligaciones laborales del trabajador suministrado y las deposite oportunamente. Señalando además dicho precepto que el empleado contratado a través de una E.S.E. estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el sindicato y beneficiado por la obra social de la actividad y categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria.

2) ESPAÑA:

La legislación española también establece una responsabilidad para la usuaria, pero de carácter subsidiaria, para responder de todas aquellas obligaciones salariales y de seguridad social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.

Disponiéndose, sin embargo, que esta responsabilidad será solidaria cuando dicho contrato haya infringido los “supuestos de utilización y las exclusiones” establecidas legalmente, todo esto según lo señala el número 3 del artículo 16° de la Ley N° 14/1994.

3) FRANCIA:

El ordenamiento francés establece una responsabilidad de carácter subsidiaria para la empresa usuaria, en el caso de insuficiencia de la llamada “garantía financiera”, que está obligado a justificar la Empresa de Trabajo Temporal para asegurar así el pago de todas aquellas obligaciones respecto de sus trabajadores suministrados y que dicen relación con sus remuneraciones, accesorios, indemnizaciones que correspondan y de las cotizaciones obligatorias debidas a los organismos de seguridad social o a instituciones sociales.

Responsabilidad que está establecida por el artículo L 124-8 del Código de Trabajo, en cuya virtud el usuario sustituye al empresario de trabajo temporal en el pago de las sumas que les son debidas a sus trabajadores y a los organismos de seguridad social, pero sólo durante la misión cumplida en la empresa usuaria.

La empresa usuaria que ha pagado subsidiariamente estas obligaciones debidas, se subroga en todos los derechos de los trabajadores suministrados, así como de todos los organismos de seguridad social pagados, en contra de la Empresa de Trabajo Temporal.

Correspondiéndole al operario suministrado, al organismo de seguridad social, al mandatario judicial o al liquidador, dar aviso a la empresa usuaria sobre la insuficiencia de la caución prestada por la empresa suministradora, enviándole para ello una demanda de pago por las sumas que resten debidas, debiendo ser pagadas en el plazo de diez días siguientes a la notificación, según dispone el artículo R 124-22.

CAPITULO SEXTO

SISTEMATIZACION DE LOS INCONVENIENTES, VACIOS Y APORTES QUE PRESENTA LA LEY N° 20.123. PLANTEAMIENTO DE ALGUNAS SOLUCIONES SOBRE EL TEMA.

En este capítulo final, con el objeto de facilitar una mejor comprensión de esta ley y de sus efectos, se pretende hacer una sistematización de todo lo tratado en los capítulos tercero y cuarto, pero ahora analizando particularmente aquellos inconvenientes o vacíos que esta nueva legislación laboral presenta y tratando de ofrecer soluciones a dichos problemas, dejando también planteada la interrogante al lector para futuras discusiones doctrinarias o jurisprudenciales que se puedan originar; pero cabe señalar que ello no significa dejar de mencionar los aportes que ha importado para el ordenamiento laboral la dictación de esta nueva normativa.

1. INTRODUCCION AL TEMA

Habiendo realizado un estudio pormenorizado de cada uno de los artículos que integran esta nueva ley, tanto desde el punto de vista de su discusión parlamentaria como de todos los antecedentes de hecho como de derecho que se tuvieron presente en su formación, ahora podemos precisar en forma sistemática la existencia de una serie de inconvenientes y de algunos vacíos conceptuales que podrían en un futuro cercano generar conflictos entre las partes de la relación laboral y que deberán necesariamente ser objeto de una solución judicial.

Así, una de las mayores aprehensiones podría encontrarse en el hecho de que esta normativa, en vez de venir a regular una situación que ya existía en el mercado laboral, venga sin embargo a limitar uno de los principios básicos con que actúa la empresa de hoy frente a un mercado globalizado y esencialmente cambiante, como lo es el principio de la flexibilidad laboral, pudiendo incluso llegar a un encarecimiento de los costos de la producción al regular la externalización de la mano de obra, a cargo de empresas

suministradoras que deben reunir una serie de requisitos y condiciones que podrían hacer desaparecer a las pequeñas empresas que desarrollan este rubro, sustituyéndolas por un menor número de empresas con una mayor capacidad económica para poder cumplir con los requerimientos legales, lo que podría llegar a limitar o monopolizar en unas cuantas empresas la actividad del suministro de trabajadores, influyendo de este modo en los costos de producción de las empresas, particularmente de las pequeñas y medianas empresas, al encarecer la externalización de la mano de obra.

Peor aún, podrían producirse situaciones en que los trabajadores subcontractados o suministrados quisieran hacer valer derechos colectivos adquiridos por los trabajadores permanentes de la empresa principal o de la usuaria en su negociación colectiva, es decir, hacer extensiva esta negociación a ellos, lo que hoy en día estaría al margen de la legalidad, sin embargo es fácticamente posible, como ya se ha visto en los conflictos laborales de la gran minería. O bien, que negociando colectivamente con su empleador directo, quieran hacer responsable del cumplimiento de sus derechos a la empresa principal o usuaria.

Sin embargo, no todo es objeto de críticas a esta ley, ya que también presenta grandes ventajas, siendo la principal de ellas que viene a regular situaciones que de hecho ya existían en el mercado laboral y que tenían una precaria protección legal basada en dos artículos del Código del Trabajo, hoy derogados (artículo 64 y 64 bis) y a normar contratos atípicos como son la subcontratación y el suministro, poniéndose así nuestra legislación al nivel de la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, particularmente europeos y norteamericanos.

