



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL

EL TRABAJO PRESTADO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN
Y EN EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS A LA LUZ DE LA
NUEVA LEGISLACIÓN NACIONAL

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

AUTOR: ALEJANDRO BENJAMÍN SOTO STUARDO

PROFESOR GUÍA: Ricardo Juri Sabag.

Santiago, Chile.

2006.

*A mis padres Fernando y Gladys,
por el incondicional amor hacia sus hijos.*

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: ORIGENES DE LA SUBCONTRATACION Y DE LAS EMPRESAS DE EMPLEO TEMPORAL. SU NECESARIA REGULACIÓN.	
1. La precarización del empleo y la flexibilización como contexto	2
1.1. La flexibilización como eje central	3
1.2. La externalización o tercerización	4
1.3. El “ <i>outsourcing</i> ”	5
1.4. La tendencia moderna a la masificación de esta forma de producción	7
1.5. La realidad nacional	8
2. Orígenes y necesidad de la existencia de la externalización e intermediación laboral	9
2.1. Factores que hacen necesaria la externalización	9
2.2. La discusión acerca de la desregulación o reregulación	13
2.2.1. La tesis desreguladora	14
2.2.2. La tesis rereguladora	14
2.3. La imperiosa necesidad de regulación	16
CAPÍTULO II: UN ACERCAMIENTO AL CONCEPTO. LA DISTINCION ENTRE EL TRABAJO SUBCONTRATADO Y EL EMPLEO TEMPORAL.	
1. Generalidades	21
2. La subcontratación en sentido amplio y restringido	22
3. La concepción de la OIT	23

3.1. Evolución de las discusiones en la OIT	23
3.2. Un nuevo instrumento internacional posible	29
3.3. Los aportes conceptuales de la OIT	33
3.3.1. Un concepto propuesto de “subcontratación”	33
3.3.2. El objeto subcontratado. La necesaria distinción	35
3.3.3. Los grados de dependencia	36
3.3.4. La distinción entre las relaciones comerciales y el fraude	37
4. La distinción en nuestra doctrina. Delimitación del tema	39
4.1. El concepto restringido de subcontratación	39
4.2. Diferencias entre el trabajo subcontratado y el empleo temporal	42
4.3. Delimitación del tema	44

CAPÍTULO III: LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL EN CHILE

1. Generalidades	46
2. Concepto de la subcontratación en Chile. Sus características y Sujetos que intervienen	47
2.1. Concepto de subcontratación en Chile	47
2.2. Características de la definición	47
2.3. Sujetos que intervienen en la subcontratación laboral	51
2.3.1. La empresa principal o mandante	51
2.3.2. La empresa contratista	52
2.3.3. El subcontratista	54
2.3.4. El trabajador subcontratado	55
3. Evolución de la regulación en Chile sobre el trabajo en Régimen de Subcontratación	56
3.1. La etapa inicial. Responsabilidad subsidiaria	56

3.2. Segunda etapa. Prohibición de la Subcontratación laboral, fortalecimiento de la fiscalización del mandante y equiparación salarial y de beneficios	57
3.3. Tercera etapa. Derogación de la prohibición y de la responsabilidad subsidiaria	62
3.4. Cuarta etapa. Fortalecimiento de la responsabilidad subsidiaria	63
3.5. Quinta etapa. La fiscalización delegada actualmente vigente	66
3.6. La nueva etapa. Ley 20.123 sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación y en Empresas de Servicios Transitorios	68
4. La subcontratación a la luz de la ley actualmente en vigor	69
5. La subcontratación a la luz de la Ley N° 20.123	70
5.1. Antecedentes, aspectos formales y vigencia de la ley	70
5.1.1. Antecedentes	70
5.1.2. Aspectos formales del Proyecto	72
5.1.3. Entrada en vigencia de la Ley	73
5.2. Concepto del “Trabajo en Régimen de subcontratación”	73
5.3. La simulación en la subcontratación	79
5.4. La responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena	83
5.4.1. La responsabilidad solidaria	84
5.4.1.1. Concepto	84
5.4.1.2. Las razones para una responsabilidad solidaria	86
5.4.1.3. La solidaridad en la nueva normativa	90
5.4.1.4. Extensión de la responsabilidad solidaria	91
5.4.2. La Responsabilidad subsidiaria en el Proyecto	109
5.4.2.1. Algunas precisiones sobre la responsabilidad subsidiaria	110
5.4.2.2. Supuesto de procedencia de la responsabilidad subsidiaria	112

5.4.2.3. Límites de la responsabilidad subsidiaria	113
5.5. Derechos de la empresa principal y el contratista	115
5.5.1. Derecho a la información	116
5.5.2. El derecho de retención	118
5.5.3. Derecho al pago con subrogación	120
5.6. Obligaciones de la empresa principal	121

CAPÍTULO IV: DEL TRABAJO EN EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS

1. La evolución normativa de la regulación de las empresas de servicios transitorios en el Derecho Comparado	124
2. La Concepción del Trabajo Temporal o Transitorio a través de EST	126
3. El trabajo temporal y la colocación de personal	129
4. La situación actual del trabajo en ETT en Chile	130
5. El Trabajo en empresas de servicios transitorios a la luz de la nueva Ley 20.123	134
5.1. Las empresas de servicios transitorios	136
5.1.2. El Concepto	136
5.1.3. Requisitos de constitución y funcionamiento de las EST	137
5.1.3.1. Requisitos de constitución de las EST	137
5.1.3.2. Requisitos de funcionamiento de las EST	143
5.2. El carácter excepcional del trabajo en EST. El contrato de puesta a disposición de trabajadores	152
5.2.1. Requisitos formales del contrato de puesta a disposición de trabajadores	153
5.2.2. Supuestos de celebración del contrato de puesta a disposición y sus plazos máximos de duración	155

