

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

DETERMINACION DEL EMPLEADOR EN LAS RELACIONES LABORALES MEDIADAS POR UN TERCERO

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

MANUEL FRANCISCO RAZETO BARRY.
FRANCISCO ALEJANDRO SANCHEZ MEDINA.

Profesor Guía: Luis Lizama Portal
Santiago-Chile 2005

..	1
AGRADECIMIENTOS .	3
RESUMEN .	5
1. INTRODUCCIÓN .	7
2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL . .	11
2.1- SUBCONTRATACIÓN .	12
2.2- COLOCACIÓN DE TRABAJADORES .	15
2.3- SUMINISTRO DE TRABAJADORES .	17
2.4- EQUIPOS DE TRABAJADORES. . .	23
2.5- SUBCONTRATACIÓN, COLOCACIÓN Y SUMINISTRO VISTOS DESDE LA ECONOMÍA. .	25
3. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA PERSONA DEL EMPLEADOR. .	29
3.1- LA DEFINICIÓN LEGAL DE EMPLEADOR . .	29
3.2- LA EMPRESA. .	32
3.3- LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA. .	35
3.4- EL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO. .	38
3.5- LA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA. . .	40
4. PROYECTO DE LEY SOBRE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, Y QUE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS .	45
4.1. ANTECEDENTES ⁸² .-	45
4.2-CONTENIDOS DEL PROYECTO DE LEY. ⁸⁴ .	46
4.3-ANÁLISIS PROYECTO DE LEY .	48
A) EL PROYECTO DE LEY Y LA SUBCONTRATACIÓN. .	48
B) EL PROYECTO DE LEY Y EL SUMINISTRO TEMPORAL DE TRABAJADORES . .	50

⁸² Al momento de la elaboración de esta memoria, el proyecto de ley sobre esta materia se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional, en cuenta de proyecto, para informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados.

⁸⁴ Este análisis versa sobre aquel proyecto presentado al Congreso Nacional por el Presidente de la República.

CONCLUSIONES . .	55
BIBLIOGRAFÍA .	59

A nuestras familias y amigos que nos han acompañado en este largo peregrinar.

AGRADECIMIENTOS

En un trabajo como éste, que constituye nuestro primer esfuerzo de investigación que hemos realizado, son muchas las personas a las cuales les debemos agradecimientos. Agradecimientos por su apoyo, por sus comentarios, por compartir nuestras reflexiones, agradecimientos a quienes nos han acompañado en esta aventura.

En lo académico, nuestra primera expresión de gratitud a quien ha sido el profesor guía de esta memoria, don Luis Lizama Portal, sin cuya conducción, motivación y paciencia este esfuerzo no habría pasado de ser tal. A los profesionales del Programa de Economía del Trabajo, en particular a Patricio Escobar, Antonio Aravena y Jorge Rojas. A quien fuera nuestra profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ximena Gutiérrez.

Agradecemos también, muy especialmente, a los trabajadores y dirigentes sindicales, con los cuales hemos realizado un largo caminar de aprendizaje mutuo.

Finalmente, agradecemos el apoyo recibido de nuestras familias y el de muchos amigos que es difícil enumerar pero que sería injusto dejar pasar.

RESUMEN

La presente memoria es una incursión en diferentes figuras contractuales que dan origen a relaciones de trabajo mediadas por un tercero. Dentro del marco de la tercerización de las relaciones de trabajo, pretende constituir un esfuerzo hacia la determinación del sujeto empleador en cada uno de los sistemas contractuales expuestos.

De esta forma, primero desarrolla los diferentes sistemas contractuales de interés. Luego, avanza hacia la revisión de una serie de mecanismos que se han desarrollado para determinar la persona del empleador.

Además, se intenta una búsqueda en el proyecto de ley en actual tramitación en el parlamento en búsqueda de pistas que nos ayuden a determinar el empleador en estas figuras triangulares.

Finalmente, intenta proponer una visión personal respecto del mecanismo más idóneo para la determinación del sujeto empleador en los casos de tercerización de la relación laboral propuestos.

1. INTRODUCCIÓN

Es indudable la importancia creciente que han ido adquiriendo las nuevas formas de organización de las empresas. La estructura Taylor-Fordiana de la empresa (caracterizada por una organización científica estructurada jerárquicamente y donde todo se hace dentro de ella), ha dado paso a nuevas formas de organización. En este camino se han desarrollado empresas con una orgánica centrada en nuevos principios, donde las economías de escala han dejado paso a la especialización de las actividades, y donde la producción de bienes y servicios se realiza por conglomerados de empresas (ligadas o no) que desarrollan y elaboran partes de lo que será el producto final. De igual forma, han variado los procesos de control de calidad, y las relaciones internas de toma de decisiones, que han asumido cada vez más un carácter de horizontalidad ¹. Incluso las relaciones internas de las empresas han cambiado, surgiendo concepciones como la de “cliente interno”, para referirse a otras áreas de la misma empresa con la cual se relaciona un área determinada.

Por otra parte, la necesaria reducción de los costos, para poder competir en mercados más abiertos, ha determinado el desarrollo de nuevas políticas de recursos humanos, destinados principalmente a tres objetivos centrales:

- a) La reducción del costo del factor trabajo;

¹ ROMAGUERA, PILAR. Flexibilidad Laboral y Mercado de Trabajo en Chile. En Colección de Estudios CIEPLAN N° 43. 1996.
ECHEVERIA, MAGDALENA. Contratación de la Producción y Subcontratación del Trabajo. En Temas Laborales N° 7
Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 1997.

b) La flexibilidad interna (a través de mecanismos tales como la polifuncionalidad y la capacitación) y;

c) La flexibilidad externa (a través de la facilitación de los despidos, y sistemas como la subcontratación y suministro de personal).

Estas políticas de recursos humanos tienden a generar tres efectos económicos importantes para las empresas, cuales son:

a) La reducción de los costos de producción;

b) La determinación a priori de los costos de producción y;

c) La conversión del costo fijo del factor trabajo, en un costo variable.

Todas estas transformaciones en la forma de hacer empresa conllevan enormes cambios en materia laboral, en el sentido de que la vieja estructura de la relación de trabajo “empleador – trabajador” que se relacionan en forma directa y la relación de subordinación y dependencia, han cambiado. Con ello, los viejos conflictos laborales se han complejizado, y dada la rapidez de estos cambios, las legislaciones y la jurisprudencia han quedado parcialmente obsoletas².

Este efecto se produce en todas las latitudes y los Estados han reaccionado de diferentes formas frente a esta nueva realidad. Así, hay países que han reglamentado detalladamente estas materias (España, Argentina), otras han optado por desregularlo en forma casi absoluta (Inglaterra), y algunos han entregado su regulación a las partes involucradas mediante procesos de negociación (Italia).

En el caso de Chile, sólo a partir de la década del 90' se empezó a discutir este tema. En lo normativo, la discusión se instauró desde la constatación de una inadecuada (o inexistente) normativa aplicable a los casos presentados en Tribunales.

Solo ya avanzados los años 90', principalmente a través de los estudios realizados por la Dirección del Trabajo, se podía constatar en encuestas y datos más o menos oficiales la magnitud de la extensión de estas realidades, y de la forma en que las empresas cada vez se aprovisionaban de más de mano de obra a través de terceros.³

En este contexto, ya en la reforma laboral del año 2001, el gobierno propuso normar algunas de estas nuevas realidades⁴. Sin embargo, ésta al final no llegó a buen término y sólo en el año 2002, se presentó un proyecto de ley que regulaba el trabajo en régimen de subcontratación, el trabajo suministrado y las empresas de trabajo temporal.⁵

Dentro de este panorama, el presente trabajo se centra en la denominada

² Una visión interesante en RASO DELGUE, JUAN. Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del derecho del trabajo?. En “Debate Laboral” N° 11. 1992. Pág. 117-143.

³ Véase, por ejemplo, la encuesta ENCLA de la Dirección del Trabajo del año 1999, que establece que el número de trabajadores suministrados corresponde al 6,4 % del empleo subordinado en las empresas comprendidas en el estudio, lo que proyectado a nivel nacional equivale a 240.000 trabajadores.

⁴ Ver los avances y retrocesos de estos procesos en RAZETO BARRY, MANUEL. “El proceso de reformas laborales. itinerario, enseñanzas y propuestas para el mundo sindical” en Revista Economía Trabajo 2001. Ediciones PET.

“flexibilización externa”⁶ o “flexibilidad del mercado laboral”⁷. Por flexibilidad externa o flexibilidad del mercado de trabajo se entiende aquella flexibilidad por la cual la empresa puede libremente determinar el número de trabajadores que requiere según los requerimientos de producción determinados por los cambios de mercado. Las herramientas utilizadas para ello son muchas. Nosotros nos concentraremos en las figuras que importan la aparición de un tercero en la relación de trabajo.

No es objeto de la presente memoria abordar estas figuras en forma acabada. Nuestros esfuerzos se destinarán esencialmente a la búsqueda de la determinación del empleador en cada uno de estos casos⁸.

La determinación del empleador aparece como problema porque en estas figuras contractuales aparecen tres sujetos diferentes. El contrato individual de trabajo ha sido visto tradicionalmente como un contrato que vincula a un empleador con un trabajador. Sin embargo, en estas figuras la relación de trabajo aparece mediada o intermediada por un sujeto diferente, por un tercero. Este tercero puede cumplir diferentes roles y funciones. De ello dependerá la calidad jurídica que adquiere, en términos de adquirir o no la calidad de empleador, y, en este caso, si dicha calidad es compartida o no.

Por otra parte, resulta relevante determinar la persona del empleador, por cuanto, según nuestra legislación del trabajo (y también de Seguridad Social), es respecto de él que se exigen los derechos subjetivos del trabajador.

Uno de los problemas que ha obstaculizado este trabajo de determinación del empleador ha sido la escasa claridad conceptual respecto de estas nuevas formas de contratación de mano de obra.

En el desarrollo de nuestro trabajo comenzaremos con una aproximación conceptual a los diferentes sistemas contractuales propuestos. Luego presentaremos las teorías y sistemas que se han utilizado para determinar al empleador. Dentro de ellas exploramos también el proyecto de ley sobre que busca regular la subcontratación y las empresas de trabajo temporal. Finalmente concluiremos con una propuesta propia en cuanto a la forma de determinar al empleador en estos casos.

⁵ Actualmente dicho proyecto de ley se encuentra en segundo trámite constitucional ante la Cámara de Diputados.

⁶ MONTERO, CECILIA. Estrategias de Flexibilidad Laboral en la Empresa Chilena: Estudio de Casos. En Colección de Estudios CIEPLAN N 43, 1996.

⁷ ROMAGUERA, PILAR, Op. cit.

⁸ Este trabajo forma parte de una investigación mayor, realizada sobre la base del curso de especialización de la Escuela de Derecho de la U. de Chile “Flexibilización en el Derecho Laboral”, dirigido e impartido por el Profesor Luis Lizama Portal.

2. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

“La teoría tiene necesidad de distinguir claramente las realidades a que aplica términos y conceptos, pues si no lo hace no es buena teoría. Lo logra formulando conceptos lo más precisos posibles y definiéndolos en términos que permitan distinguir los elementos, hechos o fenómenos que corresponden a cada uno de ellos. Bien sabemos que a menudo los problemas implicados en la formulación y definición de conceptos son complejos”.⁹

Uno de los problemas que han tenido las investigaciones (tanto jurídicas como sociológicas) para analizar estas realidades, se han producido por la indeterminación conceptual de estas realidades. Esto no se da por mera casualidad. En efecto, existen una serie de razones que provocan esta indeterminación conceptual.

En primer término, esta indeterminación se produce por las diferentes concepciones valóricas desde las cuales se observan estas realidades¹⁰. Para algunos, estas figuras tienen una carga valórica positiva, por cuanto permiten a las empresas enfrentar las nuevas realidades económicas en forma más eficiente. Para otros, en cambio, están cargadas de una valoración negativa, por cuanto se ve en ellas una forma de precarizar

⁹ RAZETO MIGLIARO, LUIS. Fundamentos de una Teoría Económica Comprensiva. Segunda versión. PET. Santiago, 1994. Pág. 297.

¹⁰ Una interesante discusión se presenta en el libro de AGASINO, RAFAEL; ECHEVERRÍA, MAGDALENA Editores. Flexibilidad y Condiciones de Trabajo Precarias. PET. Santiago. 1995.

las condiciones de trabajo y empleo.

Por otra parte, esta indeterminación se produce porque, como toda realidad social compleja, puede ser enfocada desde más de un punto de vista. Así, puede ser analizada desde una óptica económica, legal, sociológica, etc., que por las características propias de cada disciplina destacarán aspectos diferentes de estas realidades.

Además, y dada la trilogía de actores que participan en estos sistemas contractuales¹¹, pueden ser analizadas de diferentes perspectivas objetivas, en el sentido de que dependerá del lugar en que se sitúe el observador, para que se le presenten diferentes elementos de esta realidad laboral compleja.

Por último, y sin pretender excluir otras razones, aparece como elemento de esta indeterminación, una suerte de desprestigio en que ha caído la labor de formular conceptos. En efecto, la tarea tan normal hasta mitad del siglo XX de conceptualizar las realidades sociales, ha dado paso a una visión practicista, que resta importancia a esta tarea, y que valora mayormente los trabajos destinados a determinar como se presentan estas realidades en un momento dado, la forma en que operan, las consecuencias sociales que producen y la forma en que pueden ser controladas y dirigidas, aunque por ello se descuide la elaboración conceptual. Así, más que importar lo que son estas realidades, importa determinar cómo operan y cómo se pueden regular.

Sin embargo, el Derecho exige la conceptualización de la realidad social para poder regularla. La norma jurídica es una proposición abstracta que pretende dirigir, reglamentar o prohibir determinadas conductas sociales, y la única manera que tiene para ello es a través del concepto. Concepto que debe permitir al juez (y a los actores sociales) subsumir correctamente al caso concreto, conforme la norma general dada en la ley.

En lo que interesa a este trabajo, nos parece indispensable un esfuerzo por formular definiciones de estas diferentes realidades. Debemos primeramente determinar qué son, y luego poder avanzar directamente hacia la determinación del empleador en estas formas nuevas de contratación.

Este esfuerzo se hace, y debe entenderse, dentro del objeto de este trabajo, esto es, la determinación del empleador desde el punto de vista del derecho laboral, en estas diferentes formas de contratación de trabajo.

2.1- SUBCONTRATACIÓN

Respecto de la subcontratación, se han hecho una serie de esfuerzos por definirla. En efecto, encontramos en el último tiempo una serie de textos orientados a delimitar esta figura. En particular, por cuanto han aparecido figuras nuevas que se le asemejan.

¹¹ Las figuras objeto del presente trabajo se caracterizan por ser el resultado de más de un contrato. Para dar cuenta de esto los denominamos sistemas contractuales o fórmulas contractuales.

El término subcontratación es utilizado para referirse a muchas cosas. Esta indeterminación conceptual es una gran limitante a la hora de definir las diferentes realidades que se esconden tras esta palabra ¹².

Desde un punto de vista jurídico, el término subcontratación nace en el derecho civil para referirse a una figura contractual en la cual existen dos contratos de la misma naturaleza, siendo uno dependiente del otro. El Diccionario de Derecho Social ¹³, define subcontratación como una nueva contratación derivada o dependiente de una anterior básica u originaria, y que tienen contenidos comunes ¹⁴. Esta definición tiene sus raíces en la formulación civil o comercial de esta expresión, que se refiere a la convergencia de dos contratos de la misma naturaleza, uno derivado del otro (Vg. sub arriendo).

Sin embargo, a la subcontratación laboral no se le puede homologar esta definición. En efecto, la subcontratación laboral no implica dos contratos de la misma naturaleza. Comparten el hecho de que en ambos casos estamos en presencia de dos contratos, pero estos no tienen la misma naturaleza.

La naturaleza jurídica de la relación contractual entre empresa principal y empresa contratista es sin duda civil o comercial. Según sea el caso dará origen a un contrato de arrendamiento de servicios, de construcción de obra material, de compraventa, de algún tipo de mandato, etc. En lo que respecta al presente trabajo, nos bastará señalar que no existe entre estas empresas un contrato de naturaleza laboral.

En cuanto a la naturaleza de la relación que se produce respecto del trabajador habrá que distinguir la que se produce respecto de la empresa contratista y de la empresa principal. Respecto de la empresa contratista, existe propiamente una relación laboral, un verdadero contrato de trabajo. El contratista realiza la obra o servicio por su propia cuenta y riesgo. Así, la subordinación y dependencia (y su contrapartida, la potestad jurídica de mando) se presenta respecto de esta empresa. De esta forma, la actividad laborativa subordinada del trabajador se incorpora a la función productiva de la empresa contratista.

Respecto de la empresa principal, no se origina un contrato de trabajo. Existe una relación con caracteres laborales, en cuanto esta empresa “utiliza” la actividad laborativa del trabajador, pero este utilizar no tiene su origen en un contrato de trabajo, dado que no se presenta subordinación y dependencia respecto de la empresa principal.