Particularmente, la Ley N° 20.123 otorga una mayor protección al trabajador subcontractado y suministrado, al establecer responsabilidades para las empresas principales y usuarias en lo relativo a sus derechos laborales y previsionales.

Además, aparece una facultad preventiva de fiscalización que tendrán las empresas principales respecto del cumplimiento por parte de los contratistas y subcontratistas de las

obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores, cuando estas empresas hagan efectivo su derecho a ser informada, lo que se verificará y acreditará a través de los respectivos certificados emitidos por la Dirección del Trabajo. Adicionalmente, le va a otorgar una mayor facultad de fiscalización a este organismo del Trabajo.

Todo lo que hemos señalado en esta introducción se desarrollará brevemente en las páginas siguientes, recordando que sólo se pretende indicar cuáles son los puntos más conflictivos de esta nueva ley y lograr así motivar la discusión sobre el tema.

2. DE LOS INCONVENIENTES, PROBLEMAS O VACIOS QUE PRESENTA ESTA LEY.

2.1 Un primer problema que advertimos en la Ley N° 20.123 se presenta en el artículo 183-B, que si bien establece novedosamente una responsabilidad de carácter solidaria en materia de subcontratación para la empresa principal, respecto de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, pero que sin embargo no precisa el contenido de lo que debe entenderse por dichas obligaciones.

Al igual que la legislación anterior, contenida en el artículo 64 del Código del Trabajo, hoy derogado, que regulaba básicamente esta materia, tampoco el legislador precisaba lo que debía entenderse por obligaciones laborales y previsionales, por lo cual tenía que acudir a la interpretación que realizaba la jurisprudencia administrativa y la de los Tribunales de Justicia, todo lo cual resulta plenamente válido para este nuevo artículo 183-B.

Así, entendemos por obligaciones laborales de dar, de que resulta la responsabilidad solidaria que le asiste a la empresa principal y al contratista, como todas aquellas propias de la prestación de servicios de los trabajadores del

contratista empleados en la ejecución de la obra, empresa o faena, derivadas de la relación contractual individual o colectiva de trabajo o del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, que consistan en el pago de una suma de dinero.

Por su parte, respecto del contenido de las obligaciones previsionales de dar, podemos señalar que constituyen tales prestaciones todas aquellas relacionadas con el integro o declaración de las cotizaciones de seguridad social, así como aquellas derivadas de la prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales respecto de los mismos trabajadores.

Recordemos al respecto el fallo de la Corte Suprema, Rol N° 2.199-2004, de 25 de agosto de 2005, que establece que “si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, entonces deben entenderse en sentido amplio e incluir en ella los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente, es decir, legal, contractual e incluso nacidas de la aplicación práctica que se haya consentido por las partes...”.

Concluimos que efectuando un análisis de la evolución de la jurisprudencia, así como de la interpretación que hace la Dirección del Trabajo, cuando el legislador no ha definido el contenido de las obligaciones laborales y previsionales, éstas han sido tomadas en un sentido amplio por estos órganos de jurisdicción.

Es por este motivo que el legislador de la Ley N° 20.123 estableció una limitación a este alcance amplio, al disponer que estas prestaciones debían ser sólo de una naturaleza de dar, excluyendo así a las obligaciones de hacer. Encontrando aquí otra dificultad que presenta la norma en lo relativo a las obligaciones previsionales en que debemos efectuar el siguiente alcance: que tratándose de las obligaciones de

prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, éstas son de naturaleza de hacer, luego, la responsabilidad solidaria de la empresa principal a la que alude el citado artículo 183-B, sólo alcanzaría al pago de las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores del contratista (por ser éstas obligaciones de dar).

Sin embargo, esta conclusión no significa que la empresa principal no sea responsable en materia de higiene y seguridad respecto de los trabajadores subcontratados, sino que también está obligada a adoptar todas aquellas medidas necesarias para proteger la vida y salud de todos los trabajadores que presten servicios en su empresa, obra o faena, cualquiera sea su dependencia, sólo que esta responsabilidad será directa y no solidaria, ello en virtud del artículo 183-E del Código del Trabajo y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66° de la Ley N° 16.744 y el artículo 3° del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.

- 2.2 Un segundo inconveniente que apreciamos respecto del artículo 183-B, es que presenta la misma dificultad anterior, pero ahora respecto al contenido de lo que debe entenderse por “indemnizaciones por término de contrato”, de cuyo pago también es responsable solidariamente la empresa principal respecto de los trabajadores del contratista.

En primer lugar y de acuerdo al tenor expreso de la ley, se excluyen de esta responsabilidad solidaria aquellas indemnizaciones convencionales, procediendo así sólo las legales.

En segundo lugar, estimamos que el contenido de estas indemnizaciones se refiere sólo a aquellas que corresponde pagar cuando se pone término al contrato de trabajo, basado en las causales de necesidad de la empresa, establecimiento o

servicio, o por desahucio escrito del empleador, es decir, las contenidas en el artículo 161 del Código del Trabajo. Luego, su alcance corresponderá a las indemnizaciones por años de servicio y a la sustitutiva del aviso previo, cuando proceda, abarcando además aquellas en que se declare vía judicial, la terminación del contrato de trabajo, como injustificada, indebida o improcedente, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 168 del Código del Trabajo.