5.2.3. Exclusiones. Casos en que se prohíbe la puesta a disposición	158
5.2.4. Sanción especial de nulidad	161
5.3. Relaciones entre la EST y el trabajador	161
5.3.1. El contrato de trabajo de servicios transitorios	161
5.3.1.1. El contrato de trabajo de servicios transitorios es por tiempo definido	162
5.3.1.2. Caso en que muta de definido a indefinido el contrato y la titularidad del empleador	163
5.3.1.3. Requisitos del contrato de trabajo de servicios transitorios	163
5.3.2. Derechos del trabajador cedido respecto de la EST	166
5.3.3. Obligaciones de la EST con sus trabajadores	169
5.4. Relaciones entre la usuaria y el trabajador transitorio	169
5.4.1. Funciones de organización y dirección	169
5.4.2. Obligaciones de la empresa usuaria con los trabajadores cedidos	171
5.4.2.1. La responsabilidad subsidiaria de la usuaria	171
5.4.2.2. Responsabilidad directa de la usuaria por la seguridad e higiene en el trabajo	174
5.5. El control de la Dirección del Trabajo	176

CAPÍTULO V: ALGUNOS DESAFÍOS PENDIENTES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN.

1. La equiparación salarial	180
2. El ejercicio de derechos colectivos del trabajo	182

3. Un nuevo concepto de empresa	184
3.1. La fallida inclusión de un nuevo concepto de empresa	185
3.2. La nueva propuesta	192
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	194
BIBLIOGRAFÍA	199
ANEXO	
Ley N° 20.123, que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios	207

INTRODUCCIÓN

Los trascendentales cambios políticos y económicos sufridos en el pasado y presente siglo han tocado, como era de esperarse, a las relaciones de trabajo. El fenómeno globalizado de “reestructuración económica”, ha dado paso a la reestructuración de la organización empresarial en pos de la adaptación a las exigencias del mercado moderno, en búsqueda de la optimización de todos los recursos que la empresa emplea para la obtención de sus fines.

El trabajo concebido bajo los cánones tradicionales, esto es, aquel desarrollado para un solo empleador, en un solo espacio físico, con jornadas de trabajo rutinarias, con períodos de actividad y descanso preestablecidos, y que fueron objeto inicial del desarrollo del Derecho Laboral, se ha tornado cada vez más escaso en nuestros días. La relación laboral típicamente concebida como aquélla en que interviene un empleador frente a un trabajador, cede terreno a la entrada de otros actores; de muy frecuente ocurrencia se emplea la “intermediación” como una forma de flexibilizar las relaciones de trabajo, concepto que ha implicado el desafío de su regulación para todos los sistemas jurídicos.

En el presente estudio se pretende analizar el fenómeno de la intermediación laboral, tratando de conceptuar y explicar la “subcontratación laboral”; primero en un sentido amplio, y luego estableciendo la diferenciación terminológica que el ordenamiento jurídico nacional hace dentro de esta figura, para luego analizar en detalle y por separado el “trabajo en régimen de subcontratación” y el “trabajo en empresas de servicios temporarios”, observando el tratamiento legal que tanto nuestro ordenamiento jurídico como el derecho comparado han hecho de ambos

temas.

Antes de dar comienzo al presente trabajo, cabe señalar que el Derecho Laboral se plantea la necesidad de armonizar dos ideas que aparentemente son incompatibles. Por una parte se esgrime la exigencia de impedir la utilización de la intermediación laboral toda vez que ella implicaría un debilitamiento en los derechos y estabilidad de los trabajadores; Por otra se señala la necesidad de las empresas de flexibilizar la variable empleo para poder responder a las exigencias que el mercado impone. Pues el presente trabajo también trata acerca de la manera en que el derecho laboral ha ido abordando el tema de la subcontratación, permitiendo su utilización sin abandonar el respeto a los derechos de quienes son protagonistas de este estudio, los trabajadores.

CAPÍTULO I: ORIGENES DE LA SUBCONTRATACION Y DE LAS EMPRESAS DE EMPLEO TEMPORAL. SU NECESARIA REGULACIÓN.

1. La precarización del empleo y la flexibilización como contexto.

1.1. La flexibilización como eje central

Diversos factores, que se detallan más adelante, han obligado a las empresas a redefinir la forma de organizarse, producir y ofrecer sus productos y servicios al mercado; a acelerar su capacidad de respuesta frente a las crisis económicas, la competencia tanto nacional como internacional y al cambio tecnológico, mejorando su adaptación frente a las mismas situaciones en procura de transformar en variables los costos de la mayoría de sus ítems de producción.

Este replanteamiento de la empresa toca no sólo los aspectos civiles de su funcionamiento, sino muy directamente los aspectos laborales de su actividad. El factor empleo tiende a ser transformado por las empresas en un costo variable a fin de abaratar su funcionamiento y prescindir fácilmente de mano de obra que no sea considerada esencial en la actividad central de la empresa.

Comúnmente con el término "flexibilización laboral" se hace referencia, como lo señala el Abogado Diego López, a la "superación de la rigidez que, en algún grado, las normas protectoras de origen estatal le imprimen al mercado del trabajo, aumentando los costos laborales y, de esa forma, dificultando el rápido movimiento que deben efectuar las empresas en

procura de mayor productividad y ganancias".¹

De esta forma, las empresas han buscado optimizar su funcionamiento mediante el uso del trabajo bajo formas alternativas a la concepción esbozada y reglada tradicionalmente en los textos positivos. Se produce un tipo de empleo que no se ajusta cabalmente al concepto que la ley y doctrina han contemplado por largos años, por lo que a estas nuevas formas de relación laboral que las empresas emplean en forma cada día más creciente, debe seguir necesariamente su regulación legal.