El carácter laboral de esta relación está dada por la ley, en la medida que el artículo

¹² Llama particularmente la atención el problema suscitado en la 85ª y 86ª Conferencia de la OIT, la última de las cuales no fue aprobada, dada la indefinición de estos términos. Sobre el particular consultar el excelente trabajo de GONZÁLEZ ASTUDILLO, NADIA. Trabajo en Régimen de Subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo. 85ª y 86ª Reunión. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. 1999.

¹³ CAPON FILAS, RODOLFO - GIORLANDINI, EDUARDO. Diccionario de Derecho Social. Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Rubinzal. Culzoni. España.

¹⁴ En igual sentido ver MONCADA ARENAS, RODRIGO. La Subcontratación Laboral en la Ley Chilena. En Boletín del Trabajo, Asociación de Profesionales Dirección del Trabajo. N° VIII Agosto 1998. Pág. 39 – 40.

64 del Código del Trabajo establece una obligación subsidiaria para la empresa principal respecto de los derechos laborales del trabajador ¹⁵. El fundamento de esta norma se encuentra en que la empresa principal utiliza el trabajo realizado por el trabajador. En este sentido se sostiene que viene en constituirse en un “empleador indirecto” ¹⁶ y en esta medida presenta algunos de los caracteres de empleador, sin llegar a serlo realmente.

De esta manera, la subcontratación laboral es una fórmula contractual compuesta por un contrato de naturaleza civil o comercial entre dos empresas, en virtud de la cual una (principal) encarga a la otra (contratista) la realización de una obra o prestación de un servicio determinado; y otro de carácter laboral por la cual la empresa contratista contrata trabajadores para la realización de esta obra o servicio ¹⁷.

La obligación del contratista es la realización de obras o servicios por su propia cuenta y riesgo. Es así como la empresa contratista debe cumplir con su obligación con su propio capital, tecnología y trabajo, es decir debe ser el resultado de su propia función productiva. Si así no fuere, no estaremos en presencia del encargo de una obra o servicio determinado, sino de una cosa diversa.

Un elemento indicador que puede orientarnos para detectar que estamos en presencia de subcontratación se refiere al hecho de que el bien o servicio encargado sea un bien o servicio “separable” del bien o servicio producido por la empresa principal. En caso contrario no estaremos en presencia de subcontratación propiamente tal.

Se puede sostener que todas las cosas son susceptibles de división material o intelectual. Entendemos por “separable” la circunstancia de que estos bienes o servicios subcontratados puedan disociarse de los bienes o servicios producidos por la empresa principal, sin perder su esencia. Es decir, sin transformarse en otra cosa diversa. Dicho de otra manera, y recurriendo a conceptos más bien propios de la economía, para que estemos en presencia de subcontratación, la obra o servicio encargado debe consistir en un “bien intermedio” o un “bien de capital.” ¹⁸

¹⁵ En materia de Seguridad Social encontramos este mismo principio de subsidiariedad respecto de las obligaciones del contratista. El artículo 20 de la ley 17.322 dispone que las garantías constituidas y las retenciones de los estados de pago que mantiene la empresa principal, caucionan también las obligaciones previsionales del contratista, debiendo exigir comprobante de pago de éstas antes de alzar las garantías y liberar los pagos. En caso de incumplimiento de esta norma, la empresa principal será solidariamente responsable de estas obligaciones. Todo esto es sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal respecto de estas obligaciones. El artículo 4° de la Ley N° 16.744 de Accidentes del Trabajo, impone la misma responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones que esta ley establece; sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que le cabe a la empresa principal que por incumplimiento de las normas de seguridad, cause un accidente al trabajador de una empresa contratista.

¹⁶ WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO. Las Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Ámbito de las Relaciones Laborales en Chile. Enfoque Institucional Segunda Parte. En Revista Laboral Chilena, Agosto 1998. Pág. 73.

¹⁷ En este sentido ver WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO Las Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Ámbito de las Relaciones Laborales en Chile. Enfoque Institucional Primera Parte. Revista Laboral Chilena, Julio 1998. Pág.. 69 – 78.

¹⁸ BARDON, ÁLVARO, Manual de Economía. Editora Nacional Gabriela Mistral. 4° edición. 1978. Pág. 54.

De no ser así aparecen características más propias de una simulación, toda vez que se pretende presentar como subcontratación algo que en realidad no lo es. En efecto, la subcontratación requiere esencialmente que el bien o servicio encomendado sea el producto de la función productiva de la empresa subcontratista, independientemente del aporte que importe en la función productiva de la empresa principal.

2.2- COLOCACIÓN DE TRABAJADORES

La colocación de trabajadores suele ser enfrentada como un tema propio de las empresas privadas de colocación de personal. Esta óptica no nos parece correcta y se presta para una serie de confusiones.

El Derecho del Trabajo no es un estatuto jurídico personal, y por tanto su reglamentación debe dar cuenta de la relación de trabajo y la forma en que ésta se presenta, y no de una u otra persona o empresa.

Las agencias de colocación son definidas como empresas intermediarias destinadas a acercar la oferta de trabajo a la demanda de empleo¹⁹. Sin embargo, este concepto no es unívoco y ha presentado una serie de dificultades.

La propia OIT, en el Convenio 181 sobre empresas colocadoras de personal, de 1997, se refiere a ellas, definiéndolas como toda empresa privada que se dedique a una o más de las siguientes actividades:

- a) Vincular oferta y demanda de empleo, sin pasar por ello a ser parte de las relaciones laborales que de su actuación surgieren;
- b) Emplear trabajadores para ponerlos a disposición de otra empresa, la que determinará sus tareas y supervisará su ejecución, y;
- c) Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, como será brindar información, sin por ello vincular una oferta y una demanda específicas.

De esta forma, la OIT incluye bajo este vocablo, las agencias de empleo propiamente tales (letra a), y las empresas suministradoras de trabajadores (Letra b), a las que la misma OIT ha incluido como subcontratación de mano de obra en el Informe V de la 86ª Reunión de dicho organismo. En efecto, al definir la subcontratación de mano de obra señala que esta se presenta cuando el trabajador es puesto a disposición de la empresa usuaria por un contratista²⁰.

¹⁹ CAPON FILAS, RODOLFO – GIORLANDINI, EDUARDO. Op. cit. Pág. 24

²⁰ Esta confusión conceptual que se ha producido en el seno de la propia OIT, nos muestra la complejidad que han alcanzado los nuevos temas del Derecho del Trabajo, dados los cambios económicos y sociales de las últimas décadas. La razón principal de estas indefinición se debe a que suministro de trabajadores no es subcontratación ni colocación de trabajadores. Es una figura propia y diferente, pero que comparte algunos elementos de uno y de otro.

Toda esta confusión en el análisis de estas figuras contractuales produjo finalmente que este informe no fuera aprobado por la Conferencia Internacional de la OIT.

Más allá de la indeterminación conceptual de la OIT, y con la intención de determinar la figura del empleador en este sistema contractual, entenderemos por colocación de personal la actividad privada y remunerada de vincular oferta y demanda específica de trabajo. En este sentido se asimila al *corretaje*,²¹ que tiene el mismo objeto de vincular la oferta y la demanda de un bien determinado.

Estas empresas de colocación, además, suelen efectuar una serie de servicios anexos a esta labor de corretaje. Ellas suelen realizar servicios de selección de personal, de determinación del perfil del trabajador, etc. Estas labores son anexas a la colocación del personal, toda vez que están orientadas a determinar la oferta y la demanda de trabajo. A estas labores anexas hacen referencia las actividades signadas con la letra c) del Convenio 181 de la OIT, recién citado.

La relación jurídica que se presenta en la colocación de personal, entre la empresa colocadora y la empresa principal o beneficiaria es de carácter civil²². En efecto, la primera se obliga con la beneficiaria a proporcionarle un potencial trabajador (seleccionado previamente o no), para que sea contratado directamente por la empresa beneficiaria o principal.

La relación entre la empresa de colocación y el trabajador es también civil. En efecto, a lo que se obliga la empresa de colocación es a buscar un puesto de trabajo acorde con los requerimientos del potencial trabajador. No se obliga a contratarlo, ni a ninguna otra actividad que no sea encontrar la adecuada demanda para su trabajo.

De la actividad realizada por la empresa colocadora, eventualmente, puede surgir una relación contractual entre el trabajador y la empresa principal. Esta será una relación propiamente laboral y dará origen a un contrato de trabajo. Esta relación laboral es una relación directa entre el trabajador y la empresa principal o beneficiaria.

Al cumplir su objetivo (unir oferta y demanda de trabajo), la empresa de colocaciones “se retira” y deja de participar en la relación entre el trabajador y su empleador.

De esta forma, el eventual contrato de trabajo que surja entre la empresa beneficiaria y el potencial trabajador surge por un acuerdo de voluntades directo entre ellos. Cualquiera otra intervención en la relación de trabajo que realice la empresa de colocación con posterioridad al contrato entre trabajador y empresa beneficiaria o principal, ya no es colocación de personal. Así, podremos encontrarnos frente a otra actividad diferente (aunque sea realizada por la misma empresa)²³. Esto porque las empresas colocadoras no requieren tener un giro único, pudiendo prestar otro tipo de

²¹ El contrato de corretaje es una figura propia del derecho comercial, cuyo objeto es precisamente vincular la oferta y la demanda de un bien o servicio específico. Su naturaleza jurídica se asimila a un mandato.

²² Es un contrato de carácter civil y no comercial, pues su objeto es el trabajo humano, y éste, a nuestro entender, no puede tener jamás un tratamiento de mercancía, propio del Derecho Comercial o Mercantil.

²³ Como sería la asesoría en administración de personal, en administración y remuneraciones, etc.

servicios. Sin embargo, habrá que determinar la naturaleza de los mismos de manera particular y en forma independiente de la actividad colocadora realizada con anterioridad.

Esta aclaración adquiere relevancia porque si la empresa colocadora no se retira de la relación laboral directa entre la empresa principal y el trabajador, significa que no hay colocación de personal, sino que una figura diferente, que habría que determinar en función de sus elementos específicos.

De esta manera, este sistema contractual genera una relación triangular que es móvil en el tiempo (no es estática, ni fija). En efecto, primero hay una relación triangular donde se verifican dos relaciones. Una entre empresa de colocaciones y trabajador, y otra entre esta empresa y la empresa principal o beneficiaria.

Ambas relaciones son de carácter civil y su objeto es reunir oferta y demanda de trabajo. Luego, al cumplirse el objetivo (una vez vinculada oferta y demanda de trabajo), la empresa colocadora se retira, sale de la relación, encontrándose por tanto una simple relación contractual entre empresa principal y el trabajador. Esta relación es de carácter laboral. Esta relación laboral es directa, sin intermediarios, pues el tercero se ha retirado, se desvincula.

Así, la actividad de colocación de personal exige que, al sellarse el contrato de trabajo, se extinga el triángulo jurídico y nazca a la vida del derecho un contrato de trabajo típico y directo entre trabajador y empresa principal.

Como se dijo, si la empresa de colocación no se retira de la relación laboral directa entre trabajador y empresa principal, no hay propiamente colocación de trabajadores.

Finalmente, nos parece necesario tener en consideración una serie de empresas que realizan actividades de colocación a través de los nuevos medios tecnológicos generados en torno a las redes de computadoras. Estas empresas generan amplias bases de datos de trabajadores que buscan empleo, y luego las ponen a disposición de empresas que buscan contratar trabajadores. Si bien esta forma de vinculación de oferta y demanda de trabajo es aún muy incipiente, no es de extrañar que prontamente encontremos una serie de nuevos conflictos que se originen en ellas.

2.3- SUMINISTRO DE TRABAJADORES

La literatura ha utilizado muchas expresiones para referirse a este fenómeno. Así se le conoce como subcontratación de mano de obra, de trabajo o de trabajadores, suministro de personas, suministro de trabajo, trabajo temporal, etc. En este trabajo, para referirnos a esta realidad, utilizaremos el nombre de *suministro de trabajadores*. Esta denominación no es arbitraria, y encuentra su origen en una investigación realizada por el Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo²⁴, en la que se le denomina “suministro de personas”. Compartiendo las razones expuestas en dicho texto, las

²⁴ ECHEVERRÍA, MAGDALENA – SOLÍS, VALERIA. - URIBE-ECHEVERRÍA, VERÓNICA. El Otro Trabajo. El suministro de Personas en las Empresas. Cuaderno de Investigación N° 7. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo. 1999.

personas que se suministran lo son en cuanto son trabajadores, y por tanto parece más adecuado hablar de suministro de trabajadores.

El suministro de trabajadores es la figura que presenta las mayores dificultades de ser abordado desde un punto de vista conceptual. Esta dificultad se manifiesta en el hecho de que la propia OIT (organismo que tradicionalmente ha desarrollado una labor de unificación de criterios y conceptos a nivel mundial) la haya incluido en dos realidades que son distintas.

Primeramente considera al suministro como subcontratación de mano de obra²⁵; y en otro lo considera como una actividad propia de las agencias de colocación de personal²⁶. Esto se produce por el intento de incluirlo o de asimilarlo a alguna figura contractual ya conocida.

Sin embargo, el problema subsiste porque el suministro de trabajadores es una fórmula contractual diferente a la subcontratación y a la colocación de personal. El suministro tiene su propio objeto y características, aún cuando también comparte elementos con las demás fórmulas contractuales que importan la intromisión de un tercero en la relación directa (tradicional) de trabajo. Si bien, en los tres casos se encuentra un tercero interviniente en la relación de trabajo, este tercero cumple funciones diferentes en cada caso. Así, no puede asimilarse el suministro, ni a la colocación ni a la subcontratación.

En el suministro de trabajadores encontramos tres sujetos que se relacionan entre sí, por lo que puede ser visto de forma diversa según cuál de las relaciones y los sujetos actuantes nos parezcan centrales.

De esta manera, centrándose en la empresa suministradora, podemos definir el suministro como una figura contractual en la cual una empresa (suministradora) proporciona a otra (principal), trabajadores para que presten servicios para ella, pero permaneciendo estos formalmente como dependientes de la primera. De esta forma, será la empresa suministradora la que se relacionará contractualmente tanto con el trabajador como con la empresa principal²⁷.

Centrándose en el trabajador, puede definirse esta figura como un contrato en virtud del cual un trabajador se obliga ante su empleador (empresa suministradora) a prestar servicios para un tercero (empresa principal), por un período transitorio, en las condiciones y por el tiempo que este le señale²⁸.

²⁵ Informe V de la 86ª Reunión de la OIT. Este Informe no fue aprobado por la Conferencia Internacional del Trabajo.

²⁶ Convenio 181 de la OIT.

²⁷ ECHEVERRÍA, MAGDALENA – SOLÍS, VALERIA - URIBE-ECHEVERRÍA, VERÓNICA. Op cit. Pág. 29 – 35.

²⁸ UGALDE CATALDO, JOSÉ LUIS. *Suministro de Trabajadores y Trabajo Temporal. ¿Empresas sin Trabajadores?*. En: *¿Empresas sin Trabajadores?*. Legislación Sobre las Empresas de Trabajo Temporal. Cuaderno de Investigación N° 10. 1999. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo. Pág. 16 – 38. En este trabajo, se refiere a esta realidad como contrato de trabajadores temporales o simplemente trabajo temporal.

Determinando como sujeto central de esta relación a la empresa beneficiaria o principal, puede definirse como un sistema contractual que busca básicamente la contratación de trabajadores para una empresa (principal), a través de otra empresa (suministradora), que asume el rol formal de empleador, y no directamente como es lo normal.²⁹

Los contratos que dan forma al suministro de trabajadores, si bien tienen un objetivo común, son independientes entre sí. En efecto, ninguno de ellos es accesorio del otro. Existen y producen sus efectos en forma separada. Sin embargo, solo a través de la concurrencia de todos ellos nace el suministro de trabajadores. Este hecho es sumamente importante para comprender este fenómeno, y particularmente para determinar su existencia.

Entre la empresa suministradora y el trabajador se celebra un contrato de trabajo. Pero este contrato tiene ciertas particularidades.

La empresa suministradora se obliga a pagar la remuneración, y a hacerse cargo de todas las demás obligaciones que originan el contrato de trabajo. Sin embargo, se exceptúa de la obligación de dar trabajo, de ordenarlo y supervisarlo.

El trabajador, por su parte, se obliga a prestar sus servicios personales bajo subordinación y dependencia, pero para un tercero³⁰ (empresa principal). Las demás obligaciones accesorias del trabajador se presentan respecto de la empresa suministradora.

Entre la empresa principal y la empresa suministradora se celebra un contrato de carácter civil³¹. En él, la empresa suministradora se obliga a poner a disposición de la principal uno o más trabajadores, o un determinado número de horas/hombre. La empresa suministradora asume el rol formal de empleador, y con ello los costos de administración del personal, la responsabilidad de las obligaciones de carácter laboral, los costos derivados de las licencias, las vacaciones, etc. y asume las relaciones individuales o colectivas de trabajo. La empresa principal, asume la obligación de pago de un determinado precio, calculado por hora hombre, o de otra forma, en el cual se incluye la remuneración del trabajador, los demás costos derivados de la relación laboral, y la utilidad de la empresa suministradora. Además, la empresa principal se obliga a dar trabajo, vigilar y ordenar la actividad laborativa del trabajador suministrado.