- 2.3 Otra cuestión interesante sobre este artículo 183-B y que creemos oportuno hacer presente, es que sus incisos 3° y 4° presentan una inadecuada redacción, que podría dar lugar a una interpretación controvertida.

El inciso tercero señala 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 cuarto”, el cual a su vez dispone que “el trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este párrafo”.

Señalemos primeramente que el sentido natural y obvio de estos incisos es establecer también una responsabilidad de carácter solidaria para la empresa principal, respecto de todas las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los trabajadores de su subcontratista, cuando éste no cumpla con dichas prestaciones.

Estimamos que es éste el verdadero alcance que debemos darle al mencionado inciso tercero, en lo que se refiere a la responsabilidad de la empresa principal respecto de dichas obligaciones; por lo demás, al acudir a los elementos de interpretación de la ley, es posible atender a la intención o espíritu claramente manifestado en ella misma, o bien, a la historia fidedigna de su establecimiento, y es precisamente que la intención del legislador de la Ley N° 20.123 fue crear una

responsabilidad de carácter solidario en toda la cadena o serie de contrataciones, con el único propósito de evitar las llamadas triangulaciones entre las partes, tendientes a eludir las responsabilidades laborales y previsionales para con sus trabajadores.

Argumento que se ve reforzado por el artículo 183 –D del Código del Trabajo, que le otorga la posibilidad a la empresa principal de responder, no ya solidaria, sino subsidiariamente respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los trabajadores de sus contratistas o subcontratistas, cuando hiciera efectivos sus derechos a ser informada y de retención que la ley le otorga. En consecuencia, si esta norma le señala expresamente una responsabilidad subsidiaria a la empresa principal que ejecute estos derechos, significa que la regla será la solidaridad para esta empresa, cuando se trate de tales obligaciones, y no haga uso de dichas facultades.

Pero, la inadecuada redacción del inciso tercero del citado artículo podría llevarnos a una interpretación que contradice el argumento anterior, es decir, sostener que la responsabilidad de la empresa principal por dichas obligaciones cuando afecten a los trabajadores del subcontratista es de carácter subsidiario, al decir que la empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas “cuando no pudiese hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso cuarto”, porque podría interpretarse que el trabajador del subcontratista, para poder hacer valer sus derechos, debería demandar en primer lugar a su empleador directo (el subcontratista) y solidariamente al contratista, y al no poder hacer efectivas estas responsabilidades, deberá entonces demandar a la empresa principal, la que en tal caso responderá de iguales obligaciones.

Básicamente, por ser la solidaridad una de las responsabilidades de mayor gravitación jurídica y una de las mejores cauciones personales que puede tener el acreedor de una obligación, por ello es que se exige como requisito de ésta, un texto

expreso de ley o una expresa declaración de voluntad que la establezca, así aparece determinado en el artículo 1511 del Código Civil y es precisamente lo que no ocurre en el citado inciso tercero, el cual se encuentra confusamente redactado.

Queda planteada esta interrogante, aunque adelantamos que no adherimos a ella, por ser partidarios del primer argumento señalado, pero sin embargo, es observable que dichos incisos no presentan una redacción precisa, lo que podría dar lugar a una controversia ante los Tribunales de Justicia, frente a una defensa judicial antojadiza, pero necesaria a los intereses del cliente.

- 2.4 Otra dificultad que apreciamos se presenta en el artículo 183-AE, que consagra el derecho al fuero maternal que gozan las trabajadoras suministradas, precisando que esta facultad cesará de pleno derecho al finalizar sus servicios en la usuaria.

Surgiendo así la interrogante de por qué esta facultad esencial de las operarias de gozar del fuero maternal, sólo se mantiene hasta la duración de los trabajos ante la usuaria, que es quien tiene la facultad de dirigir y organizar los servicios de dichas trabajadoras, sin embargo, no se tomó en consideración la duración de la relación contractual con la empresa de servicios transitorios, que legal y laboralmente es su empleador y que por lo demás sería de una mayor duración que ante la usuaria.

Otra duda surgiría de la situación que podría darse si una trabajadora suministrada prestara servicios ante dos o más usuarias, con diferentes plazos de duración de los mismos, como expresamente lo permite la ley al definir en su artículo 183-F, letra c), al trabajador suministrado, señalando que es todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una EST para ser puesto a disposición “de una o más usuarias” de aquélla. Luego, debería entenderse que finalizada la prestación de los servicios con la primera usuaria, cesaría de inmediato y de pleno derecho el fuero maternal también respecto de todas las demás usuarias, o bien podría sostenerse que debería esperarse la terminación de los servicios ante la última de las usuarias para

que así cesara dicho fuero. Pensamos que esta última opinión sería la correcta, toda vez que se desprende del citado artículo que este fuero se extingue al momento de concluir los trabajos para con la respectiva usuaria, luego, para la situación que la trabajadora preste servicios en más de una usuaria, esta facultad cesaría en cada una de ellas llegado el plazo de finalización de su servicio en las mismas, es decir, en la práctica, este derecho estaría vigente hasta la conclusión de sus labores en la última de las usuarias cuyo período de trabajo fuere mayor a las demás, pero sería imposible que esta prerrogativa sobreviviera a un tiempo mayor debido a la naturaleza misma que tiene el contrato de puesta a disposición del trabajador, que es esencialmente transitorio.