1.2. La externalización o tercerización.

Diferentes factores exigen una variación constante y una alta calidad de los bienes y/o servicios que la empresa ofrece. El trascendental cambio desde una "producción estandarizada a una producción por partidas pequeñas y variables y la competencia por variedad y calidad en los productos y servicios, requiere de una alta especialización y concentración de las empresas en lo que cada una sabe hacer".² La empresa concentra sus esfuerzos en el "know how" de su actividad, evitando desviar sus energías y sus recursos en ocupaciones que son complementarias al nudo central de su giro; tampoco se desgasta en servicios generales que perfectamente pueden ser provistos de mejor forma por otras empresas especialistas en ello, que tienen el "know how" de esa específica tarea. La externalización, de esta forma, tiene como efecto poner en manos de terceros ciertas tareas específicas o partidas completas de la producción a fin de dedicarse en forma exclusiva a su actividad central, lo que contribuye a la entrega de un

¹ LÓPEZ, Diego. La Desregulación versus una nueva Regulación de las relaciones laborales. En: Revista Laboral Chilena. Mayo de 2000. Pág. 80.

² ECHEVERRÍA, Magdalena. El sentido de regular la subcontratación y las empresas de servicios transitorios. En Revista Laboral Chilena. Mayo de 2006. Pág. 87.

producto o servicio al público de un mejor nivel y calidad.

Esta tercerización toca muy fuertemente la variable trabajo; a raíz de la relación entre dos empresas en virtud de la cual una encarga a la otra la producción de bienes o la prestación de servicios que constituyen fases o partidas de su cadena de producción o bien le encarga el suministro de mano de obra, se traslada a terceros el vínculo laboral que, de no mediar la externalización, recaería sobre la empresa que terceriza. Es por ello que al hablar de este fenómeno se hace referencia a la "externalización de la producción y del trabajo"

Cabe apuntar que la utilización de este instrumento no sólo se limita al espectro nacional de la actividad empresarial.³ Como bien lo señala Magdalena Echeverría "un determinado producto puede ser diseñado en un país, obtenerse las materias primas necesarias para producirlo en un segundo, confeccionarse parte de él en un tercero y cuarto, y ser comercializado desde un quinto país".⁴

1.3. El "outsourcing".

Cuando se habla de subcontratación o suministro de personal, es frecuente sacar a colación en forma inmediata el concepto de *outsourcing* empresarial.

³ Es así como en el mes de enero del presente año, las empresas *General Motors* y *Ford* anunciaron el despido masivo de trabajadores estadounidenses con el fin de externalizar a países asiáticos una parte importante de la producción. ECHEVERRÍA, Magdalena. Los riesgos de la Subcontratación. Aporte al debate laboral N° 19. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Abril de 2006. Pág 3.

⁴ ECHEVERRÍA, Magdalena. Los riesgos Laborales de la Subcontratación. Aporte al Debate Laboral N° 19. Departamento de estudios, Dirección del Trabajo. Santiago. Abril de 2006. Pág. 3.

"*Source*" en su traducción española significa "fuente" u "origen"; Mientras que "*out*" en su traducción española significa "fuera". Así, al menos etimológicamente y según nuestra doctrina, el *outsourcing* sería un proceso de transferencia total de una actividad que tradicionalmente se ha realizado dentro de la empresa a un agente externo. Mirado desde la perspectiva de la gestión de las empresas, este concepto implica una reacción a la exigencia de aliviar su estructura organizacional a fin de "permitir respuestas oportunas y eficientes, al poder dedicarse a su objetivo nuclear".⁵

El *outsourcing* lleva en sí la idea de máxima cohesión y confianza entre la empresa y el proveedor, de manera tal de poder dotar a su actividad de un valor agregado, lo que supone una planificación y comunicación conjunta, oportuna y permanente.⁶ Esta verdadera "colaboración" entre las empresas, no tiene como única finalidad el abaratamiento de los costos de producción, en especial en lo que toca a la mano de obra, sino que es un concepto mucho más integral que supone un cambio de mentalidad empresarial orientado a la eficiencia, lo que no se traduce, necesariamente, en un menor costo de la mano de obra por medio de la utilización de uno de los mecanismos del *outsourcing*: la externalización del trabajo en las actividades periféricas de la empresa.

Sin embargo, es común observar que esta terminología se emplea para hacer referencia a la simple tercerización del trabajo, y más concretamente, a la subcontratación y provisión de trabajadores.

⁵ ECHEVERRÍA, Magdalena. El otro trabajo, El suministro de personas en las empresas. Cuaderno de investigación N° 7. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. 1998. Pág. 49.

⁶ Incluso esta forma de entender la actividad empresarial permitiría a la empresa depositar en su "colaborador" (proveedor) la administración total de un área o parte de la empresa en los períodos difíciles de aquélla.

1.4. La tendencia moderna a la masificación de esta forma de producción.

Desde hace muchos años dentro de los procesos productivos se recurrió a terceros para desarrollar labores específicas, siendo la construcción, las obras públicas, la minería y la agricultura los sectores en que más fuertemente estas prácticas constituyen una verdadera tradición.

Lo que resulta novedoso no es la simple constatación de la existencia del fenómeno de la tercerización sino su creciente utilización como forma regular de llevar adelante la actividad empresarial. De ser una actividad privativa de ciertos sectores, la subcontratación se ha masificado como una forma permanentemente usada por todos los sectores empresariales, siendo actualmente un verdadero paradigma en ascenso como forma de relación laboral. A partir de fines de los setenta y principios de los ochenta la externalización, tanto de la producción como del trabajo, se ha extendido en forma vertiginosa en América Latina, bien sea de manera abierta y promovida por las empresas, bien de manera subrepticia para eludir la acción de las normas laborales o tributarias.