Entre la empresa principal y el trabajador se presenta una relación muy particular. En efecto, no hay pacto expreso de voluntades entre ellos. Sin embargo, la relación de trabajo se materializa precisamente entre estos dos actores³².

El trabajador pasa a formar parte de esta empresa, en el sentido de que ingresa a

²⁹ RAZETO BARRY, MANUEL. *Precarización del Empleo en Chile*. en Taller de Análisis. Trabajo, Sindicalismo y Desarrollo. Octubre de 1999. Departamento de Pastoral Obrera. Arzobispado de Concepción.

³⁰ Si se mira este contrato en forma separada del sistema contractual a que da origen el suministro, pareciera que estamos en presencia de una obligación a favor de tercero.

³¹ Ver nota N° 18.

esta organización. A ella y sus representantes debe obediencia, y la subordinación y dependencia se materializa respecto de sus instrucciones. De igual forma, en esta empresa se verifica la potestad jurídica de mando. Son sus agentes quienes ordenan y dirigen el trabajo y lo supervisan. En esta empresa radica la facultad disciplinaria real, pues si no les satisface el trabajo, simplemente solicitan a la empresa suministradora el reemplazo del trabajador. Además, es la empresa principal la que debe realizar la retribución no económica del trabajador³³.

De esta manera, no puede concluirse sino que esta relación es de carácter laboral. Sin embargo, aparentemente no tiene su origen en un contrato, dado que no existe acuerdo de voluntades entre ellos. El artículo 8° del Código del Trabajo nos dirá, sin embargo, que esta relación dará origen a un contrato de trabajo.

Es esta situación la más difícil de resolver en el suministro de trabajo. Por una parte, no existe propiamente contrato (no hay acuerdo expreso de voluntades). Por otra, la ley presume de una actividad como ésta, la existencia de un contrato de trabajo.

Este hecho parece demostrar en forma más o menos clara que el Derecho del Trabajo, al centrar su regulación en un contrato (de trabajo), se encuentra muy limitado para comprender realidades que encuentran su origen en sistemas contractuales compuestos por más de un contrato³⁴.

Pero ¿cuál es la razón de ser (el objeto) de esta fórmula contractual?, ¿cuál es el efecto propio de este sistema contractual?

Estas preguntas son claves para poder determinar, desde una óptica imparcial (sin centrar la mirada en uno u otro sujeto participante), qué es realmente el suministro de trabajadores. Para ello, intentaremos descifrar qué se esconde tras las diferentes relaciones que se producen entre los diversos sujetos que participan de este sistema contractual.

Nuestra hipótesis es que el objeto del suministro de trabajadores consiste en intentar separar el trabajo (actividad laborativa subordinada) de la persona del trabajador. Resulta imposible separar radicalmente la actividad laborativa de la persona que la realiza, dada la indivisibilidad real del hombre con su acto. Sin embargo, con el suministro de

³² En este sentido podría señalarse que no existe un contrato entre ellas, a pesar de lo dispuesto por el artículo 8° del Código del Trabajo. Mucho se ha discutido respecto si la presunción de existencia de un contrato de trabajo cuando nos enfrentamos a una relación laboral subordinada es o no de derecho, o lo que es lo mismo, si acepta prueba en contrario. Para poder resolver esta cuestión es necesario recurrir al principio de irrenunciabilidad de los derechos establecidos en la ley laboral. En efecto, si ante una relación laboral el trabajador no puede expresamente renunciar a todos y cada uno de los derechos que por ley emanan de ella, menos aún le será lícito pactar que su contraparte en la relación laboral no asuma las obligaciones inherentes a dicha relación.

³³ Entendemos por retribución no económica, todos los aspectos de gratitud, motivación, grato ambiente laboral, desarrollo personal, capacitación y aprendizaje en el trabajo, etc. que, de una forma u otra son sentidos como retribución por el trabajador.

³⁴ Esta problemática, que presenta una serie de desafíos mayores a la legislación laboral, no puede ser abordada en este trabajo. Sin embargo, nos parece de la mayor importancia y pertinencia. En particular, porque las nuevas miradas de la empresa y la manera en que se incorpora a ellas el factor trabajo amenaza con dejar obsoletas nuestras instituciones jurídico laborales.

trabajadores se pretende desvincular al máximo la persona del trabajador, con la actividad laborativa que este realiza³⁵.

Desde la óptica de la empresa principal, esta adquiere un trabajador, lo contrata, pero sin hacerse cargo de los aspectos formales y de responsabilidad laboral que le acompañan, siendo éstas de cargo de otra empresa (suministradora). A cambio de ello, la empresa principal pagará a la suministradora una determinada suma de dinero, que incluye la remuneración del trabajador.

Desde la empresa suministradora, aparece como una fórmula por la cual ésta asume el rol formal de empleador, su carga administrativa y el cumplimiento de las responsabilidades propias del empleador, respecto de un trabajador que labora “en” y “para” otra empresa. Por este servicio recibe una determinada suma de dinero, que incluye la remuneración del trabajador y su utilidad.

Desde la óptica del trabajador, se verifica el hecho de que tendrá un empleador “formal”, y otro sujeto será su empleador “real”. En lo demás, su contrato de trabajo es igual a cualquier otro.

Es así como se encuentra el carácter común para los tres sujetos el hecho de separar la relación laboral entre un aspecto real de otro formal.

El aspecto real de la relación laboral está dado por la actividad laborativa realizada bajo subordinación y dependencia del empleador, por un lado; y por la potestad jurídica de mando, que comprende ampliamente la facultad de dar órdenes, dirigir y vigilar el trabajo, por otro.

El aspecto formal de la relación de trabajo se puede representar en la comparecencia en el contrato de trabajo, y las consecuencias jurídicas, sociales y humanas que ésta importa.

Lo que se hace es separar lo que aporta el trabajador a la empresa, de las obligaciones que nacen de la humanidad del trabajo. El trabajo parece ser considerado en un doble aspecto: como un factor productivo y; por otro lado, como actividad humana. Lo que se pretende es generar una dicotomía entre ambos elementos del trabajo.

En el fondo, lo que la empresa suministradora reserva para sí, y que se señala como aspecto formal de la relación, son los aspectos personales de la relación de trabajo, y la titularidad ante la ley de las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato de trabajo.

Así, liberado de este aspecto formal, lo que se queda para sí la empresa principal es la fuerza de trabajo, separado de los aspectos personales o humanos del trabajador y de las responsabilidades que origina el contrato de trabajo. Adquiere un trabajo despersonalizado, separado del componente humano y jurídico del que proviene. Adquiere puro factor productivo, depurado de su humanidad. Adquiere trabajo, como el de la máquina, como el del robot.

³⁵ Una interesante respuesta nos fue indicada por la profesora Ximena Gutiérrez, que señala que estaremos en presencia de suministro de trabajo, cada vez que el objeto de la relación contractual sea la provisión del factor productivo trabajo a otra empresa. Pero sin desconocer esta verdad, surge la pregunta de por qué no adquiere la empresa este factor productivo directamente mediante contratos laborales directos. Cuál es el aporte específico de la intermediación en este sistema en concreto.

Presentado de esta forma, la figura del suministro de trabajadores parece tener una gran similitud con lo que se denominó “*marchandage*”. Este es un vocablo de origen francés que, en palabras del profesor Francisco de Ferrari denomina “una especulación sobre el trabajo del hombre, llevada a cabo por una persona, llamada Marchandeur, que compraba mano de obra y la vendía luego a un empresario obteniendo un lucro”³⁶. El elemento que se definió como central del “*marchandage*” es que el lucro del intermediario está dado por la menor remuneración que recibe el trabajador, respecto del precio pagado por la empresa principal, que sólo cancela el costo que le significará contratar a estos trabajadores en forma directa.

Es así como el único objeto del “*marchandage*” es el comercio de mano de obra. En cambio, en el suministro de trabajadores, lo central es la división de la actividad laborativa en un aspecto real y otro formal.

En el suministro está implícita la idea de que las condiciones laborales en general del trabajador suministrado son equivalentes a aquellas que proporciona la empresa principal por igual trabajo a sus trabajadores directos³⁷. De esta forma, la utilidad no está dada por la explotación del trabajador, sino por otros beneficios que recibe la empresa principal, generalmente asociados al menor costo de administración, a la movilidad laboral y al traspaso de la responsabilidad laboral a la empresa suministradora; es decir, los beneficios propios de separar la fuerza de trabajo de la persona del trabajador. Conjuntamente se asocian beneficios en el sentido de que la empresa principal tiene solo trabajadores que realizan actividades centrales de la empresa, y las labores accesorias serían desarrolladas por personal suministrado.

Es así como la igualdad de las condiciones laborales del trabajador suministrado respecto del trabajador directo de la empresa principal se transforma en un elemento de la esencia del suministro de trabajadores³⁸. De existir estas diferencias de remuneración, no habría ya suministro de trabajadores sino que “*marchandage*” o mercadeo (comercio) de mano de obra, que es contrario y repugna todo el ordenamiento jurídico laboral, a la Constitución Política de la República³⁹ y a la propia Declaración

³⁶ DE FERRARI, FRANCISCO. Citado por AMEGLIO, EDUARDO. Las Empresas Suministradoras de Mano de Obra Temporal. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. Montevideo. 1984. Pág. 72.

³⁷ Sin embargo, y a pesar de esta igualdad teórica entre trabajador suministrado y trabajador directo, la realidad chilena muestra que la remuneración percibida por los trabajadores suministrado es menor a la de los trabajadores contratados en forma directa para cumplir el mismo servicio. ECHEVERRÍA, MAGDALENA – SOLÍS, VALERIA. - URIBE-ECHEVERRÍA, VERÓNICA. Op cit. Pág. 95. Cuadro N° 15.

³⁸ Esto se ha solucionado en la legislación francesa estableciendo una equivalencia de remuneración del trabajador suministrado respecto de trabajadores permanentes de igual calificación profesional. Cualquier sistema es aceptable siempre que no implique permitir o tolerar diferencias arbitrarias de remuneración en perjuicio del trabajador suministrado.

³⁹ Artículo 1° de la Constitución Política de la República: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” Artículo 19 N° 16 la Constitución asegura a todas las personas “La libertad de trabajo y su protección... Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, con una justa retribución... Se prohíbe toda discriminación que no se base en la capacidad e idoneidad personal...”

Universal de Derechos Humanos de la ONU ⁴⁰ , transformándose en una nueva forma de trabajo esclavo.

2.4- EQUIPOS DE TRABAJADORES.

Por equipo de trabajadores nos referimos a una realidad que, si bien ha sido propia del sector de la construcción y del agro, se ha ido extendiendo paulatinamente a otros sectores de la actividad económica. Como la mayoría de las relaciones contractuales expuestas, encontramos también en este caso un cierto grado de indeterminación conceptual.

El profesor Francisco de Ferrari lo define como un contrato en virtud del cual el trabajo contratado por un trabajador es realizado por él y su equipo, entre los que reparte la correspondiente remuneración pactada ⁴¹ . Por otra parte, el Diccionario de Derecho Social define el contrato de equipo, como una modalidad de contrato de trabajo donde la parte que presta los servicios está constituida por una pluralidad de sujetos, un equipo, que actúa normalmente representado por un jefe ⁴² . Finalmente, señala el Profesor Ramírez Gronda ⁴³ , este contrato se presenta cuando “el patrono, en lugar de celebrar contratos de trabajo con uno o más trabajadores, considerados estos individualmente, lo hace con un grupo de trabajadores indiferenciados (es decir, teniendo en cuenta el *resultado* del trabajo de un cierto número de personas)”.

De esta forma, estamos en presencia de un conjunto de contratos de trabajo, que son celebrados por el “encargado”, que representa a cada uno de los trabajadores del grupo con el empresario. En virtud de este mandato, el *encargado* está facultado para pactar las condiciones de trabajo, recibir la remuneración y repartirla entre los trabajadores.

La diferencia conceptual no es menor. La definición de profesor De Ferrari reconoce la existencia de un solo contrato de trabajo, celebrado entre una empresa y un trabajador, pero donde los servicios prestados son realizados por un grupo de trabajadores.

Esta definición importa que estaríamos en presencia de una modalidad de contrato de trabajo, donde los servicios no serían personales. Es de la esencia del contrato de trabajo, que la actividad laborativa sea personal ⁴⁴ . Sostener lo contrario implicaría, por ejemplo, que puede celebrarse un contrato de trabajo entre dos empresas. De esta forma,

⁴⁰ Artículo 23 N° 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.

⁴¹ DE FERRARI, FRANCISCO, Citado por EDUARDO AMEGLIO. Op cit. Pág. 72

⁴² CAPON FILAS, RODOLFO – GIORLANDINI, EDUARDO. Op cit. Pág. 202.

⁴³ RAMIREZ GRONDA, JUAN. El Contrato de Trabajo. En Tratado de Derecho del Trabajo. Dirigido por DEVEALI, MARIO. . Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina. 1964.

la definición propuesta por el profesor De Ferrari importa señalar que, en realidad, no hay un contrato de trabajo.

Por otra parte, la definición propuesta por el Diccionario de Derecho Social nos presenta una realidad diferente. Para esta definición, nos encontraríamos en presencia de una modalidad de contrato de trabajo, en que la parte trabajadora estaría compuesta por una pluralidad de sujetos. Esta visión importa aceptar la posibilidad de que existan varios trabajadores vinculados a un empleador, en función de la misma relación laboral. Sin embargo, surge la duda si la dependencia y subordinación puede presentarse respecto de dos o más trabajadores en virtud de una sola relación de trabajo.

Si bien esta definición nos presenta esta interrogante, aparece muy adecuada a cómo en la realidad se presenta la contratación de grupos o equipos de trabajadores. Esta posición, sin embargo presenta una serie de interrogantes. Primeramente, si es necesaria la preexistencia del grupo de trabajadores para verificar este tipo de contratación. Por otra parte, si los trabajadores pueden ejercer las acciones derivadas del contrato de trabajo común en forma separada, o deben actuar conjuntamente.

La posición presentada por el profesor Ramírez Gronda sostiene la existencia de varias relaciones laborales, una respecto de cada trabajador, y por tanto, de varios contratos de trabajo. Así, la naturaleza jurídica de las relaciones que se presentan entre el empleador y el equipo no tiene ninguna particularidad, por cuanto se constituyen tantos contratos individuales como personas integren el equipo.

La relación que se produce respecto del encargado o jefe de equipo está dada por un mandato para pactar un contrato de trabajo y para percibir la remuneración correspondiente. Debe dejarse constancia que esta representación no importa inmiscuirse en relaciones colectivas de trabajo.

Sin embargo, esta posición también deja algunos elementos sin responder. Primero, exige la preexistencia del grupo de trabajadores. Por otra parte, y lo que es más determinante, supone la existencia de un mandato que no se presenta necesariamente en la contratación de trabajadores.

Sin embargo, la lógica del mandato entre el jefe del equipo y la empresa tiene sentido, de forma que el jefe de equipo es contratado por la empresa, con cierto mandato para contratar a otros. Así, hay tantas relaciones laborales como miembros del equipo, todas ellas vinculan a cada uno de los miembros del equipo con la empresa. Finalmente, el jefe de equipo es un trabajador con una limitada capacidad de representación de la empresa frente a los trabajadores del equipo, que se relaciona con la posibilidad de contratar, de pagar, etc.

Así determinado, no estamos en este caso en presencia realmente de un sistema contractual, ni de propiamente intermediación laboral.

⁴⁴ Artículo 7º del Código del Trabajo: “ Contrato de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios *personales* bajo dependencia y subordinación del primero...”.

2.5- SUBCONTRATACIÓN, COLOCACIÓN Y SUMINISTRO VISTOS DESDE LA ECONOMÍA.

El trabajo es, a la vez, una realidad social, cultural, económica, etc. Por tanto, cualquier concepción que se tenga de él, y por tanto, cualquier conceptualización del mismo, puede ser observada a través de los prismas propios de las ciencias que estudian especialmente estas realidades.

Si nuestro concepto del trabajo, así como de las formas en que éste se presenta, no tienen una coherencia lógica entre el punto de vista jurídico, sociológico, económico, tendrá un principio de error. Por el contrario, si nuestros conceptos tienen coherencia desde estos prismas, tendremos a nuestro favor un principio de verdad, que aunque no es absoluto, valida de alguna manera nuestras concepciones.

En consecuencia, intentaremos un breve apartado para revisar las figuras expuestas desde la teoría económica, de forma de complementar nuestro análisis conceptual expuesto.

Desde este punto de vista, la colocación de personal no tiene un efecto demasiado especial. Su incidencia económica está dada por su objeto propio, esto es, vincular una oferta determinada con una demanda determinada. De esta manera, económicamente, su relevancia está dada en cuanto aporta transparencia al mercado de trabajo, agiliza los procesos de contratación, etc.