Creemos que el legislador habría logrado una mejor y más efectiva protección de dicho derecho, de haberse establecido como oportunidad de cese del mismo, cuando la trabajadora hubiere terminado su relación contractual con la respectiva empresa de servicios transitorios.

- 2.5 Por otra parte, tampoco esta ley determina el alcance de la expresión “otro instrumento de similar liquidez”, que junto con la boleta de garantía, deben constituir la llamada “garantía permanente” -que es uno de los requisitos de existencia para el funcionamiento de una Empresa de Servicios Transitorios-, tomada a nombre de la Dirección del Trabajo, para responder preferentemente de las obligaciones legales y contractuales de la empresa para con sus trabajadores transitorios (artículo 183-J).

Señalemos que aún cuando el legislador no precisó el concepto de “boleta de garantía”, no es menos cierto que dicho término e instrumento se encuentra definido por el mercado financiero. Por lo demás, la propia Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en su Circular N° 3.195, de octubre de 2002, señaló que la boleta de garantía es una caución que constituye un Banco a petición de su cliente, llamado “el tomador”, a favor de otra persona, llamada “el

beneficiario”, que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero, a favor del beneficiario. Es decir, este instrumento se constituye por un Banco, a petición de su cliente, previo depósito de una suma de dinero, o bien, con cargo a un crédito otorgado al tomador.

En relación a las características de esta boleta de garantía, tenemos que debe ser pagada por el Banco al solo requerimiento del beneficiario; que esta obligación de pago para el Banco no puede estar sujeta a condición alguna; y por último, que debe tratarse de una caución fácilmente transformable en dinero efectivo.

Por todo lo mencionado anteriormente, creemos que el espíritu del legislador respecto a lo que debe entenderse por “otro instrumento de similar liquidez”, ha sido que se comprenda en él a todo medio existente en el sistema financiero, susceptible de ser inmediatamente transformable o constituirse en dinero en efectivo, por cualquier sujeto, al igual como lo es la boleta de garantía.

Por lo demás, así se desprende del Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, que tuvo a cargo la discusión del proyecto que dio origen a la Ley N° 20.123, donde se estimó importante que la garantía se constituyese no sólo mediante una boleta de garantía, sino también por medio de un depósito u otro instrumento similar a los disponibles en el mercado financiero, con el objeto de resguardar debidamente los derechos de los trabajadores y la fe pública, exigiéndose para ello la constitución de esta garantía de “liquidez inmediata” al inicio del funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios (Boletín N° 2.943-13).

Corroborando lo que hemos expresado, la Dirección del Trabajo se ha manifestado en igual sentido a través del Dictamen N° 4.786/090, de 2 de noviembre de 2006, al considerar que ése es el sentido que debe darse al artículo 183-J.

2.6 Otro vacío que presenta la ley se encuentra en el artículo 183-O.

Dicho artículo se encarga de precisar la duración que tendrán los contratos de puesta a disposición de los trabajadores transitorios, dependiendo ello de las circunstancias que originen dicha contratación, las que se enumeran en seis letras del artículo 183-Ñ, todas las cuales señalan un plazo de duración para la contratación.

Sin embargo, el legislador no señaló plazo alguno de duración de los contratos de los trabajadores suministrados, cuando la causal invocada sea la de la letra f) del artículo 183-Ñ, esto es, cuando se trate de trabajos urgentes, precisos e impostergables, que requieren una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria.

Creemos que este vacío que presenta la Ley N° 20.123 podría prestarse para abusos, permitiendo las llamadas “malas prácticas laborales”, ya que esta causal referida a los trabajos urgentes, precisos e impostergables de la letra f) del artículo 183-Ñ, al no señalar un plazo de duración para el contrato de puesta a disposición, daría lugar a una permanencia mayor de lo que pretendía el legislador respecto a este contrato, esencialmente transitorio, pudiendo llegar a transformarse en la causal de mayor utilización por las empresas.

Sin embargo, estimamos que una adecuada interpretación para determinar el plazo de duración estaría dada por la naturaleza misma de dicha causal, toda vez que se trataría de situaciones puntuales que requieren una ejecución inmediata, es decir, la naturaleza misma de los trabajos (urgentes, precisos e impostergables) son los que determinarían la duración de este tipo de contrato, el cual jamás podría superar en el tiempo a la conclusión de los mismos, lo que es fácilmente fiscalizable en el lugar de ocurrencia de los hechos.

Por lo demás, no debemos olvidar que en la propia definición del contrato de puesta a disposición de los trabajadores suministrados se establecen una serie de requisitos constitutivos de dicho contrato, entre los cuales está que se debe indicar la causal invocada para la contratación de los servicios transitorios y la duración de los mismos, es decir, antes que el trabajador suministrado preste sus servicios, debe indicarse la duración de éstos. De este modo, se puede concluir que esta causal de la letra f) tendría un plazo tácito determinado por la naturaleza misma de los trabajos, debiendo constar la duración de los mismos en el contrato de puesta a disposición, lo cual sería una buena solución frente a este vacío legal.

- 2.7 Se origina la aprehensión de algunos sujetos de la relación laboral en torno a si esta normativa puede llegar a producir una limitación al principio de la flexibilidad laboral, y con ello un encarecimiento en los costos de la producción de las empresas.