No sólo cuantitativo resulta interesante este fenómeno a raíz de su creciente incremento, sino también desde un punto de vista cualitativo. Se observa que es cada más frecuente la externalización de actividades que difícilmente pueden ser separables del eje central de la empresa, lo que desnaturaliza le esencia del *outsourcing*; la externalización se transforma así en un modelo “normal” de producción en casi todas sus fases.

1.5. La realidad nacional.

En nuestro país la externalización en forma silenciosa y creciente se ha desarrollado desde los años ochenta y, en nuestros días, es una práctica institucionalizada en las empresas que actúan bajo modalidades bastante diversas⁷, situación que confirman los datos estadísticos.

Según la encuesta laboral (ENCLA) del año 2004⁸, más de la mitad de las empresas subcontratan alguna actividad con terceras empresas. Se hace notar que la utilización de la subcontratación ha marcado un aumento sostenido en el tiempo. Según la misma encuesta el año 1999 esta forma de contratación alcanzaba el 42,9%; el 2002 el 48,5%; mientras que en el año 2004 llegó al 50,5%. Se observa que en las grandes empresas esta práctica es de mayor frecuencia. Los sectores que más destacan por la utilización de la subcontratación son la minería, el sector eléctrico, gasífero y acuífero, la agricultura y la industria. Por su parte, es menos común la utilización de esta forma de contratación en el comercio y los servicios.⁹

En lo que al suministro de trabajadores se refiere (subcontratación de mano de obra), la encuesta laboral arrojó que la proporción de trabajadores suministrados alcanza el 7% del total de trabajadores con que cuentan las empresas. Con ello, se estima que los trabajadores de esta categoría llegan a ser 220.000. Se observa así que, si bien esta forma de contratación representa un porcentaje inferior al trabajo subcontratado, tiende a subir sostenidamente en el tiempo. De hecho, el año 1999, alcanzaba el 6,4% y el

⁷ ECHEVERRÍA, Magdalena. Los riesgos Laborales de la Subcontratación. Op. Cit. Pág. 3.

⁸ Encuesta Laboral (ENCLA) 2004. Departamento de Estudios, Dirección del trabajo. Santiago-Chile. Septiembre 2005.

⁹ Encuesta Laboral (ENCLA) 2004. Op. Cit. Pág. 30.

2002 el 4,2% según datos de la misma encuesta.¹⁰

2. Orígenes y necesidad de la existencia de la externalización e intermediación laboral.

Tradicionalmente el contrato de trabajo ha sido, por definición, de carácter bilateral ya que por él ambas partes se “obligan recíprocamente”¹¹. El rasgo más importante y básico que aflora del concepto clásico del contrato de trabajo, es que en él existen dos partes bien identificadas a saber: un trabajador y un empleador. De esta relación nacen obligaciones recíprocas tanto de índole patrimonial como personal. Patrimoniales, ya que el trabajador ejecuta un servicio que va en beneficio directo del empleador, mientras que éste último se obliga a pagar a su vez una remuneración a cambio del trabajo prestado. Pero también surgen obligaciones de índole personal ya que se crea un vínculo de subordinación y/o dependencia que se traduce en una serie de deberes ético jurídicos que forman parte del contrato de trabajo.

2.1. Factores que hacen necesaria la externalización.

Sentado ya el concepto tradicional del contrato de trabajo, en los últimos dos siglos diversos factores han obligado a las empresas a reestructurar su organización y forma de producción, abandonando el modelo *taylorista-fordista*, utilizando para ello diversas herramientas que tiendan a la “flexibilidad”, permitiendo su adaptación a las exigencias que el mercado

¹⁰ Los datos estadísticos sobre el suministro de trabajadores deben ser tomados con precaución, toda vez que esta actividad se sitúa en la ilegalidad hasta nuestros días, lo que ha dificultado enormemente medir este tipo de empleo.

¹¹ El artículo séptimo del Código del Trabajo prescribe que “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

dicta.

Estos factores que han dado origen a la “flexibilidad” como punto neurálgico de los procesos productivos son:

- A. Las fuertes recesiones económicas producidas por la primera y segunda guerra mundial, y en especial la recesión de los años setenta.

Estos largos y difíciles tiempos obligan a los empresarios a buscar nuevos métodos para aumentar la eficiencia en su actividad y a rebajar los costos de producción a fin de poder reaccionar en forma rápida y eficiente a los vertiginosos cambios dictados por el inestable mercado nacional e internacional.

- B. El creciente aumento de las actividades del sector terciario.

Es en este tipo de actividad en que muy marcadamente se da lugar al fenómeno de la flexibilización, pues los empleos de este sector tienen características que distan del típico modelo taylorista-fordista, en especial en lo relativo al lugar en que se prestan los servicios; el trabajador clásico se desempeña siempre en un mismo espacio físico con un empleador claramente identificable, mientras que los empleos pertenecientes al mundo de los servicios se ejecutan en espacios que varían constantemente iniciando el camino de la dificultad para determinar al empleador.

- C. La fragmentación empresarial y la producción a pequeña escala.

Se aprecia que el modelo *Taylorista-Fordista* ya no es apto para la subsistencia de las empresas. El empresario que desarrolla todas y cada una de las distintas partes de la producción de los bienes que ofrece al público o de los servicios que presta se percató que, de seguir este modelo empresarial, indefectiblemente arribará al fin de su actividad, puesto aquél no permite el abaratamiento de los costos de producción ni la capacidad de reacción efectiva frente a los cambios del mercado que la existencia de su actividad exigen. Esto ha dado paso a la obligación de especializar su actividad, cuestión que está muy marcada por la creciente tecnología empleada en los procesos productivos, toda vez que para el empresario el elemento clave de su éxito ronda en base al “*know how*” de su actividad.