La subcontratación, en cambio, merece un tratamiento un poco más detallado. Mediante la subcontratación, la empresa principal adquiere un bien o servicio, cuya particularidad está dada porque es encargada por la empresa principal. En este sentido, lo que adquiere la empresa principal es un bien o servicio final, que ha de ser el resultado final de la función productiva de la empresa contratista. De esta manera, aparece como indiferente⁴⁵ el subcontratar un bien o servicio o adquirir este bien o servicio en el mercado, salvo en cuanto el bien o servicio subcontratado es “a la medida” específica de la necesidad.

Pero, entonces, ¿a qué se debe su extensión y utilidad?. Las razones las podemos encontrar en más de una respuesta.

El externalizar la producción de bienes y servicios tiene aparejada la virtud de radicarlos en empresas diferentes. De esta forma, cada empresa se dedica a aquello para lo cual tiene más y mejores competencias y experticia. Así, es esperable que se produzca una relación económica más eficiente.

Por otra parte, encontramos la utilidad de que mediante este sistema, las empresas (unidades económicas) mantienen un tamaño más reducido y que responderá mejor a los

⁴⁵ Utilizamos el término “indiferente”, en su sentido económico. De esta forma, importa que no es relevante económicamente una opción u otra.

cambios y requerimientos del mercado. Así encontramos una razón de carácter estratégico que justifica económicamente esta decisión.

Sin duda existen más razones que permiten y fomentan la utilización masiva de la subcontratación, pero nos bastará mostrar estos ejemplos.

Siguiendo nuestro análisis económico, nos centraremos ahora en el suministro de trabajadores. Como se expuso, lo central en esta fórmula de contratación es la separación de la actividad laborativa subordinada de sus aspectos humanos, personales. Por tanto podemos decir que lo central de ella es la adquisición del factor productivo trabajo. La forma tradicional de adquirir este factor productivo por las empresas es el contrato de trabajo. Entonces debemos preguntarnos, ¿qué justifica esta fórmula contractual, cuál es su aporte específico, cual es económicamente el sentido de la aparición de este tercero?.

Al separarse la actividad laborativa de sus consideraciones humanas, de sus aspectos formales, la empresa principal lo que hace en el fondo es adquirir el factor productivo trabajo depurado. Esto nos entrega la primera consecuencia, en cuanto a diferenciarlo de la subcontratación. En efecto, en este caso no se adquiere el resultado de una función productiva, sino simplemente un factor productivo específico, el trabajo.

Pero la especialidad de este sistema contractual es la separación de la relación laboral en un aspecto formal y otro real. Lo que adquiere la empresa beneficiaria es trabajo depurado. Esto importa que la empresa adquiera sólo el factor productivo; al igual que cuando adquiere el factor productivo capital o tecnología.

Tanto el capital como la tecnología son resultado de la actividad humana. Sin embargo, entran a la empresa sin esos aspectos. Ingresan como elementos despersonalizados. Lo que intenta el suministro es obtener ese mismo efecto para el factor trabajo.

Este hecho importa una serie de beneficios económicos para la empresa. En efecto, se utilizará la cantidad exacta de este factor para la función productiva adecuada en cada momento. Se transforma el costo de planilla de remuneraciones en un costo variable⁴⁶. Por otro lado, se hace previsible el costo del factor trabajo. En efecto, la empresa principal no se hará cargo de licencias médicas, embarazos, negociaciones colectivas y otros acontecimientos humanos que hacen variar tanto la cantidad de trabajo como su costo en un momento determinado.

Hemos expuesto una serie de beneficios económicos para la empresa. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar otra línea de beneficios asociados a la pérdida de derechos y prerrogativas de los trabajadores asociados a estas fórmulas contractuales. No ahondaremos en ellos, pero nos bastará señalar la pérdida de derechos de carácter colectivo, la dificultad de sindicalización y negociación colectiva; la aparición de trabajadores de segunda categoría al interior de las empresas; las diferencias de remuneraciones y beneficios de los trabajadores que participan de estos sistemas

⁴⁶ Costo variable es aquel que depende de la producción, a diferencia del costo fijo, que se mantiene estable a cualquier nivel de producción. El transformar un costo fijo en variable trae aparejado muchos otros beneficios para la empresa asociados con su mayor movilidad frente a los cambiantes requerimientos del mercado.

respecto de los trabajadores propios de la empresa principal, etc.⁴⁷ .

⁴⁷ Todos los textos consultados en que se presentan estudios de realidad dan cuenta de estas diferencias y pérdidas de derechos de los trabajadores “externos”.

3. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA PERSONA DEL EMPLEADOR.

Hemos expuesto un análisis conceptual de los diferentes sistemas contractuales que, al comprender la aparición de un tercero extraño en la tradicional relación laboral, importan una discusión respecto de la determinación de la persona del empleador. Corresponde ahora avanzar hacia la determinación del sujeto empleador en estas figuras.

Para ello realizaremos un camino de búsqueda centrado en diferentes criterios expuestos en la doctrina y la jurisprudencia, respecto de los elementos que individualizarían al sujeto empleador.

Debemos advertir al lector que muchos de los elementos expuestos no han sido desarrollados con este propósito. Muchos de ellos dan cuenta de la búsqueda de configurar o explicar la presencia de una relación laboral. Por ello, sólo nos detendremos en aquellos aspectos que aparecen relevantes en nuestra particular tarea.

Igualmente, intentaremos mostrar brevemente las diferentes respuestas que cada visión presenta frente a la determinación del empleador, y aquellas situaciones que no resuelven en forma satisfactoria.

3.1- LA DEFINICIÓN LEGAL DE EMPLEADOR

Iniciamos esta búsqueda desde la definición de empleador que nos entrega el Código del Trabajo. Por empleador, nos señala la letra a) del artículo 4° de este cuerpo legal, que se entiende “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”.

El concepto de empleador dado por el Código del Trabajo requiere un análisis de sus elementos. Primeramente debemos señalar que el verbo rector de este concepto es el vocablo “utilizar”. Según esto, será empleador la persona que utiliza los servicios del trabajador.

Utilizar tiene una doble acepción⁴⁸. La primera se refiere a aprovecharse (disfrutar) de una cosa. La segunda se refiere servirse de ella para algo. Según ambas acepciones para que exista empleador, la actividad laborativa del trabajador debe importar una mejora a la actividad del empleador.

El concepto de empleador, el Código del Trabajo lo cierra al señalar que esta utilización de servicios debe presentarse en virtud de un contrato de trabajo. Así, el legislador remite el concepto de empleador al contrato de trabajo. De esta forma, para ser empleador, conforme a este concepto, se requiere ser la contraparte de un contrato de trabajo.

El concepto de empleador, a pesar de estar limitado al contrato de trabajo, nos entrega un elemento particular, que viene a explicar la responsabilidad subsidiaria que se presenta en la subcontratación, conforme al artículo 64 del Código del Trabajo.

En efecto, esta responsabilidad subsidiaria, se fundamenta precisamente en que, si bien la empresa principal no es parte del contrato de trabajo entre contratista y trabajador, igualmente utilizamos los servicios personales de este trabajador. De esta forma, comparte algunos caracteres de empleador, sin llegar a serlo propiamente. Se convierte, de esta manera, en una especie de “empleador indirecto”⁴⁹. Por lo tanto surge para él una responsabilidad subsidiaria respecto de los derechos laborales y previsionales del trabajador⁵⁰.

Esta definición de empleador, resulta suficiente para solucionar el problema de la determinación del empleador, en el sistema contractual que origina la subcontratación. Si bien, la empresa principal utiliza los servicios del trabajador subcontratado, esta utilización no se produce en virtud de un contrato de trabajo. En efecto, el contrato de trabajo se celebra entre trabajador y empresa contratista. Respecto de esta empresa contratista se producen los efectos propios de la relación laboral (subordinación y dependencia). Así, la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, tiene origen legal, cuyo fundamento es el hecho de compartir algunos elementos que caracterizan al empleador, sin serlo realmente.

⁴⁸ OROZ, RODOLFO. Diccionario de la Lengua Castellana. Editorial Universitaria. Novena Edición. 1998. Pág. 737.

⁴⁹ WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO. “Las Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Ámbito de las Relaciones Laborales en Chile. Enfoque Institucional” Segunda Parte, en Revista Laboral Chilena, Agosto 1998. Pág. 73.

⁵⁰ Artículo 64 del Código del Trabajo. Artículo 20 de la Ley 17.322. Artículo 4° de la Ley 16.744.

3. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA PERSONA DEL EMPLEADOR.

El objeto del sistema contractual que da origen a la subcontratación es el encargo de una obra o servicio determinado. Así, la empresa principal utiliza los servicios del trabajador, pero sólo en la medida de que estos servicios forman parte de la obra o servicio subcontratado. Queda de manifiesto, entonces, que según la definición legal de empleador, en la subcontratación, esta función es asumida íntegramente por la empresa contratista.

Respecto del sistema contractual que da origen al suministro de trabajadores, la definición legal de empleador no nos presenta una respuesta unívoca. En efecto, dado que el objeto del suministro es separar la relación laboral en un aspecto real y otro formal, se rompe la consideración tradicionalmente aceptada de que la relación laboral tiene como única fuente al contrato de trabajo.

Es evidente que, en el suministro de trabajadores, quien utiliza los servicios personales del trabajador es la empresa beneficiaria. Sin embargo, el trabajador celebra su contrato de trabajo con la empresa suministradora. De esta forma se presenta la extraña situación de que el trabajador parece no pactar nada con quien utiliza los servicios. Le obedece, se somete a la potestad jurídica de mando de la empresa beneficiaria, le entrega su actividad laborativa subordinada, esta empresa se apropia del resultado de su trabajo, y sin embargo, no existe acuerdo de voluntades entre ambos. Es decir, aparentemente no se vinculan propiamente por un *contrato*.

El trabajador participa de este sistema contractual a través de un contrato de trabajo que suscribe con la empresa suministradora. En virtud de este contrato, el trabajador se obliga a prestar sus servicios personales subordinados a la empresa beneficiaria, determinada por la empresa suministradora.

De esta manera, el concepto de empleador presentado por el Código del Trabajo permite considerar como empleador tanto a la empresa suministradora como a la empresa beneficiaria.

En efecto, si la expresión “en virtud de un contrato de trabajo” se interpreta como que será empleador la contraparte de este contrato (quien concurre con su voluntad a este contrato), será empleador la empresa suministradora. En cambio, si esta expresión se interpreta de forma que, para que exista un sujeto empleador se requiere la presencia de este contrato (sin importar las partes que concurren en él), y para determinar quién es este empleador, deberá estarse a quien utiliza los servicios personales, la respuesta será contraria, siendo empleadora la empresa beneficiaria o principal.

Finalmente, esta definición incluso permitiría la posibilidad de considerar a ambas empresas como empleadoras, dado que entre ambas completan totalmente los requisitos legales para ser considerado propiamente empleador, a saber, ser la contraparte del contrato de trabajo, y ser la contraparte de la relación laboral⁵¹.

En la figura de la contratación de grupos de trabajadores, la respuesta desde este concepto de empleador tampoco es unívoca. Dada la relación entre empleador y contrato

⁵¹ Sin embargo, podría igualmente considerarse que, dado el principio de irrenunciabilidad de derechos, propio de la legislación laboral, será empleador solamente la empresa principal, toda vez que será prohibido al trabajador cualquier pacto tendiente a disminuir los derechos establecidos en la ley, y en particular, la presunción del artículo 8º del Código del Trabajo.

de trabajo señalada precedentemente, resultará fundamental determinar la manera en que se forman los acuerdos de voluntades de los sujetos participantes para determinar quién será empleador en cada caso.

Sin embargo, y adscribiendo a la teoría manifestada por el profesor Juan Ramírez Gronda, expuesto en capítulos anteriores, será empleador la empresa, y jamás el encargado. En efecto, la particularidad del encargado radica en representar a los trabajadores del equipo. De esta forma habrá tantos contratos de trabajo como trabajadores miembros del equipo de trabajadores, con la única particularidad que son pactados todos ellos por el mismo representante, es decir, por el encargado⁵².

Sin embargo, se presentan algunos problemas, cuando el equipo se constituye después de haberse pactado el trabajo entre el encargado y la empresa. En este caso, no hay una diferencia sustancial respecto de las actividades a realizar. Sin embargo es más complejo de resolver el problema de la formación del consentimiento en este caso. Al parecer, estaríamos en una situación análoga que la expuesta por el profesor Ramírez, con la diferencia que la representación del encargado no es de parte de los trabajadores sino de parte de la empresa. De esta forma, en este último caso, aparece un mandato especial que entrega la empresa al encargado, para contratar a los trabajadores miembros del equipo.

3.2- LA EMPRESA.

Corresponde ahora referirnos al concepto de empresa y determinar su vinculación con la determinación del empleador. Este concepto adquiere gran relevancia por dos razones principales.

Primeramente porque la doctrina laboral generalmente vincula al trabajo regido por la legislación laboral como aquel que se produce e incorpora en una empresa. Por otra parte, adquiere particular relevancia el concepto de empresa toda vez que la Constitución Política de la República establece como garantía constitucional la negociación colectiva en la empresa. Así señala que “la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo en los casos en que la ley expresamente no permita negociar”⁵³.

El Código del Trabajo (de jerarquía simplemente legal), nos presenta un concepto de empresa que está construido de forma bastante comprensiva⁵⁴. Señala que empresa es una organización de medios materiales, inmateriales (tecnología) y humanos, ordenados

⁵² RAMIREZ GRONDA, JUAN. Op cit.

⁵³ Artículo N° 19 N° 16 de la Constitución Política de la República.

⁵⁴ El inciso tercero del artículo 3° del Código del Trabajo define empresa como “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”.

3. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA PERSONA DEL EMPLEADOR.

bajo una dirección, con una finalidad determinada, sea o no de lucro. Sin embargo, a esta definición tan comprensiva, la ley le agrega un elemento de cierre formal, que restringe su alcance. Este elemento está constituido por la exigencia de contar con una individualidad legal determinada.

Es decir, el concepto legal de empresa contiene dos elementos: uno material, referido a la organización; y otro jurídico, referido a la individualidad legal, la cual “ha sido considerada por la jurisprudencia judicial y administrativa como sinónimo de persona natural o jurídica, descartando considerar como empresa las figuras jurídicas complejas que, como unidad productiva, participan en la producción de un bien o en la prestación de un servicio”.^{55 56}

Este elemento jurídico que limita la concepción de empresa, en forma indirecta⁵⁷, limita la garantía constitucional a la negociación colectiva dentro de la empresa⁵⁸. De esta forma, tendría vicio de inconstitucionalidad. En efecto, si bien la propia Constitución permite limitar el derecho de negociación colectiva por ley, esta limitación debe ser expresa, y por tanto no encubierta.

Por otra parte, esta norma importa una limitación que afecta el derecho referido en su esencia, e impone requisitos que impiden su ejercicio⁵⁹. En efecto, si bien se autoriza en el Código del Trabajo la negociación extra empresa, no se ha verificado ninguna negociación de este tipo.

Asumiendo la inconstitucionalidad del concepto de empresa dado por el Código del Trabajo, debemos buscar en otra parte su significado. De esta forma, y dadas las normas de hermenéutica⁶⁰ legal, debemos buscar un concepto de empresa en las ciencias que

⁵⁵ Mónica Vergara Río, “El Concepto Laboral de Empresa y los Créditos Laborales”, Revista Laboral Chilena, Diciembre 2003, Nº 122, páginas 69-72.

⁵⁶ La jurisprudencia mayoritaria ha hecho prevalecer el elemento jurídico-formal por sobre el elemento real o fáctico del concepto de empresa.

⁵⁷ Una interesante propuesta es la que señala Mónica Vergara del Río en el artículo “El Concepto Laboral de Empresa y los Créditos Laborales ya citado, donde propone reexaminar el concepto de empresa dado en el Código del Trabajo con el fin de adecuarlo a la realidad. En dicho artículo ella concluye que “la interpretación que hasta ahora se ha dado del Art. 3º inciso 3º que identifica el requisito de estar dotado de una individualidad legal determinada, con solo algunos de los sujetos reconocidos por el derecho y siempre con un sujeto individual no sólo es dogmáticamente incorrecta, sino que impide su aplicación a la realidad que pretende regular dejando un vacío que se ha pretendido llenar por la vía de la modificación legal.

⁵⁸ Véase el Informe de la Comisión Investigadora encargada de analizar los incumplimientos empresariales de la normativa laboral vigente, y de las facultades y recursos adicionales que requieren los organismos públicos para garantizar el cumplimiento de la ley, Cámara de Diputados de Chile, año 2001.

⁵⁹ No existe acuerdo en la doctrina respecto a la inconstitucionalidad planteada. Por la naturaleza propia de este trabajo no ahondaremos más en esta discusión.

⁶⁰ El Código Civil expone en su artículo 21 que las palabras de una ciencia o arte deben ser entendidas en el sentido que dicha ciencia o arte les da.

se preocupan de esta realidad.