Señalemos que el principio de la flexibilidad laboral consiste, básicamente, en la elasticidad que puede tener una empresa para contratar en forma transitoria trabajadores por un tiempo determinado, como por ejemplo, cuando experimenta extraordinariamente un aumento de la demanda del mercado por un determinado bien de su producción, necesitando entonces de una mayor cantidad de trabajadores que los permanentes de la empresa, acudiendo así a la figura del suministro transitorio de trabajadores, o bien, cuando desea externalizar actividades de la empresa que no están dentro del núcleo principal de su actividad, entonces ahí acude a la subcontratación con otra empresa que realizará dicha actividad, incluso a un costo menor que si la realizara la empresa principal.

Sin embargo, estas dos figuras laborales, cuya finalidad es estimular el rendimiento de la Empresa Principal o Usuaria -flexibilizando la contratación de mano de obra- y hacerla más eficiente en términos de producción y competitividad, se verán limitadas, por ejemplo, al regular y establecer formalmente a la Empresas de Servicios Transitorios, ello porque esencialmente se tenderá a la formación de

Empresas de Servicios Transitorios de gran tamaño, pudiendo incluso aparecer figuras de conglomerados de unidades económicas, o bien, aparecer la temida figura del monopolio o concentración de estas actividades en unas pocas empresas, desapareciendo aquellas de menor tamaño que se dedicaban a este rubro del suministro de trabajadores, ya que al disponer la ley la constitución de una garantía de 250 UF que queda a disposición de la Dirección del Trabajo, que se trataría de un requisito de existencia y funcionamiento para estas empresas, lo que implica en la práctica que ellas parten con un activo inmovilizado, luego, qué sucede con aquellas que tengan menos de 100 trabajadores, por ejemplo, pensemos en una empresa pequeña de aseo o tecnológica de 20 personas, igualmente deberán otorgar esta garantía, limitando fuertemente su capacidad económica, pudiendo incluso aumentar su endeudamiento o pasivo para poder cumplir con este requisito.

En segundo lugar, se presenta otra limitación al disponer la ley que estas E.S.T. tengan por objeto social exclusivo suministrar trabajadores, como lo señala el concepto de E.S.T. del artículo 183-F letra a). Decimos que se trataría de otra limitación porque dejaría fuera del trabajo suministrado, por ejemplo, aquellos centros educacionales o de capacitación que por su naturaleza han demostrado ser aptos para poner personal suministrado a disposición de las Usuarías, por citar algunos de ellos, tenemos el caso de Manpower.

Todo esto, sin duda que va a restringir el principio de la flexibilidad laboral, ya que como lo señalamos, las pequeñas empresas suministradoras tenderán a desaparecer, quedando sólo las de mayor capital o las que se encuentren agrupadas en grandes entidades económicas, desapareciendo con ello también una oferta variada, requisito esencial de un mercado sano, y con ello la libre elección que tenía el usuario se verá también menoscabada, sobre todo en relación al precio que tendrá que pagar por tales servicios, que podría no estar regulado por la libre fluctuación de la oferta y demanda, sino sólo determinado por las E.S.T.

Aún cuando existen otras normas que según la Cámara Nacional de Comercio son también limitativas del principio de la flexibilidad laboral de las empresas principales o usuarias, como lo son por ejemplo el establecimiento de una responsabilidad solidaria, respecto de todas aquellas obligaciones laborales y previsionales de dar de los trabajadores del contratista y subcontratista que laboren para estas empresas; además del establecimiento de responsabilidades directas, como la que establece el artículo 183-A, inciso final, que llega incluso a considerar a la usuaria como empleador directo del trabajador suministrado cuando se den los supuestos del artículo 183-N. Sin embargo, pensamos que todas estas disposiciones guardan armonía con la legislación comparada de muchos países desarrollados que ya regularon el trabajo suministrado y subcontratado y cuyo crecimiento económico ha seguido desarrollándose sin verse por ello afectado.

También creemos que efectivamente se tenderá a producir un ajuste en los costos de producción para todas las empresas, tanto principal, usuaria, contratista como subcontratista, por cuanto al regular estas actividades que de hecho existían en el mercado laboral, se establecen una serie de requisitos, condiciones, responsabilidades y sanciones, etc..., que necesariamente elevarán los costos operacionales de estas empresas. Todo ello podría llevar a algunas de estas empresas, emulando al sector público, salirse de la legislación laboral para ingresar a una de carácter civil o comercial en lo referente a la contratación de mano de obra, pudiendo incluso llegar a la masificación de algunos contratos civiles, por citar a uno de los más usados en la administración pública -recordando eso sí que en esta Administración prima el Estatuto Administrativo-, el contrato a honorarios, que podría transformarse en un contrato de aplicación general para muchos trabajadores, lo que podría reducir notablemente los costos y responsabilidades para el empleador, dejando ciertamente al trabajador en una situación vulnerable y llevando necesariamente a la precarización del empleo, que es lo que justamente el legislador de la Ley N° 20.123 pretendió evitar.

Resulta interesante destacar en este punto cómo se ve poco a poco una intromisión del derecho civil o comercial en materia laboral, particularmente a través de contratos que suelen a veces llamarse innominados, pero que presentan rasgos o características propias de ordenamientos civiles o comerciales, lo que ha sido justamente la aprehensión de lagunos catedráticos del Departamento del Trabajo de la Universidad de Chile, que ven cómo en los últimos tiempos figuras propias del derecho civil, como el ya citado contrato a honorarios, ha ido ganando terreno en materia de contrataciones laborales, donde no obstante existir en los hechos casi todos los requisitos de los artículos 8º, 9º y 10º del Código del Trabajo, el operario queda regido por un estatuto civil, donde no tiene más derechos o garantías que los acordados con su empleador, plasmados en su respectivo contrato a honorarios.