Al decir de *Piore y Sabel*, principales teóricos de la “especialización flexible”, el cambio fundamental que obliga a la flexibilización es el paso de la producción masiva en grandes series a través de maquinarias estandarizadas y rígidas a la producción en pequeña escala con maquinaria programable y reprogramable, polivalente y altamente flexible.¹²

- D. El cambio tecnológico diariamente experimentado que en las últimas décadas ha alcanzado ribetes difícilmente imaginables hasta hace algunos años.

Este aspecto obliga a la especialización y calificación de los trabajadores, generando relaciones laborales en que la prestación de los servicios del empleado no se cumplen en la jornada ni en la forma

¹² ECHEVERRÍA, Magdalena. El otro trabajo. El suministro de trabajadores en las empresas. Op. Cit. Pág. 23.

tradicionalmente concebida. Piénsese solamente en la irrupción de la internet, que sin lugar a dudas ha generado una posibilidad de eficiencia en las empresas impensable hasta hace pocos años. Desde ya, este invento ha implicado la prescindibilidad de un sinnúmero de empleos y la necesidad de adaptación y especialización en el manejo de esta tecnología. Pero también ha dado paso a la masificación de los empleos ejecutados desde el propio hogar del trabajador, con jornadas de trabajo flexibles, en que mejor se plasma la dificultad en la determinación del grado de subordinación y/o dependencia propia del contrato de trabajo, obligación de índole personal del trabajador a que hicimos referencia líneas atrás.

- E. La globalización económica, que implica el aumento feroz de la competencia en las empresas a nivel nacional e internacional y la dependencia de los mercados.

Esto exige de parte de los actores empresariales la búsqueda de la reinención en su estructura, en pos de una flexibilidad que permita abaratar todos sus ítems de costos, del que la mano de obra no podía estar excluida. Derechamente las empresas buscan la forma de redefinir la relación laboral, tratando de desmarcarse del concepto rígido de contrato de trabajo establecido en los distintos ordenamientos jurídicos, dando paso a relaciones atípicas de trabajo que den respuesta rápida y efectiva a las exigencias de los mercados.

- F. La irrupción al mercado del trabajo de sectores que hasta hace pocos años se encontraban excluidos, como las mujeres o la tercera edad.

Este fenómeno ha marcado un cambio cuantitativo importante

en el nivel de desempleo, dando lugar a relaciones atípicas de trabajo y en muchas ocasiones al margen de la ley debido a la necesidad imperiosa de conseguir empleo. Este “exceso de mano de obra” lleva a las personas cesantes a aceptar prestar sus servicios en condiciones rayanas en la ilegalidad.

G. La flexibilidad como política de empleo.

Muy relacionado con el punto anterior, la evidencia de la creciente aparición de formas de relación laboral atípicas no reguladas por la ley ha inducido al Estado a flexibilizar su postura. De allí que ante la fuerza de los hechos, y para evitar la institucionalización (en los hechos) de relaciones laborales al margen de la ley, la flexibilización y muy especialmente la subcontratación y el empleo temporal “sea vista por las autoridades y a veces por los estados sociales como una alternativa frente al desempleo que agobia a las economías industrializadas desde hace décadas”.¹³

2.2. La discusión acerca de la desregulación o rerregulación.

La flexibilización laboral ha traído consigo una dura discusión acerca de la forma de abordar este tema, contraponiendo dos visiones muy enlazadas con la concepción del modelo económico y político de entender la mejor forma de normar las relaciones laborales.

¹³ VERGARA, Mónica. Las empresas de trabajo temporal en Europa, Organización Sindical y Negociación Colectiva. Cuaderno de investigación N° 10. ¿Empresas sin trabajadores?, Legislación sobre empresas de trabajo temporal. Departamento de estudios, Dirección del Trabajo. Santiago-Chile. Junio 1999. Pág. 57.

2.2.1. La tesis desreguladora.

Por una parte, se encuentra la tendencia desreguladora que, ante la necesidad de las empresas de flexibilizar su funcionamiento, sienta la opción de desregular el mercado del trabajo, disminuyendo las normas laborales como la vía mas eficiente de la adecuación normativa, ya que una regulación exhaustiva del trabajo terminaría por inhibir la contratación laboral¹⁴; En otros términos, la excesiva protección laboral acabaría perjudicando a los propios trabajadores, desempleándolos.

Esta tendencia de desregulación, no supone la ausencia de normas laborales; muy por el contrario, supone una derecha intervención estatal de índole legislativa tendiente a suprimir en forma drástica los derechos laborales, tanto en el ámbito del contrato individual de trabajo, ampliando el ámbito del acuerdo individual, entregando un poder omnímodo al empleador a través de la "contractualización" de las relaciones laborales; tanto en el ámbito colectivo del trabajo, suprimiendo los derechos de sindicalización, libertad sindical y negociación colectiva, acabando de esta forma con la "autonomía colectiva", considerada un elemento que perturba los mecanismos del mercado laboral.¹⁵

2.2.2. La tesis rerreguladora.

A la tendencia antes descrita se opone la tendencia "rerreguladora", que viene a proponer una adaptación legislativa a los nuevos presupuestos productivos, sin que sea necesario suprimir las normas; dicho de otro modo, apuesta a la adecuación de las normas mediante una nueva regulación que

¹⁴ LÓPEZ, Diego. Op. Cit. Pág. 80-81.

¹⁵ LÓPEZ, Diego. Op. Cit. Pág. 81.

haga eficaz la aplicación de las disposiciones laborales, sin dejarla al mero arbitrio de las leyes del mercado, pero reconociendo la importancia de éste.