Cuando nos introducimos en el mundo de la empresa, en búsqueda de una definición de la misma, el camino se vuelve bastante tortuoso. Si bien aparentemente existiría una especie de consenso respecto de lo que debe entenderse por empresa, éste no existe. Sin duda coinciden las diferentes concepciones de empresa en señalar que ésta es una entidad eminentemente económica. Sin embargo, se reconocen en ella un sinnúmero de otros elementos que la vuelven una realidad compleja.

Primeramente podemos definir empresa como una unidad que alquila los servicios de los factores productivos y los utiliza para producir bienes y servicios que vende a otras empresas, a las economías domésticas o a la administración pública⁶¹. Sin embargo, esta misma visión economicista de la empresa reconoce en ella una serie de limitaciones.

El concepto de empresa surge de la observación de la forma en que éstas se presentan dentro de la economía capitalista, y por tanto, da cuenta sólo de empresas cuya organización se centra en el capital. Sin embargo, no puede negarse la existencia de empresas centradas en otros factores productivos (Vg. cooperativas, empresas familiares, organizaciones económicas populares, etc.).

Una visión más científica de la misma señala que ella es una realidad compleja en la que se combinan siempre elementos económicos, técnicos, sociales, jurídicos, políticos y culturales. La empresa sería una unidad compuesta de diferentes elementos. Sería un “micromundo social, que se manifiesta como una organización de personas, actividades y cosas, racionalmente integradas a través de relaciones económicas, tecnológicas, institucionales”, orientadas hacia un objetivo eminentemente económico⁶².

Mucho se ha discutido respecto de la empresa, existiendo una profusa literatura respecto de la “teoría de la empresa”, y posiciones alternativas a ella. Sin embargo, para los fines de este capítulo, nos bastará señalar que se considera comúnmente a la empresa como una organización compleja, que mediante una particular organización de factores productivos, permite a los titulares de la unidad de gestión la orientación hacia un objetivo económico determinado por ellos, y cuyo resultado es uno o más bienes o servicios determinados⁶³.

Dada esta concepción de empresa, se nos presenta un camino más comprensivo a la hora de intentar determinar al empleador en las figuras contractuales en estudio.

En la figura del suministro de trabajadores, la empresa estará constituida por la denominada “empresa beneficiaria”. En efecto, es en ella donde se verifica la organización de factores productivos, y es de ella de donde surge el objetivo económico

⁶¹ LIPSEY, RICHARD. Introducción a la Economía Positiva. Novena Edición. Editorial Vicens-Vives. Barcelona. España 1974. Pagina 76.

⁶² RAZETO MIGLIARO, LUIS. Empresas de Trabajadores y Economía de Mercado. Nueva Versión. Programa de Economía del Trabajo. Santiago 1991. Pág. 30.

⁶³ Esta definición no es arbitraria, sino que busca incorporar las visiones de empresa a las cuales se ha tenido acceso en esta investigación.

que le es propio. En este sentido, la empresa suministradora no es más que un intermediario en el “alquiler” de este factor productivo. De esta forma, se asimila al suministro con la colocación de trabajadores. La diferencia de estos sistemas contractuales no sería relevante para la determinación del empleador, desde la lógica de la empresa.

Dentro de la subcontratación, y visto desde esta óptica de la empresa, se produce una situación particular. La subcontratación definida en términos estrictos, no presenta problema.

En efecto, si la empresa contratista es totalmente *autónoma* (funciona con sus propios factores productivos, determina autónomamente sus objetivos, y los administradores de ella son autónomo en sus decisiones) de la empresa principal, será ésta el empleador del trabajador subcontratado.

Sin embargo, y como en muchas ocasiones se produce, si esta autonomía no fuere absoluta, se estará en presencia de una particular situación. Estaríamos en presencia de una sola empresa. En efecto, si la labor realizada por la empresa contratista no logra transformarse en un producto, bien o servicio terminado, sino que, por el contrario, se presenta como un simple aporte de factores productivos, estaremos en presencia de una sola empresa. Igual cosa ocurre si las decisiones de la unidad de gestión no se presentan con independencia de la empresa principal. Será una sola empresa compuesta por la empresa principal e integrada también por la contratista.

Dicho de otro modo, para que exista propiamente subcontratación deben presentarse dos requisitos esenciales:

a) Que la empresa contratista aporte bienes o servicios determinados, es decir, bienes de capital o insumos⁶⁴ o bienes intermedios⁶⁵ y;

b) La empresa contratista debe ser propiamente una empresa, es decir, aquella unidad productiva que logra cierta producción en forma independiente, y al decir independiente decimos, en forma autónoma, no subordinada a la voluntad de otro⁶⁶.

En el caso de la contratación de equipos de trabajadores, esta visión desde la empresa soluciona fácilmente el problema, toda vez que, sin duda, todos los trabajadores del equipo se integran a la empresa. De esta forma el *encargado* no será jamás considerado empleador.

3.3- LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.

⁶⁴ Son bienes finales no destinados al consumo, sino a incrementar el factor productivo capital, como por ejemplo maquinarias, tractores, etc.

⁶⁵ Son aquellos bienes que, si bien pueden ser considerados bienes finales, ingresan nuevamente a al proceso productivo.

⁶⁶ BARDON, ALVARO, Op. Cit. Pág.51.

La jurisprudencia administrativa, aborda el problema de la determinación del empleador frente al cuestionamiento que presenta la figura del suministro de trabajadores.

Esta posición se materializa a través del Ordinario N° 5487/259 de 22 de septiembre de 1992 de la Dirección del Trabajo. En este ordinario, motivado por “necesidades del servicio”, se contemplan los criterios que imparte la Dirección del Trabajo a las respectivas Inspecciones del Trabajo comunales, para las diferentes dudas que pudieran surgir en las fiscalizaciones a empresas específicas.

Presentaremos una breve exposición del contenido de este dictamen, para terminar con un comentario de sus principales elementos, y la forma como pueden aplicarse frente a las otras figuras presentadas en esta memoria.

Este Dictamen comienza su exposición destacando el principio de supremacía de la realidad, que inspira toda nuestra legislación del trabajo. Sobre la base de este principio destaca que, más allá de la formalidad contractual, se debe considerar empleador a quien tenga la condición de tal en la real relación laboral. Recalca, en este sentido, que debe ser considerado empleador a quien utiliza los servicios del trabajador, esto es, la contraparte efectiva o práctica de la relación laboral.

En esta línea, será la contraparte del trabajador en la relación laboral, quien efectivamente ejerza las funciones de administración y dirección. De esta forma, para determinar quien es el empleador, cuando se presenten dudas a su respecto, “será preciso establecer a que actividad o establecimiento los trabajadores presten efectivamente sus servicios y con que personero o agente se dan los elementos que materializan el vínculo de subordinación y dependencia.”.

Respecto del contrato de trabajo celebrado entre el trabajador y la empresa suministradora, el citado dictamen señala que éste tiene un origen previo, por lo que no afecta las conclusiones antes señaladas.

De esta forma, se presentaría una situación por la cual el trabajador estaría sujeto a dos contratos de trabajo, de naturaleza distinta. Uno respecto de la empresa suministradora, y otro respecto de la empresa principal. Sin embargo, no aclara la naturaleza ni las características de estos contratos.

Continúa señalando que la realidad que se presenta en el suministro de personal es diferente a la subcontratación, regulada en el artículo 63 (actual artículo 64) del Código del Trabajo.

En efecto señala que en la subcontratación, la subordinación y dependencia del trabajador se presenta respecto de la empresa contratista. En cambio, en el suministro de personal, esta relación se presenta respecto de la empresa beneficiaria. Esto porque la empresa suministradora no realiza un aporte específico y distinto de las actividades de la empresa principal o beneficiaria, y porque los trabajadores suministrados no están bajo su responsabilidad laboral y técnica.

Concluye señalando que esta jurisprudencia administrativa es concordante con la teoría del Contrato Realidad, sostenida por importantes juristas y académicos.

De esta jurisprudencia, que nace con la intención de resolver los conflictos que presenta el suministro de trabajadores, se desprende una serie de criterios y principios

3. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA PERSONA DEL EMPLEADOR.

que son sumamente relevantes. Igualmente, deja planteada, aunque no en forma expresa, una serie de interrogantes que no resuelve.

En esta última línea, destaca el problema de la disociación que presenta entre contrato de trabajo y relación laboral. El contrato de trabajo es un contrato, es un acuerdo de voluntades.

De esta forma, no puede hablarse de un contrato realidad en el suministro, entre empresa beneficiaria (principal) y trabajador. Las voluntades del trabajador suministrado y empresa principal no se encuentran, no se forma un consentimiento en torno a generar una relación laboral.

El artículo 8° del Código del Trabajo, lo que hace es presumir la existencia de un contrato de trabajo. Sin embargo, este no existe en la realidad. Más bien aparece esta especie de contrato con un origen de carácter legal⁶⁷.

Por otro lado, el contrato de trabajo celebrado entre trabajador y empresa suministradora, tampoco es un contrato laboral concebido tradicionalmente. En efecto, no tiene el objeto de incorporar la actividad laborativa a la empresa parte, sino a otra empresa diferente. Es decir, no tiene por objeto que los servicios personales subordinados sean utilizados por quien aparece en carácter de empleador.

Por otra parte, la jurisprudencia administrativa analizada señala la existencia de una naturaleza diferente entre el contrato celebrado por el trabajador con la empresa suministradora. Sin embargo no soluciona el problema referido a la naturaleza de este contrato. Este Dictamen expresa que “ya que dicha convención (con la empresa suministradora) es anterior y, por lo mismo, de naturaleza distinta a aquella que se perfecciona a continuación (con la empresa beneficiaria o principal)”. Sin duda ambos contratos son de naturaleza laboral, y no aparece cuestionado que así sea⁶⁸.

El dictamen, al señalar que son de naturaleza diferente, parece pretender exponer que cumplen una función diferente. Sin embargo, no se ha aclarado esta función, así como tampoco, las características y elementos centrales de cada uno de ellos.

Respecto de la contratación de equipos de trabajadores, de la jurisprudencia comentada se pueden extender una serie de elementos importantes. En efecto, si lo que interesa es la realidad de las situaciones, más que la formalidad de las mismas, sin duda se debe considerar empleador de los miembros del equipo a la empresa. El rol de capataz que suele presentar el encargado del equipo no afecta este principio, toda vez que este es solo un mando medio de una organización productiva.

Respecto de la subcontratación, el dictamen en comento es absolutamente claro y no merece mayor comentario. En efecto, señala que en la subcontratación, la subordinación y dependencia del trabajador se presenta respecto de la empresa contratista.

⁶⁷ Así expresado, aparece como una técnica legislativa de otorgar la protección de la normativa laboral a una realidad que no tiene su origen en un contrato de trabajo. Es en este sentido que se asemeja a un cuasicontrato, de forma que es la ley la que otorga determinadas consecuencias jurídicas a un hecho, a la presencia de una relación laboral.

⁶⁸ En el sentido de que no son contratos de naturaleza civil, comercial, etc.

La jurisprudencia comentada es complementada por otro dictamen de 11 de marzo de 2003, Ordinario 922/25 de 11 de Marzo de 2003, inspirado también en las necesidades del servicio, y que busca fijar el alcance del artículo 478 del Código del Trabajo, que fuere modificado por la Ley N° 19.759 de 5 de octubre de 2001⁶⁹.

Conforme a este dictamen, la figura de la simulación laboral que se sanciona en la especie, se asimila a una situación de fraude a la ley.

La presencia de fraude a la ley es muy antigua, y ya reconoce antecedentes en el Derecho Romano.

La infracción a la ley, incluida la laboral, puede ser presentada en dos dimensiones, a saber: mediante una acción dirigida a su franco incumplimiento, sin fingir ni engañar; o bien, buscando el apoyo de otra u otras normas con el objeto de evadir el cumplimiento de la primera.

En el primer caso la conducta ilícita se denomina simplemente infracción o contravención de ley y, en el segundo caso, se llama fraude a la ley.

El Dictamen en comento es explícito en señalar que, para estar en esta situación de fraude a la ley se requiere la presencia de cuatro elementos copulativos:

- a) Que una persona natural o jurídica tenga la calidad de empleador, respecto de un trabajador;
- b) Que este empleador no haya escriturado un contrato de trabajo con su trabajador;
- c) Que concurra la presencia de un tercero que aparezca como acreedor de los servicios del trabajador y;
- d) Que se produzca el resultado de encubrir al empleador.

En este caso, la norma eludida sería, según la referida jurisprudencia administrativa, el artículo 3° del Código del Trabajo⁷⁰, en particular la definición de empleador. Sin embargo, esta defraudación importa, de alguna manera, la de un atentado o incumplimiento a la mayor parte del ordenamiento jurídico laboral, en cuanto es el empleador el principal sujeto pasivo de la mayoría de las obligaciones que impone la legislación del trabajo.

3.4- EL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO.

⁶⁹ La Ley modifica en diferentes aspectos el Código del Trabajo. En lo pertinente, las principales modificaciones se refieren a eliminar el requisito del Dolo a la simulación laboral, a incrementar el monto de las multas que proceden en este caso y a establecer la responsabilidad solidaria de las empresas que se ven involucradas en este fenómeno.

⁷⁰ En efecto, la Ley N° 19.759 agregó un inciso al artículo 3° del Código del Trabajo que es del siguiente tenor: "Las infracciones a las normas que regulan las entidades a que se refiere este artículo se sancionarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 478 del Código del Trabajo".

3. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA PERSONA DEL EMPLEADOR.

Otro camino por el cual incursionar en la determinación del empleador, está dado por la determinación del objeto del contrato de trabajo. Se pretenderá, por este camino, que en la identificación del objeto de este contrato, se determinarán las partes que en él intervienen.

El objeto del contrato de trabajo, es algo que no está plenamente resuelto. Tradicionalmente se ha considerado que está constituido por el trabajo humano, o por la persona del trabajador, en cuanto se pone a disposición del empleador. Sin embargo estas consideraciones han sido objeto de importantes críticas, por cuanto ni el ser humano, ni sus atributos esenciales pueden ser objeto de un contrato.

De esta forma se ha señalado que el objeto del contrato de trabajo no puede ser la persona humana, ni el trabajo de la misma. En efecto, y dada la abolición de la esclavitud, no puede comerciarse con seres humanos, ni con caracteres que son propios y esenciales de la humanidad.

De esta forma, no puede ser objeto de un contrato el esfuerzo humano, pues le es inseparable. El hombre es un sujeto de derechos y obligaciones, y jamás puede ser considerado como un objeto de derecho. Sin perjuicio de ello, no se puede desconocer la humanidad del trabajo subordinado, que en muchos sentidos viene en justificar la existencia misma del derecho del trabajo.

Los efectos de la “actividad personal” se radican en el patrimonio del empleador, por lo que se hace indispensable diferenciarla claramente del trabajador, como un objeto del sujeto que lo crea.

Se ha sostenido con fuerza que el objeto del contrato de trabajo es la actividad laborativa⁷¹. Por ella se entiende aquella actividad o “acción productiva que ejecuta un trabajador en forma personal, prolongada y remunerada, dentro de un proceso organizado de producción, bajo subordinación técnica de su empleador, a favor de la empresa de este último, en el desarrollo de una función determinada por las partes”⁷².

Este concepto, extraído de la doctrina italiana, destaca el elemento de colaboración de la actividad laborativa dentro del proceso de producción. Este elemento colaborativo sería el elemento diferenciador de aquella actividad que es objeto del contrato de arrendamiento de servicios, propio de la legislación común. Presentado de esta forma, la diferencia entre el arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo estaría dado por cuanto tienen un objeto distinto.

Siguiendo esta línea, la actividad laborativa es una “cosa” distinta del trabajador. Es un objeto diferente a la persona del trabajador, y por tanto, susceptible de comercio, susceptible de contratación.

De la forma expuesta, será empleador quien adquiere la actividad laborativa. Será empleador, la organización productiva que aprovecha esta actividad laborativa. Será empleador, el titular del patrimonio en el que se radica el fruto de esta actividad laborativa.

⁷¹ MACCHIAVELLO, GUIDO. Derecho del Trabajo. Tomo I. Fondo de Cultura Económica Santiago. 1986.

⁷² MACCHIEVELLO, GUIDO. Op cit. Pág. 168

Este elemento y los criterios para determinar a la persona del empleador que de él se desprenden, nos presentan interesantes respuestas frente a los cuestionamientos que surgen en la figura del suministro de trabajadores.

En este sistema, el empleador será sin duda la empresa beneficiaria. En efecto, es esta empresa beneficiaria la que adquiere la actividad laborativa, la que la aprovecha y sin duda será en su patrimonio en el que se radican sus efectos.

Lo que resta por resolver es la forma, el título para adquirir esta actividad laborativa. En efecto, tradicionalmente se considera como único título para adquirir la actividad laborativa del trabajador el contrato de trabajo. Sin embargo, su presencia se cuestiona en este sistema contractual, respecto de empresa beneficiaria y trabajador.