3. DE LOS APORTES QUE PRESENTA LA LEY N° 20.123.

Creemos que esta ley, y no obstante lo anteriormente señalado, es un aporte en general para nuestra legislación laboral, toda vez que viene a regular y sistematizar situaciones que de hecho ya existían en el mercado del trabajo, así como de ciertos contratos de carácter atípicos que ahora quedarán normados, como ocurre con la subcontratación y el suministro de trabajadores.

Desde un punto de vista particular, podemos destacar los siguientes aspectos novedosos de esta ley:

- 3.1 Con la finalidad esencial de proteger las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores del contratista y subcontratista que prestan servicios para una empresa principal, se establece una responsabilidad de carácter solidaria para esta última empresa, asegurando así el cumplimiento de estas obligaciones.
- 3.2 Se crea indirectamente un rol fiscalizador preventivo para las empresas principales respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales y

previsionales de los trabajadores del contratista y subcontratista que le prestan servicios, mediante el ejercicio de su derecho a ser informada por estos empleadores a través de la acreditación del cumplimiento de dichas obligaciones mediante certificados emitidos por la Dirección del Trabajo o por otros medios idóneos; derecho de información que junto con el de retención, harán variar la responsabilidad de las empresas principales de solidaria a subsidiaria.

- 3.3 Además se establece una responsabilidad directa para la empresa principal respecto del cumplimiento de las normas de higiene y seguridad para los trabajadores que se encuentren dentro de su recinto o establecimiento, cualquiera sea el grado de dependencia.
- 3.4 Se crean causales legales por las cuales procederá el trabajo suministrado, no quedando ya entregado al arbitrio de las empresas usuarias, evitándose con ello la precarización del empleo, creándose a su vez una serie de supuestos bajo los cuales es improcedente esta clase de trabajo.
- 3.5 Se dispone además la creación de un registro especial y público, llevado por la Dirección del Trabajo, donde deberán inscribirse todas las E.S.T. para poder funcionar como tales.
- 3.6 Desde el punto de vista de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores suministrados, se dispone la constitución de una garantía económica permanente a nombre de la Dirección del Trabajo por parte de las E.S.T., con la finalidad preferente de responder del cumplimiento de estas obligaciones, garantía que va a constituir un verdadero requisito de ingreso al mercado de trabajo suministrado para estas empresas, requisito que como lo analizamos en la primera parte de este trabajo, ha sido fuertemente criticado desde el punto de vista de la empresa suministradora.

- 3.7 Además, esta ley le otorga un mayor rol de fiscalización, así como de facultades, a la Dirección del Trabajo, respecto de estas materias. Por citar un ejemplo, tenemos que el Director de este órgano podrá, por resolución fundada, ordenar la cancelación del registro especial y público de toda empresa de servicio transitorio que no cumpla con las exigencias que la ley prevé. Otro ejemplo, es que le corresponde a las Inspecciones del Trabajo, la emisión de los certificados que acrediten el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores del contratista y subcontratista, etc... Recordemos en este punto la Circular N° 148, de 29 de diciembre de 2006, de la Dirección del Trabajo, que establece el procedimiento para solicitar y emitir certificados de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales y del certificado de antecedentes laborales y previsionales.
- 3.8 Por último, se establece, entre otras sanciones, para la usuaria que no cumpla con las normas del trabajo suministrado, que el trabajador transitorio puesto a su disposición es dependiente directo de ella. La misma sanción se dispone para la empresa principal que no cumpla con los requisitos del trabajo en régimen de subcontratación, considerándola empleadora directa respecto de los trabajadores subcontratados.

CONCLUSIONES

Con esta investigación hemos procurado realizar un estudio completo de la nueva Ley que Regula el Trabajo en Régimen de Subcontratación y del Suministro de Trabajadores por Empresas de Servicios Transitorios, lo que se ha procurado realizar a través de un profundo análisis de todos los antecedentes de hecho y de derecho que le dieron origen, así como de sus fundamentos, de su tramitación y discusión a nivel parlamentario, efectuando posteriormente un estudio pormenorizado de cada uno de sus artículos, para concluir así que esta nueva normativa presenta una serie de ventajas y desventajas.

Dentro de las primeras tenemos, por ejemplo, que se determina claramente la diferencia entre el trabajo en régimen de subcontratación y aquel proveniente del suministro de trabajadores, que doctrinariamente se mantenían dentro del mismo concepto de “la subcontratación” y que sólo distinguía entre la subcontratación de “obra y servicio” y el “suministro de mano de obra”, como se indicó en el capítulo primero. Además, se establecen responsabilidades solidarias y subsidiarias entre los sujetos más fuertes de la relación laboral, como son la Empresa Principal y los Contratistas, creándose también una serie de obligaciones y derechos entre los sujetos de esta ley, por ejemplo, indemnizaciones por término de contrato de trabajo, la posibilidad de los trabajadores de demandar directamente a los que resulten responsables, el derecho al fuero maternal para trabajadoras transitorias, exigencias en materia de higiene y de seguridad para estos trabajadores, el establecimiento de sanciones para la empresa usuaria, así como el establecimiento de mayores controles y registros por parte de la autoridad administrativa.