Esta visión no pretende hacer frente a la precarización del empleo con la aplicación del conjunto de normas y derechos laborales tal cual como hoy los conocemos; reconoce que la variabilidad de los empleos, su movilidad y la nueva forma de concebir la pertenencia al colectivo laboral, son totalmente distintos a aquellos que dieron origen al derecho laboral. En palabras del Abogado Diego López, la rerregulación es la mejor alternativa jurídica frente al fenómeno de la flexibilización laboral, que busca "la adaptación reglamentaria ante los nuevos perfiles ocupacionales manteniendo el supuesto esencial del derecho del trabajo, cual es la protección de la parte contractual económicamente más débil de una relación de prestación de servicios."¹⁶

No sólo por los fines propios del derecho laboral, en especial la protección de la parte más débil de la relación laboral -el trabajador- es más razonable conceder acierto a la tesis rerreguladora, sino que conceptualmente a la misma solución se llegaría al analizar el propio significado del término "flexibilización". El académico Francisco Walker recurre al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua para señalar que el significado del término flexibilidad es "adaptación a circunstancias distintas". En base a esta definición, este autor concluye que el correcto sentido de la acepción "flexibilidad laboral" se refiere a obtener "cambios por adecuación" y no a "cambios por supresión" (de las normas laborales) como plantea la tesis desreguladora.¹⁷

¹⁶ LÓPEZ, Diego. Op. Cit. Pág. 81.

¹⁷ LÓPEZ, Diego. Op. Cit. Supra.

2.3. La imperiosa necesidad de regulación.

Todos los factores antes descritos han obligado a las empresas a buscar diversas formas de adaptación a los cambios experimentados; La flexibilización surge así como un elemento que permite esta adaptación. Dentro de los elementos flexibilizadores mas importantes se encuentra la subcontratación laboral y el empleo de servicios transitorios, que tienen como principal característica, la irrupción de un tercero en la relación que hasta hace algunos años se desarrollaba sólo entre dos partes.

Esta fórmula ha sido empleada por el empresariado desde hace varios años. Sin embargo, como es costumbre, el legislador -y muy especialmente el nuestro- ha reaccionado tardíamente a los cambios económico-empresariales que inciden en el nivel de protección de los trabajadores. Si bien nuestra legislación nacional ha regulado el tema de la subcontratación desde hace varias décadas, no lo ha sido a un nivel que las exigencias modernas dictan. Por otra parte, en lo que al fenómeno de las “empresas de servicios transitorios” se refiere, nuestra legislación no ha hecho referencia alguna hasta estos días, lo que no se condice con la profusa regulación que tanto en los países del primer mundo como en algunos de nuestros vecinos se ha desarrollado sobre esta materia. Este importante vacío legal ha dejado a su propia suerte esta forma de relación laboral que la realidad de los hechos ha ido multiplicando día a día, cuyo efecto ha sido un enorme debilitamiento en la protección de los trabajadores que progresivamente están dispuestos a aceptar cualquier empleo ante la escasez del mismo.

Este fenómeno conocido como "precarización" del empleo tiende, entre otras expresiones, a encubrir verdaderas relaciones laborales bajo formas de contratación supuestamente civiles, con el objeto de desposeer a

dicha relación de los elementos laborales que permitan la protección del empleo y del trabajador, fenómeno del cual ni siquiera el propio Estado se halla excluido.¹⁸ Es urgente una regulación sobre de la flexibilización y muy especialmente en lo que a la subcontratación y empleo de servicios transitorios se refiere, a fin de impedir aquellas formas de externalización que no hacen más que ocultar, transgredir o transferir obligaciones y riesgos propios de la actividad del empleador en manos de terceros.

La necesidad de una reglamentación legal que, en forma clara, regule todas las variantes de relación laboral, se justifica también al observar las graves repercusiones que genera tanto para los propios trabajadores, como para las empresas y la sociedad toda¹⁹.

- i. En primer lugar, la falta de regulación genera consecuencias adversas para los trabajadores y sus familias.

El no saber quien es realmente el empleador, desconocer quien debe responder por los derechos que le competen, la desigualdad salarial que padece frente a otros que desempeñan la misma función, la dificultad de

¹⁸ Aunque excede el objeto de nuestro estudio, interesante es a este respecto el análisis crítico sobre la contratación a honorarios por parte de la Administración Pública hecha por Claudio Palavencino C. Este autor analiza la curiosa concepción que la Contraloría General de la República y la propia Corte Suprema tienen acerca este tipo relación, en que se dan todos los supuestos de un trabajo subordinado y dependiente que en el mundo privado claramente dan origen a un contrato de Trabajo, en virtud del principio de la "primacía de la realidad". Para estas instituciones, cuando este tipo de relación se genera con un ente Estatal, sólo existe un vínculo civil (a pesar que se den todos los supuestos de hecho del trabajo definido en el artículo 7 del Código del trabajo), de tal forma que no se crea un vínculo que le otorgue a quien presta sus servicios personales ni la calidad de funcionario público ni de trabajador; no le es aplicable ni el Estatuto Administrativo ni el Código del trabajo, quedando desprotegido y en "tierra de nadie". PALAVENCINO, Claudio. La contratación a honorarios en la Administración Pública. El estado como fuente de empleo precario. *En*: Revista Laboral Chilena. Julio 2000.

¹⁹ LA RELACIÓN DE TRABAJO. Informe V (1). 95º Reunión. 2006. Ginebra, Suiza. Conferencia Internacional del Trabajo [en línea] <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>> [consulta: 25 julio 2006] Págs. 10-12.

sindicalización y otros efectos, generan un serio perjuicio al trabajador, lo que obviamente tiene un efecto expansivo hacia el grupo familiar que depende de los ingresos del trabajador.