Respecto de la subcontratación, siguiendo este camino, la respuesta no es tan evidente. La organización productiva que aprovecha la actividad laborativa (a la que se integra el trabajo), será la empresa contratista. Es en ésta en la cual se une con los otros factores productivos para generar el bien o servicio subcontratado.

Sin embargo, el patrimonio en el que se radica en definitiva esta actividad laborativa es el de la empresa principal. En efecto, es precisamente la intención final del sistema contractual a que da origen la subcontratación, que sea la empresa principal la que en definitiva adquiera el bien o servicio subcontratado. Sin embargo, la forma como la empresa principal adquiere este trabajo es homologable a como lo realiza cualquier consumidor final del trabajo incorporado al bien o servicio que consume.

De esta forma, en realidad lo que adquiere la empresa principal, no es la actividad laborativa, sino una cosa diversa. Adquiere un bien o servicio determinado, que entre sus componentes encuentra el factor trabajo, pero que es una cosa diversa a los factores productivos que la componen.

Finalmente, en la contratación de equipo de trabajadores, la actividad laborativa de los trabajadores miembros del equipo ingresa a la organización de la empresa, en su patrimonio se radican los resultados de la misma, por lo que sólo nos permite concluir que es éste el empleador de todos los miembros del grupo.

3.5- LA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA.

El elemento de la subordinación y dependencia se encuentra en el corazón de la definición de contrato de trabajo dada por el artículo 7° del Código del Trabajo. Sin embargo, el tema de la subordinación y dependencia está lejos de ser zanjado. Sin entrar a discutir las diferencias de ambos vocablos, los utilizaremos como sinónimos⁷³.

⁷³ Esta sinonimia no produce conflictos mayores, pues la literatura habla de subordinación económica y de dependencia material en forma bastante indistinta. Igualmente ocurre respecto de la subordinación o dependencia técnica. Además, en nuestra legislación positiva, ambos términos son utilizados como sinónimos. Simplemente precisaremos que la literatura prefiere el vocablo dependencia para hacer referencia a aspectos económicos y sociales, y subordinación para aquellos aspectos más jurídicos.

3. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA PERSONA DEL EMPLEADOR.

El tema de la subordinación y dependencia es sumamente relevante y central en nuestra legislación del trabajo. En efecto, se ha señalado que constituye el elemento diferenciador del contrato de trabajo respecto de otros contratos que hacen referencia al trabajo humano⁷⁴.

Por otra parte, la literatura jurídica justifica la aparición histórica del derecho laboral en la subordinación y dependencia. En efecto, el profesor Sardegna resume esta idea en las siguientes palabras: “El Derecho del Trabajo nació como consecuencia de una verdad evidente: la inferioridad económica del trabajador por cuenta ajena frente a su dador de trabajo. Allí se encuentra el origen de la cuestión social y de esta rama del derecho... Por nuestra parte... recordamos que aquel(el derecho laboral) surgió como reacción a la transmutación del trabajo en mercancía, la explotación del hombre por el hombre y el régimen de vida bajo el cual el individuo se convierte en inhumano instrumento del proceso productivo”⁷⁵.

Sin embargo, estas palabras se refieren a una subordinación económica, por la cual el trabajador no está en condiciones de pactar libremente las condiciones de trabajo, su ejecución y su término. De esta forma, se le asimila a un sujeto con incapacidad relativa, y que por tanto, debe ser protegido por el ordenamiento jurídico⁷⁶.

Además, se ha reconocido que este carácter subordinado, si bien tiene un trasfondo fuertemente económico, es de naturaleza compleja. En este sentido, se le reconocen aspectos de carácter psicológico, político, educacional, cultural, etc. .⁷⁷.

Esta visión, que centra la mirada en la subordinación económica del trabajador frente a la empresa ha sido criticada, por cuanto incluye realidades que exceden lo propiamente laboral. En efecto, existen muchas realidades diversas que incluyen esta realidad, pero que no son propias de la ley laboral. Entre ellas destacan las actividades que se han denominado como “parasubordinadas”⁷⁸.

Otra línea de críticas se refiere a que la legislación laboral protege a trabajadores

⁷⁴ Como sería en arrendamiento de servicios o de obra, regulados en el Código Civil.

⁷⁵ SARDEGNA, MIGUEL ANGEL. En Prólogo del libro Modalidades de Contratación Laboral GEREZ, OSCAR. Ediciones Depalma Buenos Aires. Argentina. 1995.

⁷⁶ Esta misma línea de argumentos se usan hoy en día para justificar el Derecho Social, que incluiría todo el conjunto de normas destinadas a proteger al individuo que se relaciona en esta posición de inferioridad en el mercado. Serían parte de este derecho social, además del derecho laboral, las normas de protección de los consumidores, las normas de protección del medio ambiente, la ley indígena, y una serie de normas que limitan los contratos de créditos de consumo, de seguros, de transporte y otros.

⁷⁷ DEVEALI, MARIO. “El Derecho del Trabajo”. Tomo I. Ed. Astrea. Argentina. 1983. Pág. 180.

⁷⁸ Se presenta cuando se contratan trabajadores que son económica y socialmente subordinados o dependientes por carecer de medios de producción, y que participan en calidad de contratante débil, pero que no se presenta propiamente un contrato de trabajo. Entre estas formas podemos destacar algunos pequeños artesanos, los jardineros que prestan servicios directamente al público, algunos microempresarios y trabajadores por cuenta propia, e incluso profesionales que venden (arriendan) servicios a honorarios. etc.

que no están en una posición de subordinación (en el sentido descrito) respecto de su empleador. Aquí encontramos el caso de gerentes y de trabajadores con remuneración particularmente elevada. Igualmente, aunque por razones distintas, se señalan algunas microempresas populares, en las cuales el empleador no puede establecer una verdadera supremacía respecto del trabajador. Ello porque el empleador se presenta en una situación sociológica, política, social y económica que en poco difiere de la de su empleado.

La subordinación técnica se refiere a aquella potestad del empleador en virtud de la cual el trabajador deberá ajustar su actuar, su actividad laborativa, a las órdenes que le imparte el empleador. Estas órdenes serían de carácter técnico administrativas. Su fundamento está dado en que es el empleador quien sabe como producir, y en este sentido ordena el trabajo y su relación con los demás factores productivos.

Este elemento, en cuanto determinante de la relación de trabajo es igualmente criticado. Se le critica principalmente porque el aporte del empleador puede no estar dado por el cómo producir, sino por algún otro aspecto propio de la empresa (comercialización, por ejemplo). En efecto, se encuentran innumerables casos donde parte del aporte del trabajador lo constituye el cómo producir. Esto se hace más común, donde su preparación es superior a la del empleador (por ejemplo si se contrata a un especialista en determinada ciencia o técnica).

El concepto de subordinación o dependencia más relevante está dado por lo que se ha definido como subordinación jurídica. En efecto, parece ser precisamente este particular tipo de subordinación la que individualiza al trabajo que se constituirá como objeto de protección de la ley laboral.

La subordinación jurídica encuentra su fundamento en el hecho de que el trabajador, en virtud del contrato de trabajo, pone a disposición de otro (empleador) su actividad laborativa. El hecho de poner a disposición su actividad laborativa es lo que autoriza al empleador a dirigir la tarea que realizará el trabajador⁷⁹.

Cualquier actividad realizada por un conjunto de personas debe ser dirigida y coordinada por alguien. En virtud del contrato de trabajo, el empleador adquiere la actividad laborativa del trabajador. De esta forma, puede disponer de ella, es decir, puede determinar libremente en que forma la utiliza, así como verificar si la tarea se ha realizado, la calidad y los pasos de la misma, y finalmente fiscalizar el trabajo realizado.

Así entendido, la subordinación jurídica tiene una doble dimensión. Por una parte, el “poner a disposición” del empleador la actividad laborativa, y por otra, la facultad del empleador de “disponer” de la misma. Serán dos caras de la misma moneda, y constituyen lo que se ha denominado la subordinación jurídica y la potestad jurídica de mando respectivamente.

Sin embargo no existe en nuestra legislación ni en la jurisprudencia, un concepto de subordinación jurídica, pese a que se recurre a ella siempre como criterio casi excluyente, exclusivo y como verdad insoslayable al momento de calificar una relación de trabajo y,

⁷⁹ RAMIREZ GRONDONA, JUAN. El Contrato de Trabajo, en “Tratado de Derecho del Trabajo”. dirigido por DEVEALI, MARIO. Tomo I. Ed. La Ley. Argentina. 1994. Pág.423.

3. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA PERSONA DEL EMPLEADOR.

por ende, dilucidar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

Si bien la doctrina ha provisto de definiciones de subordinación, ninguna de ellas da cuenta de lo que el Código del Trabajo entiende por ésta, por cuanto “nuestra normativa no ha construido la idea de subordinación como concepto o definición jurídica, cerrada y completa, sino como un tipo normativo, abierto y en construcción, que recogido en numerosas normas, debe ser reconstruido por los operadores del derecho a partir de sus rasgos más comunes, que son precisamente los denominados indicios de subordinación”.

80

Bajo este contexto, se ha entendido que existe subordinación jurídica cuando se presentan ciertas manifestaciones concretas que pretenden dar cuenta de ella. Así, se entiende que estamos en presencia de subordinación jurídica cuando un trabajador labora en las dependencias del empleador, cuando cumple un horario, cuando recibe órdenes directas, reconoce un superior inmediato y es objeto de fiscalización más o menos permanente.

Dado todo lo anterior, la aplicación de este criterio para calificar una relación laboral, es fuente de una serie de inconvenientes. Es cuestión de ver los trabajadores señalados en el artículo 22 y 305 del Código del Trabajo para constatar que se considera trabajadores subordinados a personas que no reciben órdenes y no están bajo el control de otros, e incluso ejercen la potestad jurídica de mando.

El origen de estos inconvenientes se presenta en cuanto se identifica la subordinación jurídica por sus consecuencias típicas y no por sí misma, por su concepto. La causa de la subordinación y dependencia está dada por la relación de trabajo, y en este sentido, por cuanto la actividad laborativa es puesta a disposición de otro, quien la utiliza conforme sus intereses.⁸¹

La subordinación jurídica, en los términos planteados, nos presenta una serie de consideraciones respecto de la determinación del empleador en el sistema contractual del suministro de trabajadores. En esta fórmula contractual el empleador del trabajador

⁸⁰ José Luis Ugarte, “La Subordinación Jurídica: El concepto que nunca estuvo”, Revista Laboral Chilena, enero 2004, número 123.

⁸¹ Una visión interesante respecto de la subordinación y dependencia se encuentra en el derecho anglosajón. Una posición más tradicional consideraba empleador a al titular del poder de *control* del trabajo. Este control aparece como un concepto análogo a dependencia técnica, explicada precedentemente. Sin embargo, la homologación de conceptos no es idéntica. En efecto, esta visión presenta una interesante solución para enfrentar los casos que no dan cuenta propiamente de la subordinación técnica, como serían los cargos gerenciales o los trabajadores altamente capacitados. Ello lo logra señalando que el control puede ser ejercido por el empleador, o delegado por él al trabajador mismo. De esta forma, se determina al empleador en la medida que éste tenga la *facultad de dirigir o delegarle el control* al trabajador. Esta delegación de control se representa claramente en los trabajadores de nivel directivo y en trabajadores de alta especialidad técnica. Una visión más moderna del derecho industrial anglosajón nos presenta la determinación del empleador en función de comparar la relación de trabajo con la relación propia del contrato de prestación de servicios. En el primero, el trabajador, el empleado, pasa a ser parte de la empresa, e igualmente el trabajo que realiza pasa a ser parte de la empresa. En cambio, en el contrato de servicios, el trabajo, si bien se realiza para la empresa, no se ve integrada a ella. GAYER, L.J. *Derecho Industrial. Traducción de De La Quintana, Juan. Instituto de Estudios Públicos. Madrid. 1965*

suministrado sería la empresa principal o beneficiaria. Es esta empresa la que dispone de la actividad laborativa, se apropia de ella, y determina donde y como se utiliza.

La situación señalada, en el sentido de que se tiende a identificar la subordinación con un conjunto de hechos asociados a cumplir órdenes, jornada, trabajar en el domicilio del empleador, el ser supervisado en forma más o menos permanente, etc., presenta una serie de inconvenientes.

En efecto, se ha generalizado una práctica, por la cual los trabajadores suministrados son coordinados por un trabajador también suministrado. De esta forma se aparenta que la subordinación se presenta respecto de la empresa suministradora. Así, si se remite la subordinación jurídica a lo que es, más allá de sus consecuencias típicas, se encuentran soluciones generales que son aplicables a novedosas formas de administración de personal y a sistemas contractuales complejos.

Por otra parte, en cuanto a la facultad de sancionar al trabajador, si bien materialmente la tiene la empresa beneficiaria (al solicitar el reemplazo del trabajador), es ejecutada formalmente por la empresa suministradora. En efecto, es esta la que procede a formalizar el despido del trabajador. Sin embargo, pese a la formalidad y a que la relación formal y patrimonial se vincula a la empresa suministradora, la subordinación se vincula, indudablemente, a la empresa principal.

Por otro lado el problema de determinar cuál es el rol y la relación entre el trabajador y la empresa suministradora. A razón de qué, esta empresa se hace cargo de los aspectos formales de la relación de trabajo. Dónde surgen las obligaciones de la empresa suministradora. Estos cuestionamientos tienen su origen en la incapacidad para determinar claramente qué es subordinación jurídica, y cuáles son sus elementos y características propias.

Desde la concepción propuesta de subordinación jurídica, estas obligaciones son contractuales, en la medida que el efecto propio del suministro de personal es separar el trabajo de quien lo ejecuta, o dicho de otro modo, el disponer del trabajo de la carga obligacional correspondiente.

De esta forma, habría que señalar que, pese a que la obligación de remunerar es asignada a la empresa suministradora, el empleador será igualmente la empresa principal, por cuanto a esta se pone a disposición la actividad laborativa, y es esta quien dispone de ella.

Respecto de la subcontratación, en cambio, la subordinación jurídica aparece como un elemento bastante clarificador a la hora de determinar al empleador. En efecto, la actividad laborativa se pone a disposición de la empresa contratista, y esta ejerce la potestad jurídica de mando tanto en su aspecto real como formal.

De este mismo modo, la subordinación jurídica se presenta respecto de la empresa en el caso del equipo de trabajadores. Sin discusión es la empresa y no el jefe de equipo, quien dispone de la actividad laborativa.

4. PROYECTO DE LEY SOBRE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, Y QUE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS

4.1. ANTECEDENTES ⁸² .-

Durante el proceso de discusión parlamentaria cuyo resultado fueron las reformas a la ley laboral introducidas por la Ley N° 19.759 del año 2001, una de las últimas indicaciones del ejecutivo contenía un conjunto de normas que buscaban regular de manera específica la subcontratación y a las empresas de trabajo temporal. Sin embargo, a petición de los

parlamentarios integrantes de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, se le pidió expresamente al gobierno que se excluyera del proyecto el capítulo referido a este tema, con el objeto que se plasmara en un proyecto de ley distinto.

Fue así como el gobierno, asumiendo su compromiso, el día 21 de mayo de 2002, primer día de la legislatura ordinaria del Congreso Nacional, ingresó esta iniciativa como un texto independiente. El Proyecto es el N° 3.240 y se denomina “Sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación, y que Regula el Funcionamiento de Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios”.

Las normas de este proyecto refieren y dan cuenta de los mismos principios que inspiraron la anterior iniciativa de reforma legislativa. Sin embargo, y conforme el Mensaje con que ingresa al Parlamento, “se incorporaron en esta oportunidad aquellas adiciones que contribuyeron a una más adecuada y completa regulación de esta importante materia”.⁸³

Las normas propuestas por este Proyecto de Ley, son de particular significancia. En efecto, y como se expondrá, importan una redefinición de la subcontratación laboral, autorizan por ley un sistema especial de suministro de trabajadores, que se denomina en doctrina como “*trabajo temporario*”, y explicitan que las relaciones laborales que encuentran su origen en sistemas contractuales no regulados, no producen efectos diferentes a la contratación directa.

Es en atención a estas consideraciones, que hemos decidido darle un párrafo especial a esta normativa. Para ello, nos basamos en el texto del proyecto ingresado a tramitación por el Poder Ejecutivo. Sabemos, por las actas de sesiones del Senado, que en la tramitación parlamentaria se han intentado diversas modificaciones a este proyecto, pero éstas no han sido ratificadas por ambas Cámaras, de forma que no encuentran un texto más o menos definitivo que pueda ser analizado con rigurosidad. Por ello, y por el especial valor jurídico de la iniciativa del Ejecutivo, lo que a continuación se expone se refiere a dicho texto.

4.2-CONTENIDOS DEL PROYECTO DE LEY.⁸⁴

Conforme a lo establecido en el Mensaje del proyecto de ley, los principales aspectos del

⁸²

Al momento de la elaboración de esta memoria, el proyecto de ley sobre esta materia se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional, en cuenta de proyecto, para informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados.