Sin embargo, esta nueva normativa presenta ciertas desventajas, por tratarse ella de una legislación en formación, que va a requerir de una serie de complementaciones a futuro que vengán a llenar los vacíos legales que presenta, por citar algunos, al igual que la legislación anterior, ya derogada y que era precaria, no se precisa el contenido de lo que debe entenderse por “obligaciones de tipo laboral y previsional” en el régimen de subcontratación, debiendo

nuevamente acudir a la jurisprudencia administrativa y judicial. Tampoco se precisa qué debe entenderse por “indemnizaciones legales” a que alude el artículo 183-B, que hace responsable solidariamente a la empresa principal respecto del trabajador subcontratado.

Adicionalmente, no regula cabalmente los efectos de la continuación de la prestación de servicios del trabajador temporal para la Usuaría, después de expirado el plazo de su contrato, sólo señala que se transforma en un contrato indefinido y que la Usuaría pasa a ser su empleador, pero ¿qué sucede si se dan algunas de las otras hipótesis de transformación del contrato de trabajo, que regula el artículo 159 del Código Laboral?. Esto no se precisó por el artículo 183-T.

Se estima también que esta normativa podría producir un encarecimiento en materia de costos de producción para las empresas, al limitar la flexibilidad y externalización de la mano de obra, entregándolas a empresas que deben reunir ciertas condiciones y requisitos establecidos por la ley. Además, porque podrían suscitarse conflictos de índole colectivos entre los trabajadores suministrados o subcontratados con los de las empresas Usuarías o Principal, ya que aquellos podrían tratar de hacer extensivos los derechos de la negociación colectiva que tendrían los trabajadores permanentes de estas empresas, actuando así al margen de la legalidad vigente, pero siendo fácticamente posible.

Pese a lo anterior, creemos que esta ley es un aporte a nuestra legislación laboral, ya que viene a regular materias y situaciones que de hecho existían en el mercado del trabajo y contratos atípicos que ahora van a estar normados.

Finalmente, con esta legislación nuestro país se pone en el mismo nivel que otros ordenamientos jurídicos que ya han regulado estas materias, como fue analizado en el capítulo final, particularmente con la legislación europea, alcanzándose con ello una mayor protección a los derechos laborales y previsionales de los trabajadores suministrados y subcontratados.

TABLA DE ABREVIATURAS

1. AGEST : Asociación Gremial de Empresas de Servicios Temporarios
2. E.T.T. : Empresa de Trabajo Temporal
3. E.S.E. : Empresa de Servicios Eventuales (Argentina)
4. E.S.T. : Empresa de Servicios Transitorios (Chile)
5. E.U. : Empresa Usuaría
6. O.I.T. : Organización Internacional del Trabajo
7. R.D.J. : Revista de Derecho y Jurisprudencia
8. R.F. del M. : Revista Fallos del Mes
9. ENCLA : Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo
11. Ob. cit. p. : Obra citada página
12. C. del T. : Código del Trabajo
13. Art. : Artículo

BIBLIOGRAFÍA

Abogado; Revista del Colegio de Abogados de Chile N° 39, Abril de 2007. Ley de Subcontratación ¿Se Logró el Resultado?.

Armando, Gatica. Cuaderno del Trabajo. Instituto para el Desarrollo del Trabajo. N° 85;53. Editorial Valenzuela Castillo Sühhegrros, Edición 51-104. España.*

Ameglio, E. “El Empleo Precario en Uruguay”, Lima, CIAT. MTSS, 1988.

Ameglio, E. “Las empresas suministradoras de mano de obra temporal”, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1984.

Anuarios de la Minería en Chile. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Período 1997 a 2004.

Actas Sesiones Legislativas, Cámara de Diputados y Senado de Chile, formación de la Ley N° 20.123. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (Sesión 15 Legislatura 349, Senado; Sesión 69 Legislatura 350, C. de Diputados; Sesión 67, Legislatura 353, C. de Diputados y Otras.)

Brostein, A. “La Subcontratación Laboral”, Seminario Internacional sobre Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, República Dominicana, Abril de 1999.

Brostein, A. “Flexibilidad del Trabajo en los Países Industrializados: Perfil de un Debate.” Revista de Derecho Laboral, Tomo XXXII N° 153, Enero-Marzo 1989. Montevideo, Uruguay.

Caire, Guy, “El Trabajo Precario en la Regulación del Mercado Laboral. Crecimiento del Empelo Atípico en Europa Occidental”. Madrid, MTSS 1992.

Caamaño Rojo, Eduardo. Revista de Derecho, Vol. XVIII N° 1, Julio 2005.

Casey, B y Otros. “El Empleo Temporal en Gran Bretaña y la República Federal Alemana”. Revista Internacional del Trabajo. Vol. 108, de 1989, N°3.

Dessler, G. “Administración de Personal”. 8ª edición, Editorial Pearson, México – 2001, p.14 y sgtes.

Díaz Torado, R. “Riesgos e Inseguridades de las Nuevas Formas de Uso Flexible del Tiempo de Trabajo”. Serie en Foco N° 35, 2004.

De la Garza, E. “La Flexibilidad del Trabajo en América Latina”. Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo, México, Fondo de Cultura Económica. 2006.

Dictámenes de la Dirección del Trabajo de Chile, Números 4546/220, de 1995; 544/32, de 2004; 2220/127, de 2003.