Sólo a manera de ilustración y aterrizando el fenómeno de la falta de regulación y sus consecuencias, podemos citar algunas prácticas indebidas de los empleadores aprovechando los vacíos o falencias de nuestra legislación:

- Es común observar la división de una misma empresa en distintas razones sociales que aparecen cumpliendo formalmente distintas funciones, pero que continúan ocupando el mismo personal, que es traspasado de una a otras.
- También es de bastante ocurrencia la repentina independencia de un ex trabajador que luego pasa a ser formalmente empleador de sus ex compañeros de trabajo, siendo estos últimos recontratados en nuevas y desmejoradas condiciones por aquél.
- Otra práctica bien cuestionable consiste en la sustitución de una empresa de servicios transitorios por un empleador (generalmente de confianza del usuario) que provee personal contratado por él, pero "cuya solvencia como empresa está contenida sólo en los papeles que contiene su maletín".²⁰

Otro grave efecto de la desprotección, radica en el descuido de la capacitación, incluso de aquella que es necesaria por razones de seguridad

²⁰ ECHEVERRÍA, Magdalena. El sentido de regular la subcontratación y las empresas de servicios transitorios. Op. Cit. Pág. 87.

en actividades y/o lugares de trabajo que implican riesgos. Es bien difícil que una empresa quiera invertir en un trabajador que probablemente no permanecerá a su servicio durante mucho tiempo. Sabido es que los trabajadores carentes de formación o con formación deficiente están más expuestos a los accidentes del trabajo.

ii. En segundo lugar, también genera efectos adversos para los propios empleadores de diferentes formas:

- Desaliento de la productividad. Un trabajador que labora en el limbo de la inestabilidad y el empleo precario, difícilmente puede sentir el compromiso con la empresa que permita a ésta alcanzar los niveles de productividad esperados; muy por el contrario, el empleo precario tiende a socavar, a la larga, los niveles de productividad y contribuye a una creciente y costosa rotación de mano de obra.
- Distorsión de la competencia. La carencia de protección laboral también tiene el efecto de distorsionar la competencia entre las empresas, tanto a nivel nacional o sectorial como en el ámbito internacional, afectando especialmente a aquellas empresas que cumplen con la ley.²¹
- Inseguridad jurídica. La falta de regulación puede redundar en la adopción de decisiones judiciales que otorguen la calidad de asalariados a trabajadores contratados como independientes, con considerables consecuencias económicas imprevistas para las empresas.

²¹ Sin ir más lejos, nuestro país ha sido objeto de críticas por parte de países desarrollados acusando el “*dumping* laboral (o social)” del que se beneficiarían ciertas empresas que funcionan en Chile, llegando en ocasiones a suspender la importación de bienes producidos en nuestro país. Es decir, la desigualdad en cuanto a las exigencias mínimas en materia laboral de cada país, pueden tener como efecto una competencia desleal a favor de las empresas de aquellos países con altos niveles de precariedad en el empleo, con la eventual aplicación de sanciones por parte de los Estados perjudicados.

Sin ir más lejos, ante la inexistencia legal en nuestro país de las empresas de empleo temporario, las empresas que recurren a este tipo de entidades para aprovisionarse de trabajadores en forma temporal, aún cumpliendo todas los requisitos que las legislaciones de otros países exigen a este tipo de actividad, se han enfrentado a la justa decisión de nuestra jurisprudencia administrativa y judicial que desconoce el contrato de suministro de personal (por no tener asidero legal) y considera que en tales casos es empleador quien se beneficia de los servicios personales del trabajador y no la empresa que efectivamente los contrata. El temor de caer en alguna figura fuera de la ley impide a las empresas utilizar esta valiosa herramienta para hacer frente a necesidades transitorias de la misma.

iii. Finalmente, produce efectos adversos para la sociedad en general.

La falta de protección, eventualmente puede producir efectos indeseables para la salud y seguridad no sólo del trabajador, sino también para terceros y para la sociedad en general, pudiendo incluso producir víctimas inocentes y un serio daño al medio ambiente.

Esta relación entre riesgo y falta de regulación laboral del trabajador, se hace evidente también en los casos en que se hace un uso indebido o extensivo de la subcontratación de actividades, especialmente en aquellas áreas en que se requieren conocimientos técnicos específicos de alto nivel y que son muy proclives a generar desastres.²²

²² El 21 de septiembre de 2001, en la empresa química AZF de la ciudad de Toulouse, Francia, se produjo una explosión que terminó con la vida de 30 personas, dejó heridas a centenares y devastó miles de hogares. Una encuesta parlamentaria concluyó que la subcontratación “en cascada” (uso de empresas contratistas por otras contratistas) agravaba enormemente los riesgos de accidentes industriales. La comisión parlamentaria propuso que esa práctica se prohibiera en todas las actividades industriales de alto riesgo y que se mejorasen las condiciones de trabajo y protección a los trabajadores de empresas subcontratadas. INFORME de la Comisión de encuesta acerca de la seguridad de las

CAPÍTULO II: UN ACERCAMIENTO AL CONCEPTO. LA DISTINCION ENTRE EL TRABAJO SUBCONTRATADO Y EL EMPLEO TEMPORAL.

1. Generalidades.

Como ya fue expuesto con anterioridad, tradicionalmente el contrato de trabajo se ha caracterizado por su bilateralidad, esto es, con dos partes bien diferenciadas: un trabajador y un empleador. Ambos desarrollan su actividad en el seno de una empresa, en donde uno presta sus servicios para el otro, en una relación marcada por la subordinación y dependencia, contribuyendo al logro de los fines que la empresa se ha propuesto²³; y en ese entendido ha sido regulado por el Derecho del trabajo positivo desde sus orígenes.