⁸³

Boletín N° 2943-13

⁸⁴

Este análisis versa sobre aquel proyecto presentado al Congreso Nacional por el Presidente de la República.

4. PROYECTO DE LEY SOBRE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, Y QUE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE

mismo, se puede resumir en los siguientes:

a) Adecuaciones Formales.

Se agrega un nuevo capítulo V al título II del Libro I del Código del Trabajo, donde en su primer párrafo se regula la subcontratación y, en el segundo, el suministro de trabajadores a través de las Empresas de Servicios Transitorios.

b) Conceptualización de instituciones reguladas

El proyecto de ley define las diferentes instituciones reguladas, como lo es el trabajo en régimen de subcontratación, empresa de servicios transitorios, usuaria y trabajador transitorio.

c) Excepcionalidad del contrato de trabajo de servicios transitorios

El proyecto de ley autoriza el suministro temporal de trabajadores sólo a través de las empresas de servicios transitorios, como única forma que las empresas tendrán de acceder a la intermediación laboral. Además el contrato de trabajo de servicios transitorios sólo se podrá celebrar cuando concurren determinadas circunstancias temporales o extraordinarias en la usuaria y que se señalan en el proyecto.

d) Responsabilidades del dueño de la obra, empresa o faena

En el sistema de trabajo en régimen de subcontratación, el proyecto reitera el régimen de responsabilidad subsidiaria que afecta al dueño de la obra, empresa o faena en favor de los trabajadores de la contratista y/o subcontratista que actualmente existe en nuestra legislación.

Asimismo en el suministro de trabajadores, el proyecto de ley establece también un régimen de responsabilidad subsidiaria de la usuaria a favor de los trabajadores de la empresa de servicios transitorios. Sin embargo, como la usuaria ejerce las facultades de dirección y organización del trabajo sobre los trabajadores suministrados por la empresa de servicios transitorios, el proyecto dispone una responsabilidad directa y principal por el cumplimiento de las obligaciones de protección y de prevención de riesgos de accidentes y enfermedades profesionales.

e) Fiscalización de la Dirección del Trabajo.

El proyecto le entrega a la Dirección del Trabajo el cumplimiento de las normas propuestas, teniendo como funciones entre otras fiscalizar las condiciones que autorizan la celebración de contratos de servicios transitorios, la identificación de las partes de la relación laboral y de la usuaria y las conductas infraccionales en que se incurriere. No obstante, las cuestiones suscitadas entre la propia Dirección del Trabajo y las empresas de servicios transitorios, entre ellas y sus trabajadores, entre estos últimos y las usuarias, serán de competencia de los Tribunales de Justicia.

f) Limitaciones para las Empresas de Servicios Transitorios.

Las empresas de servicios transitorios no pueden ser matrices, filiales, coligadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo con empresa usuarias que contraten sus servicios.

g) Constitución de Garantías de Cumplimiento de Obligaciones Laborales y

Previsionales de los Trabajadores

Con el objeto de garantizar la seriedad y la solvencia de las empresas de servicios transitorios, estas empresas deben constituir una garantía permanente a favor de la Dirección del Trabajo destinada a responder de las obligaciones legales y contractuales de la empresa con los trabajadores transitorios y de las multas que se le apliquen por infracciones a las normas laborales.

h) Sistema Registral de Empresas de Servicios Transitorios

Las empresas de servicios transitorios deberán inscribirse en un Registro Especial que llevará la Dirección del Trabajo, como condición para ejercer la actividad de suministro de trabajadores.

i) Sanciones al Suministro de Trabajadores en contravención a lo dispuesto en el proyecto de ley.

Se sanciona toda conducta o acto en infracción al proyecto de ley. Así, por ejemplo, se sanciona toda forma de suministro laboral que no se ajuste a las normas propuestas, principalmente para evitar la simulación de relaciones laborales permanentes entre la usuaria y el trabajador suministrado; el suministro de trabajadores para los casos expresamente excluidos en el proyecto y la falta de contrato de provisión. También se sanciona a las empresa que ofrecen el suministro de trabajadores que no estén registradas o que son ilegales.

En estos casos, además se establece una presunción de derecho que consiste en que la relación laboral se configura entre la empresa usuaria y el trabajador, conforme a las reglas generales.

4.3-ANÁLISIS PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley deroga los actuales artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo e introduce un nuevo capítulo V al Título II del Libro I, denominado “Del Trabajo en Régimen de Subcontratación y del Suministro Temporal De Trabajadores”, que a su vez contiene dos párrafos: el primero denominado “Del Trabajo en Régimen de Subcontratación” y, el segundo, denominado “De las Empresas de Servicios Transitorios, del Contrato de Provisión y del Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios”

De esta forma, el proyecto de ley que se analiza comprende modificaciones legales que tienden a regular dos situaciones claramente diversas. Por una parte regula la subcontratación, y por otra, una fórmula específica de suministro de trabajadores.

Dado lo anterior, analizaremos separadamente estos dos sistemas, a fin de poder compararlos con el concepto y determinación del empleador, propuestos en el presente trabajo.

A) EL PROYECTO DE LEY Y LA SUBCONTRATACIÓN.

4. PROYECTO DE LEY SOBRE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, Y QUE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE

Este sistema contractual regulado en el primer párrafo del nuevo capítulo V propuesto, consta de 5 artículos que se extienden desde el artículo 152 A, hasta el artículo 152 E.

En el artículo 152 A se define lo que es la subcontratación laboral. La norma propuesta dice:

“Artículo 152 A.- Es trabajo en régimen de subcontratación, aquel realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado en adelante contratista o subcontratista, cuando éste, en virtud de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios determinados, por su cuenta y riesgo, con sus propios elementos y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena.

No es trabajo en régimen de subcontratación aquel que realice el trabajador personalmente en condiciones de subordinación o dependencia respecto del dueño de la obra, empresa o faena o aquel en que el trabajador es puesto a disposición de ésta por un intermediario, sin ajustarse a las normas del párrafo siguiente. En ambos casos se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena”.

Este texto busca definir la subcontratación combinando, por una parte, un concepto que incorpora sus principales elementos, y por otra, mediante un ejercicio de exclusión, que señala que no es subcontratación.

Pocas veces encontramos un proyecto de ley en materia laboral, que se presenta con tanta pureza una definición, y con tanta precisión académica y coherencia práctica.

En esta línea, el concepto propuesto es específico en reconocer la existencia de un sistema contractual, producto del cual surge una forma atípica de contrato de trabajo. Así, reconoce expresamente la existencia de un contrato por el cual una empresa (contratista) contrata con otra la obligándose a *ejecutar obras o servicios determinados, por su cuenta y riesgo, con sus propios elementos y con trabajadores bajo su dependencia*.

De esta forma, es explícito en señalar que la obra o servicio desde ser realizada por su cuenta y riesgo, con sus propios elementos (capital, insumos, tecnología), y trabajo. O como se expuso en el capítulo 2.5. de esta memoria, debe ser el resultado final de la función productiva de la empresa contratista, y no simplemente un paso de la función productiva de la empresa mandante o principal.

Además, señala que el bien o servicio que se obliga a realizar para su mandante han de ser determinados. Esto, a nuestro entender, importa que no estamos en presencia de subcontratación si los servicios o bienes subcontratados son genéricos, indeterminados, o que den cuenta de acciones y o elementos que no den cuenta de una unidad. Dicho de otro modo, y acorde con lo expresado en este texto en el capítulo 2.3., han de ser bienes o servicios separables, entendiéndose por esto la circunstancia de que estos bienes o servicios subcontratados puedan disociarse de los bienes o servicios producidos por la empresa principal, sin perder su esencia. Es decir, sin transformarse en otra cosa diversa.

El inciso segundo de este proyecto de ley, es claro en señalar que no hay subcontratación si la subordinación y dependencia del trabajador se verifica respecto de quien encarga la obra o faena al contratista, o en caso de estar frente al suministro de trabajadores que regula el mismo proyecto en los párrafos siguientes. En estos casos, la

reforma legislativa propone que se considere empleador a la empresa mandante o principal.

Pese a la distinción tan clara en la subcontratación, en el sentido de que será empleador único y exclusivo la empresa contratista, la reforma legal propuesta sigue considerando un conjunto de obligaciones para la empresa mandante o principal, que dan cuenta de una percepción del legislador de “empleador indirecto”.

Estas normas se fundamentan en que, pese a que la subordinación del trabajador se presenta respecto de la empresa contratista, quien aprovecha y se apropia, en definitiva, del trabajo realizado, en la empresa mandante o principal.

De esta forma, mantiene la obligación subsidiaria respecto de las obligaciones laborales y previsionales que incumpla la empresa contratista. Además, considera un conjunto de derechos a la empresa mandante, a fin de velar por el cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador subcontratado. Estas prerrogativas no son sino la justa contraprestación a su obligación subsidiaria de pago.

En consecuencia, si bien el proyecto introduce importantes modificaciones a la actual legislación en materia de subcontratación, en el sentido de especificar su sentido y alcance, así como las limitaciones al mismo, no importa novedades respecto de la determinación del empleador. Lo que sí no puede dejar de mencionarse es que el trabajo de definición realizado por el Ejecutivo en este acápite de su proyecto, es realmente significativo, y recoge los principales elementos aportados por la doctrina en esta temática.

B) EL PROYECTO DE LEY Y EL SUMINISTRO TEMPORAL DE TRABAJADORES

En el párrafo segundo del Capítulo V, que incorpora el Proyecto de Ley en comento, se regula una figura especial del suministro de trabajadores, que se denomina en la doctrina española como suministro de trabajadores temporarios, y en la literatura argentina como provisión de trabajadores temporales. En todas las legislaciones comparadas, a este sistema contractual se regula en relación a las empresas proveedoras, que se denomina, Empresas de Servicios Temporarios (ETT), o empresas de provisión de trabajadores temporarios, siendo la primera la nomenclatura más aceptada.

El proyecto de ley en comento no contiene una definición del suministro temporal de trabajadores, que permita referirse al concepto legal de esta figura en forma explícita. Por el contrario, establece la presencia de esta figura definiendo los sujetos que intervienen en ella y los *contratos* que celebran entre ellas para construir la figura contractual regulada.

Sin embargo, de sus disposiciones se desprende que nos encontramos frente a un sistema jurídico contractual similar al suministro de trabajadores, al menos en cuanto a su objeto, pero que es limitado en el tiempo. Es decir, el suministro de trabajadores sólo es aceptado en determinadas condiciones, todas las cuales dan cuenta de requerimientos específicos de la empresa usuaria, que tienen una clara limitación en el tiempo. Estos

4. PROYECTO DE LEY SOBRE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, Y QUE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE

casos, en que se podrá recurrir a esta figura contractual, están establecidos en el artículo 152-P, del proyecto, que señala:

Artículo 152 P.- Podrá celebrarse un contrato de trabajo transitorio cuando en la usuaria se den las siguientes circunstancias:

a) Suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por causales tales como licencia médica, descansos de maternidad y feriados.

b) Servicios que por su naturaleza son transitorios, tales como aquellos derivados de organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones y otros eventos extraordinarios.

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

d) Período de inicio de actividades en empresas nuevas, el que no podrá exceder de 180 días contados desde la suscripción del primer contrato de trabajo, cualquiera sea el tipo de éste.

e) Aumentos ocasionales o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria.

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

Como se puede observar, son todas situaciones de requerimiento temporal. Con todo, el proyecto establece que en ningún caso (salvo las licencias médicas, en que se permite este sistema mientras dure la suspensión laboral por esta causa), podrá ser superior a 180 días. Sin embargo, las causales de procedencia, así como la calificación de las mismas, queda entregada a las partes del contrato de provisión de servicios, es decir a la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales. Solo por una reclamación posterior, la Inspección del Trabajo o los Tribunales del Trabajo podrían aplicar sanciones en caso que se haya recurrido a estas figuras en casos diferentes a los indicados en este artículo.

De esta forma, las causales que permiten esta figura son bastante amplias, pues se refieren a elementos como necesidad, nuevo negocio, ampliación de mercados, etc. que son bastante subjetivos.

El proyecto, al definir a las partes que intervienen en esta figura, además de establecer algunos requisitos formales, lo hace en relación a su función en el sistema contractual. De esta forma, describe la lógica de la misma, y el rol que a cada una de ellas le compete.

Eliminando los requerimientos formales, podemos señalar que define a la Empresa de Servicios Transitorios como toda persona jurídica, que tenga por objeto social poner trabajadores a disposición de terceros (usuarias), para cumplir en éstas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo su selección y capacitación.

Define, igualmente, a la empresa usuaria como toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, el suministro de trabajadores para

realizar labores o tareas transitorias u ocasionales.

Finalmente, señala que Trabajador Transitorio es todo trabajador contratado por una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una usuaria, en virtud de un contrato de trabajo de servicios transitorios.

La descripción del rol de las partes nos pone en presencia, con toda claridad, frente al suministro de trabajadores. Sin embargo, no se contiene, en todo el texto del proyecto de ley, una norma que señale, expresamente, quien es la persona del empleador.

Para señalar quien será el empleador, conforme a este proyecto de ley, se puede recurrir a las normas de sanciones, que señalan, en diferentes oportunidades que, en caso de implementarse trabajo suministrado sin cumplir los requisitos establecidos en esta ley, se presumirá de derecho que el empleador es la empresa usuaria⁸⁵.

Sin embargo, esta interpretación en sentido contrario, o “*a contrario sensu*”, es equívoca. En efecto, y como se expuso en el capítulo 3º de este trabajo, existen diferentes elementos o criterios que nos pueden llevar a conclusiones diferentes, en el sentido de que pueden ser ambas empresas empleadoras, donde simplemente la ley (en este caso el proyecto de ley) distingue qué obligaciones quedan reservadas a un empleador (empresa de servicios temporales) o al otro (usuaria).

La relevancia de esta distinción es que, respecto de aquellos derechos en que el proyecto (de convertirse en Ley), no ha señalado específicamente quien de “*los empleadores*” conserva o mantiene estas obligaciones, será la interpretación legal (tribunales, organismos administrativos, juristas, etc.), los llamados a definir esta cuestión, al igual como ocurre hoy en día.

Esta interpretación, encuentra respaldo también al revisar otras disposiciones del proyecto, que indican los derechos y obligaciones de la empresa usuaria. En efecto, esta será la encargada de controlar el horario, de dar las instrucciones al trabajador, de organizar y dirigir el trabajo, el trabajador queda sujeto al reglamento interno de la empresa usuaria.

Acaso no son éstas, precisamente, las principales obligaciones del empleador en toda relación laboral. Qué convención suscrita entre trabajador y usuaria da derecho a ésta para dar instrucciones al trabajador, o para obligarle a regirse por el reglamento

⁸⁵ Artículo 152 N.-, inciso tercero “La falta de contrato escrito de provisión de trabajadores transitorios, hará presumir de derecho que el o los trabajadores suministrados fueron contratados por la usuaria, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondiere aplicar conforme a este Código.” Artículo 152 R en su penúltimo inciso señala “La contravención a lo dispuesto en este artículo, excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Título y se presumirá de derecho que el trabajador fue contratado como dependiente de aquella, sujetándose a las normas generales de este Código” en términos generales, esta sanción se contempla en los siguientes términos “. Artículo 152 S.- Los contratos de trabajo celebrados en supuestos distintos a los previstos en el artículo 152 P, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley, presumiéndose de derecho que el trabajador transitorio fue contratado como dependiente de la usuaria, sin perjuicio de las demás sanciones que corresponda.” El artículo 152-Z señala 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, con sujeción a las normas generales de este Código.”

4. PROYECTO DE LEY SOBRE TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, Y QUE REGULA EL FUNCIONAMIENTO DE EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y EL CONTRATO DE

interno propio.

Finalmente, las normas indicadas en el artículo 152 AA.- del proyecto, al referirse a las normas de higiene y seguridad en el trabajo, considera a la empresa usuaria como único empleador respecto del cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, incluidas todas las disposiciones legales y reglamentarias sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales relativas a prevención de riesgos y adopción de medidas, así como las eventuales indemnizaciones por accidentes laborales.

En este sentido, y a nuestro juicio personal, el proyecto acierta, pues reconoce, en forma implícita, la realidad que surge de la figura del suministro de personal, donde la relación laboral se divide en sus aspectos formales y monetarios (donde la empresa de servicios temporales aparece como empleador), y los aspectos materiales de la relación laboral (respecto de los cuales la empresa usuaria hace las veces de empleador).

Por otra parte, el proyecto consagra la obligación subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones laborales y previsionales que incumpla la empresa de servicios transitorios.

Esta norma nos parece adecuada, porque la subsidiariedad es coherente con la subcontratación, tratada en el párrafo primero del proyecto. Sin embargo, en este caso, la relación laboral se desarrolla en la empresa usuaria, correspondiendo aumentar el grado de participación en esta responsabilidad a una de carácter solidaria. Además, la legislación comparada así lo consagra en Argentina⁸⁶. Por otra parte, las normas de seguridad social son más estrictas en esta materia para las empresas contratistas, situación que debe, al menos, homologarse para el trabajo en este régimen⁸⁷.