Encuestas Laborales Estadounidenses. US Department of Labor. Bureau of Labor Statistics. Contingent and Alternative Employment Arrangements. August 1995 and February 1997.

ENCLA, Encuesta Laborales de la Dirección del Trabajo. Chile, 2004, Departamento de Estudios.

Fernández Flores, E. “Outsourcing y Subcontratación”, Revista de Derecho, Chile, Volumen 21, 1994, N° 1.

Gaceta Jurídica. Jurisprudencia Chilena, Materia Laboral, Pag. 290, número 302, Rol causa 7284-2004, Corte de Apelaciones de Santiago.

Hipple, Steven. Contingent Work: Results From The Second Survey. Monthly Labor Review. Noviembre 1998. Pag. 29.

Legislación Argentina. “Ley Nacional de Empleos N° 24.014”, artículos 75 a 80. Decreto N° 342/92 “Establece la Regulación de las Empresas de Servicios Eventuales”.

Legislación Argentina. Ministerio del Trabajo, Ley N° 20.744, de 1976, “Sobre Contrato de Trabajo”, artículos 29 y 29 bis.

Legislación Chilena. Ley N° 20.123. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, regula el “Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios”, 16 de octubre 2006.

Legislación Chilena. Ministerio de Salud. D.S. N° 201, Reglamento Sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo”, 27 de abril 2001.

Legislación Chilena. Código del Trabajo, Edición 2006, 2007. Artículos 64 y 64 bis.

Legislación Chilena. “Boletín Diario de Jurisprudencia Chilena”, Fallos Cortes de Apelaciones número de Rol 760-2005, Rol 1940-2000 y otros.

Legislación Chilena. “Mensaje del Ejecutivo”, N° 131-346, 21 de mayo de 2002. Boletín N° 2943-13 que acompañó al proyecto de Ley sobre “Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios”.

Legislación Colombiana. Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, artículo 34 y Ley N° 50, artículo 71.

Legislación Española. Ley N° 32/2006, 18 de octubre 2006, que regula la “Subcontratación en el Sector de la Construcción”.

Legislación Española. Ley N° 14/1994, 1 de junio de 1994 y el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero 1995, que regula a “Las Empresas de Trabajo Temporal”.

Legislación Española. Ley N° 29/1999, de 16 de julio de 1999, que dispone un “Requisito Válido para la Continuidad de Existencia de una Empresa de Trabajo Temporal” y “Aclara el Sentido del Requisito Legal sobre la Estructura Organizativa de la E.T.T.”.

Legislación Francesa. Código del Trabajo. Ley, julio de 1990. Artículos L 124-1, L 124-2, L 312-1, L 125-3, L 152-3, R 124-R. Marco Jurídico: “Libro 1°, Título II, Capítulo IV del Código del Trabajo, sobre Trabajo Temporal”.

Legislación Irlandesa. Ley de 1991, “Employment Agencies Act”.

Legislación Italiana. Ley de 24 de junio de 1997.

Legislación Mexicana. Ley Federal de Trabajo, artículos 12 y 13.

Montero de San Vicente, O. “Derecho del Trabajo de los Países del MERCOSUR. Un Estudio del Derecho Comparado”, Fundación de la Cultura Universitaria, Primera Edición. 1996.

Organización Internacional del Trabajo. “Directrices Relativas a los Sistemas de Gestión de la Seguridad y la Salud en el Trabajo”, 2001; OHSAS 18.000; Social Accounttability Internacional, Norma SA 8000.

Riesgos Laborales de la Subcontratación. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo de Chile. Cuaderno N° 19, 2006.

Rodríguez, M. y Piñero, R. “Cesión de Trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal”, Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, España.

Revista Laboral Norteamericana. Monthly Labor Review, de octubre 1996. Bureau of Labor Estatistics (E.E.U.U.).

Rodgers, G y otros, “Reestructuración y Regulación Institucional del Mercado del Trabajo en América Latina”, Instituto Internacional de Estudios Laborales. Ginebra, Primera Edición 1993.

Storrie, Donald. “Le Travail Intérimaire dans l’Union Européenne”. 2002, Fondation européenne por l’amélioration des conditions de vie et travail.

Storrie, Donad y Person, Ola. “La Contratación de Trabajadores a Través de Empresas de Trabajo Temporal en la Unión Europea”, 2002.

Sala Franco, Tomás. “La Regulación Legal de las Empresas de Trabajo Temporal en Algunos Países Europeos”. Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios. Cuaderno de Investigación N° 9, 1999, Santiago, Chile.

Torado Yañez. E. “El Trabajo se Transforma. Relaciones de Producción y Relaciones de Género”. Ediciones Estudio de la Mujer (CEM), Santiago de Chile. 2004.

Thayer, William; Novoa Patricio, “Manual del Derecho del Trabajo”. Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición. Santiago, 1989.

Tribunal Constitucional de Chile, Sentencias Rol N° 534-2006, Rol N° 536-2006. Resuelven requerimiento sobre constitucionalidad de la Ley N° 20.123.

Ugarte Cataldo, José Luis. “Suministro de Trabajadores y Trabajo Temporal”. Cuaderno de Investigación N° 10. Departamento de Estudio de la Dirección del Trabajo. Santiago, 1999. Chile.

Uribe – Echeverría. “Condiciones de Trabajo en Sistema de Subcontratación”. ETM, OIT – Chile. Documento 81.