⁸⁶ La ley del Contrato de Trabajo de la República Argentina señala: "Artículo 29 bis. El empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la seguridad social y depositarlos en término. El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la convención colectiva, será representado por el sindicato y beneficiado por la obra social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria."

⁸⁷ El artículo 20 de la Ley 17.322 dispone que las garantías constituidas y las retenciones de los estados de pago que mantiene la empresa principal caucionan también las obligaciones previsionales del contratista, debiendo exigir comprobante de pago de estas antes de alzar las garantías y liberar los pagos. En caso de incumplimiento de esta norma, la empresa principal será solidariamente responsable de estas obligaciones. Todo esto es sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal respecto de estas obligaciones. El artículo 4º de la Ley Nº 16.744, de Accidentes del Trabajo, impone la misma responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones que esta ley establece; sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que le cabe a la empresa principal que por incumplimiento de las normas de seguridad, cause un accidente al trabajador de una empresa contratista.

CONCLUSIONES

Hemos llegado hasta aquí luego de haber revisado una serie de sistemas contractuales que presentan a un sujeto extraño que de algún modo media o intermedia una determinada relación de trabajo. Además, presentamos una exposición de diferentes lógicas y criterios que aportan elementos para determinar la persona del empleador en estos sistemas. Finalmente, analizamos el proyecto de ley que actualmente se encuentra en el Congreso Nacional que pretende regular el trabajo en régimen de subcontratación y el suministro de trabajadores temporarios.

Ahora, y a modo de conclusión, proponemos algunas observaciones y reflexiones personales que parecen relevantes respecto del trabajo realizado. Esta licencia es asumida en consideración a que, luego de la investigación realizada, no hemos encontrado una respuesta unívoca frente a la problemática planteada.

El Derecho del Trabajo encuentra su origen y fundamento en la constatación de un hecho, la diferencia económica y social entre el sujeto empleador y el trabajador, entre la empresa y el obrero. Este hecho fundamental, si bien hoy no parece producir con igual magnitud los efectos inhumanos que se le conocieron al comenzar la revolución industrial, sigue siendo un tema sumamente relevante. En efecto, adquiere una renovada importancia en días en que, producto de cambios paradigmáticos en la economía, las comunicaciones y la forma de organizar la producción, se detectan efectos sociales, económicos y laborales nuevos e importantes.

Dentro de estos destaca, por una parte, lo que se ha denominado el modelo de acumulación de capital, que influye sobre la distribución de la riqueza mundial y nacional.

En efecto, los grandes patrimonios mundiales han alcanzado niveles insospechados que no dejan de sorprendernos día a día⁸⁸

Estos fenómenos se homologan en Chile de forma exacerbada. En efecto, en nuestro país, el 10 % más rico tiene ingresos equivalentes al 41 % del total nacional, y el 20 % de mayores ingresos recibe el 57,2 % de estos.⁸⁹ Este efecto propio del modelo capitalista (que requiere la concentración de capital para su desarrollo), se une a un proceso de precarización de las condiciones de trabajo. Precarización, entendida como el deterioro de las condiciones de trabajo.

De esta forma, resurge la necesidad del Derecho del Trabajo, como una herramienta que se da la sociedad y el Estado para proteger a los trabajadores frente a su escaso poder de negociación de las condiciones de trabajo, y por otro, como un mecanismo que permita y fomente una más ecuánime distribución de las riquezas.

Sin embargo, y como se desprende de esta memoria, los sistemas de producción y de organización de las empresas han cambiado. A diferencia de lo que ocurría antaño, cada vez más las empresas encuentran nuevos mecanismos y modalidades para incorporar el trabajo a sus funciones productivas. En efecto, presentamos en este estudio algunas de ellas. Sin embargo, las nuevas modalidades son infinitas. El teletrabajo, la comisión, la poli funcionalidad, se unen a los sistemas contractuales expuestos, para modificar los paradigmas del derecho del trabajo tradicional.

Es así como nuestro tradicional Derecho del Trabajo, que centra su regulación en el contrato de trabajo subordinado, no es capaz de incluir dentro de su ámbito de regulación a estas nuevas figuras. Nuestro Código del Trabajo encuentra serias limitaciones para hacer frente a nuevas y cambiantes realidades. Realidades que encuentran su origen inmediato en las nuevas formas de organizar la empresa, y su causa mediata en los profundos cambios que hoy vive la economía global y nacional.

Dos principales caminos se encuentran para hacer frente a estas nuevas realidades. La primera se sintetiza en mantener el actual sistema, y generar normas especiales para cada nueva figura contractual o para cada nuevo tipo de trabajo.

Este camino, no nos parece adecuado por dos razones principales. Primero, por cuanto su capacidad de reacción es sumamente lento. En efecto, una determinada práctica deberá producirse muchas veces antes de ser regulado. Por otra parte, este camino nos conducirá inevitablemente a una fragmentación del mercado laboral, donde encontraremos siempre trabajadores de primer nivel (ampliamente protegidos), de segundo nivel (parcialmente protegido por leyes especiales) y de tercer nivel (aún no protegidos por el Derecho del Trabajo).

El otro camino consiste en revisar el objeto de regulación del Código del Trabajo. En este sentido será necesario un esfuerzo por comprender cuál es la realidad primordial

⁸⁸ Por señalar solo un ejemplo, con la resolución de la Justicia Norteamericana que sancionó a empresas Microsoft por prácticas monopólicas, las acciones de dichas empresas bajaron un 14% en su valor en la bolsa. Esto significó una pérdida patrimonial a Bill Gates equivalente a 1,2 veces el Producto Interno Bruto de un país con una economía sudamericana floreciente como la de Chile.

⁸⁹ MIDEPLAN, encuesta CASEN, 1994.

que debe regular el Derecho del Trabajo, y luego un estudio y adecuación de la normativa específica para las diferentes características con las que se presenta el trabajo.

Este segundo camino nos parece más apropiado. En efecto, en él encontramos el reflejo de una realidad primaria. El trabajo es uno, aunque se presente en diversas modalidades. El trabajo, la actividad creativa de nuevas riquezas que se produce por el esfuerzo humano directo, es uno. De esta forma, este camino permite enfrentar de mejor manera la humanidad del trabajo, que, en este sentido, es un atributo de la persona del trabajador.

De igual forma, un camino en este sentido permitirá enfrentar de mejor forma las nuevas realidades y prácticas del mercado del trabajo. Así una concepción amplia de lo que debe entenderse por trabajo regulado por esta rama del derecho nos permitirá someter a su regulación, no sólo aquellas prácticas ya conocidas, sino que nuevos sistemas de incorporación del trabajo a la empresa.

Partiendo de nuestra actual legislación, el Código del Trabajo contiene dos normas centrales a la hora de determinar su ámbito de aplicación. Estas son el artículo 7° y 8° de dicho Código.

En este sentido, un trabajo personal requiere, para ser cubierto por la legislación laboral, cumplir con una serie de requisitos. Entre ellos destaca:

Ser un trabajo personal y remunerado.

Encontrar su origen en un contrato de trabajo, que además regula los derechos y obligaciones a las que se sujeta.

Realizarse bajo subordinación y dependencia.

De esta forma, encontramos una serie de elementos que limitan la aplicación de la ley laboral a diversas situaciones descritas en este trabajo.

Detengámonos primeramente en el elemento contractual. Como se expuso reiteradamente, este elemento contractual se constituye en la principal barrera para incorporar nuevas realidades al Derecho del Trabajo.

En efecto, el objeto de estudio de esta memoria son fórmulas o sistemas contractuales por las cuales se incorpora el trabajo a la empresa. De esta forma, ninguna de ellas podrá ser comprendida a cabalidad por el Código del Trabajo, dado que no encuentran su origen en un contrato, sino que precisamente, en un sistema contractual, o eventualmente en un cuasicontrato.

Esta limitación ya era intuida por el legislador, de forma que crea en el artículo 8° del Código del Trabajo una disposición en virtud de la cual se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando se prestan servicios personales subordinados. Sin embargo, esta presunción opera cuando no hay acuerdo de voluntades expreso. Sin embargo en las fórmulas presentadas y particularmente en el suministro de trabajadores, aparecen claramente expuestas las voluntades de los sujetos participantes, en cuanto a generar un sistema contractual. De esta forma, la presunción legal del artículo 8° del Código no opera de forma tan simple.

El otro elemento de interés se refiere a la subordinación y dependencia. Se expuso

largamente en esta memoria lo que puede entenderse por subordinación y dependencia. La jurisprudencia ha entendido que esta se identifica con una serie de elementos que dan cuenta de ella. En este sentido expresa, que estaremos en presencia de trabajo subordinado cuando se cumple horario, se trabaja en las dependencias del empleador, se reciben órdenes y fiscalización directa, etc. Sin embargo, esta forma restringida de comprender la subordinación y dependencia no parece adecuada para hacer frente a una serie de modalidades del trabajo como el teletrabajo, la comisión, el trabajo de los técnicos altamente especializados, etc. Tampoco lo es, como se expuso, suficiente para entender y regular las figuras contractuales propuestas⁹⁰.

Sin embargo, la subordinación jurídica, entendida como el poner a disposición de otro (empleador) la actividad laborativa del trabajador parece ser más comprensiva. Este poner a disposición es lo que autoriza al empleador a dirigir la tarea que realizará el trabajador⁹¹. Cualquier actividad realizada por una persona entendida como el poner a disposición de otro el trabajo, aparece como una forma más adecuada de comprender el fenómeno del trabajo.

La limitación que importa determinar la subordinación jurídica como eje central de la regulación del derecho laboral se produce cuando se identifica la subordinación jurídica por sus consecuencias típicas y no por su causa. La causa de la subordinación y dependencia está dada por la relación de trabajo. Y la relación de trabajo no es otra cosa que la incorporación del trabajador a una empresa privada⁹².

De esta manera, podemos señalar que el real objeto de regulación de la legislación del trabajo es la incorporación del trabajador a la empresa privada, es decir, la subordinación jurídica entendida como un ponerse a disposición y no como la identificación de sus efectos típicos. En particular dada la proliferación de formas de trabajo cada vez menos típicas.

⁹⁰ En palabras de José Luis Ugalde, "En rigor, en los casos de fronteras o zonas grises, no existe un criterio sino múltiples que, bajo la apariencia sólida de un concepto/definición de subordinación jurídica, corresponde a la aplicación concreta y contingente de la técnica de indicios propia de la noción del tipo normativo que cada aplicador, y cada juez, maneja sobre la subordinación".

⁹¹ RAMIREZ GRONDONA, JUAN. El Contrato de Trabajo, en "Tratado de Derecho del Trabajo". Op. cit. Pág. 432.

⁹² CAPON FILAS, RODOLFO – GIORLANDINI, EDUARDO. Op. cit. Pág. 141 – 143.

BIBLIOGRAFÍA

- AMEGLIO, EDUARDO. 1984. Las Empresas Suministradoras de Mano de Obra Temporal. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. Montevideo.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. 2001. Informe de la Comisión Investigadora encargada de analizar los incumplimientos empresariales de la normativa laboral vigente, y de las facultades y recursos adicionales que requieren los organismos públicos para garantizar el cumplimiento de la ley. 33p.
- CAPON FILAS, R y GIORLANDINI, E. Diccionario de Derecho Social, Derecho del Trabajo y Seguridad Social. España. Ediciones Rubinzal. Culzoni.
- CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 2001. Ley 19.759. 5 de octubre de 2001.
- CONGRESO NACIONAL. 2002. Proyecto de ley sobre trabajo en régimen de subcontratación, y que regula el funcionamiento de empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Boletín N° 2943-13.
- DEVEAIL, MARIO. 1983. El Derecho del Trabajo. Tomo I. Editorial Astrea. Argentina. 1983.
- DIRECCION DEL TRABAJO. 1999. Trabajadores a control remoto. El trabajo a domicilio en Chile. Cuaderno de Investigación N° 9.
- DIRECCION DEL TRABAJO. 1999. ¿Empresa sin trabajadores?. Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Santiago Cuaderno de Investigación N° 10.

- DIRECCION DEL TRABAJO. 2001. El Otro Trabajo. El suministro de Personas en las Empresas. Reedición, Santiago Cuaderno de Investigación N° 7.
- DOMÍNGUEZ SALINAS, RODRIGO. 1999. Análisis Económico de la Contratación Laboral. Memoria para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ECHEVERRIA, MAGDALENA. 1997. Contratación de la Producción y Subcontratación del Trabajo. Temas Laborales N° 7. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo.
- PROGRAMA DE ECONOMÍA DEL TRABAJO. 1995. Flexibilidad y condiciones de trabajo precarias. Santiago.
- GAYER. J.L. 1965. Derecho Industrial. Traducción. DE LA QUINTANA, JUAN. Editorial Instituto de Estudios Políticos. Madrid.
- GEREZ, OSCAR. 1995. Modalidades de Contratación Laboral. Ediciones Desalma. Buenos Aires. Argentina.
- GONZALEZ ASTUDILLO, NADIA. 1999. Trabajo en Régimen de Subcontratación. Conferencia Internacional del Trabajo 85° y 86° Reunión. Tesis para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- IRURETA URIARTE, PEDRO. 2002. Empresa y Personalidad Jurídica. Revista Persona y Sociedad. XVI(3). Universidad Alberto Hurtado.
- LABÉ, PATRICIO. 1998. Servicio de Outsourcing, Análisis de la Alternativa Estratégica como Desarrollo de Negocio. Seminario de Título para optar al título de Contador Auditor. Santiago, Universidad Andrés Bello.
- LIPSEY, RICHARD. Introducción a la Economía Positiva. Novena Edición. Editorial Vicens-Vives. Barcelona. España.
- LOPEZ SANTA MARIA, JORGE. 1986. Los Contratos. Parte General. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
- MACCHIAVELLO, GUIDO. 1986. Derecho del Trabajo Tomo I. Santiago Fondo de Cultura Económica..
- MEJIA CORREA, ALEJANDRO. 2002. La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena y sus aspectos sustantivos. Santiago, Editorial Metropolitana.
- MONCADA ARENAS, RODRIGO. 1998. La Subcontratación Laboral en la Ley chilena. Boletín del Trabajo, Asociación de Profesionales Dirección del Trabajo. (VIII):39-44.
- MONTERO, CECILIA. 1996. Estrategias de Flexibilidad Laboral en la Empresa Chilena: Estudio de Casos, Colección de Estudios CIEPLAN N° 43.
- OROZ, RODOLFO. 1998. Diccionario de la Lengua Castellana. Novena edición. Editorial Universitaria. Santiago de Chile.
- RASO DELGUE, JUAN. 1992. Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del derecho del trabajo?. Debate Laboral" N° 11. Santiago.
- RAZETO BARRY, MANUEL. 1999. Precarización del Empleo en Chile. En Taller de Análisis Trabajo, Sindicalismo y Desarrollo. Octubre de 1999. Concepción, Departamento de Pastoral Obrera, Arzobispado de Concepción.

-
- RAZETO BARRY, Manuel. 2000. El Proceso de reformas laborales. Itinerario, enseñanzas y propuestas para el mundo sindical. Revista de Economía y Trabajo 10: 177-226, PET.
- RAZETO MIGLIARO, LUIS. 1991. Empresas de Trabajadores y Economía de Mercado. Segunda versión. Santiago. PET.
- RAZETO MIGLIARO, LUIS. 1994. Fundamentos de una Teoría Económica Comprensiva. Segunda versión. Santiago. PET.
- ROMERAGA, PILAR. 1996. Flexibilidad Laboral y Mercado de Trabajo en Chile. Colección de Estudios CIEPLAN N° 43.
- SOTO VENEGAS, MARIO. 2004. Análisis de Proyecto de ley: "Trabajo en régimen de subcontratación y Regulación del funcionamiento de Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Servicios Transitorios". Revista Laboral Chilena (127): 82-86.
- UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. Suministro de Trabajadores y Trabajo Temporal. ¿Empresas sin Trabajadores?. En: ¿Empresas sin Trabajadores?. Legislación Sobre las Empresas de Trabajo Temporal. Cuaderno de Investigación N° 10. 1999. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo.
- UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. 2004. La Subordinación Jurídica: El concepto que nunca estuvo. Revista Laboral Chilena (123): 78-81.
- VALENZUELA SILVA, MARIA TERESA. 2002. Las nuevas tendencias contractuales y sus desafíos. Revista Laboral Chilena (122): 66-70.
- VERGARA DEL RIO, MÓNICA. 2003. El Concepto Laboral de Empresa y los Créditos Laborales. Revista Laboral Chilena (122): 69-72.
- WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO. Las Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Ámbito de las Relaciones Laborales en Chile. Enfoque Institucional Primera Parte. Revista Laboral Chilena, Julio 1998
- WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO. Las Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Ámbito de las Relaciones Laborales en Chile. Enfoque Institucional Segunda Parte. Revista Laboral Chilena, Agosto 1998.