Sin embargo, se ha hecho cada vez mas frecuente la irrupción de un tercero en la relación de trabajo quien, por una parte, resulta beneficiado por el trabajo realizado por el trabajador y, por otra, es quien paga por dicho servicio (al empleador, no al trabajador directamente), pero que formalmente no tiene vínculo con el trabajador, generando las denominadas “relaciones triangulares” de trabajo. De esta forma, ya no aparece en forma clara la bilateralidad en las relaciones de trabajo, tomando más bien la forma de un contrato “plurilateral”.²⁴

instalaciones industriales y de los centros de investigación y la protección de las personas y el medio ambiente en caso de accidentes industriales mayores, *Assemblée Nationale*, N° 3559 de 29 de enero de 2002. Vol. I. Págs. 9-11, 34 y 46. Citado En: LA RELACION DE TRABAJO, Informe V (1), Op. Cit. Pág. 12.

²³ TORRES, Roberto. La reforma Laboral, los Contratistas y las Empresas de Servicios Transitorios. I Parte. En: Revista Laboral Chilena. Julio 2001. Pág. 72.

²⁴ En estricto rigor no existe plurilateralidad en estas relaciones. Sin embargo, desde el punto de vista de las responsabilidades que genera esta triangularidad, eventualmente podría terminar siendo parte del contrato el usuario de la prestación. Numerosas legislaciones establecen la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la empresa mandante respecto de las obligaciones laborales y previsionales de que debe responder el contratista y suministrador, quien sí tiene la calidad de parte del contrato.

Lo que caracteriza básicamente a las relaciones triangulares de trabajo, consiste en que los trabajadores de una persona (llamado “proveedor”, “suministrador”, “contratista” o “subcontratista”), prestan sus servicios personales para una tercera persona (denominada “utilizadora”, “usuario” o “empresa principal”). Por lo general este tipo de relación supone la existencia de un contrato civil o comercial entre el proveedor o suministrador y el usuario o empresa principal.²⁵

Esta forma de relación laboral se manifiesta a través de diferentes maneras cuya denominación ha sido objeto de arduas discusiones. Así, mientras algunos sientan la diferencia clara entre “subcontratación”, “suministro de trabajadores” y “agencias de colocación de personal”, la OIT, ha hecho el intento por denominar a estas distintas formas de relaciones triangulares como “trabajo en régimen de subcontratación”.

2. La subcontratación en sentido amplio y restringido.

En nuestra doctrina, esta (aparente) confusión terminológica ha dado paso a la distinción del uso de la expresión “subcontratación”. Se distingue entre:

a) Subcontratación en sentido extensivo

Como veremos, esta concepción ha ganado fama en la OIT que incorpora dentro de este concepto la “subcontratación de bienes y servicios” por una parte y la “subcontratación de mano de obra” por otra. En el primer caso, la subcontratación hace referencia a la relación entre dos empresas, en virtud de la cual una encarga a la otra la producción de algún

²⁵ LA RELACIÓN DE TRABAJO. Informe V (1). Op. Cit. Pág. 14.

bien o la prestación de algún servicio necesario para su proceso productivo, obligándose la segunda a llevarlo a cabo por su cuenta y riesgo y con sus propios recursos materiales y humanos. En el segundo caso en cambio, el objeto subcontratado ya no consiste en la adquisición de un bien o servicio, sino en el suministro de trabajo o mano de obra.²⁶

b) Subcontratación en sentido restrictivo o estricto

Bajo esta denominación se entiende que el objeto subcontratado sólo puede consistir en la producción de un bien o en la prestación de un determinado servicio. Mientras algunos entienden bajo la denominación “subcontratación” a la relación entre dos empresas en virtud de la cual una de ellas se obliga a producir un bien, prestar un servicio o suministrar mano de obra a otra, obligándose ésta última a pagar una suma por dicha prestación; otros entienden por “subcontratación” a las relación entre dos empresas en virtud de la cual, una de ellas se obliga -únicamente- a producir un bien o a prestar un servicio a la otra, mientras esta última se obliga a pagar una suma por dicha prestación.

3. La concepción de la OIT.

3.1. Evolución de las discusiones en la OIT.

Desde hace varios años, la Organización Internacional del Trabajo, ha puesto en discusión las nuevas formas de empleo que son objeto del presente estudio. Ya en el año 1997 y 1998 la Conferencia examinó el punto

²⁶ UGARTE, José. Suministro de Trabajadores y trabajo Temporal. ¿Empresas sin trabajadores?. Cuaderno de Investigación N° 10. ¿Empresas sin trabajadores?. Legislación sobre empresas de trabajo temporal. Dirección del trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. Junio 1999. Pág. 22.

sobre el “Trabajo en Régimen de Subcontratación”. Estas reuniones tenían por objeto lograr que mediante la adopción eventual de un convenio y una recomendación, se protegieran determinadas categorías de trabajadores carentes de tutela laboral.²⁷

Sin embargo, los delegados que asistieron a dichas reuniones no pudieron ponerse de acuerdo en la adopción del convenio y recomendación. Es más, la propia definición del fenómeno en cuestión fue objeto de una ardua discusión que terminó por impedir el acuerdo pleno entre los miembros sobre la conceptualización del problema a regular. Resulta interesante examinar las razones que impidieron el acuerdo sobre este sensible punto, puesto que los procedimientos que conducen a la adopción de un convenio o de una recomendación internacional del trabajo, casi siempre se basan en un consenso bien amplio.

Las principales dificultades que impidieron el referido acuerdo fueron dos²⁸:

- a) En primer término, la rígida y ardua confrontación de opiniones entre los empleadores y los trabajadores.

El grupo de empleadores señalaba que el trabajo en régimen de subcontratación no era un tema que debía ser abordado por la actividad normativa, debido a la enorme variedad de modalidades en que se hacen partícipes a trabajadores que no son empleados y sus respectivos enfoques nacionales. Argumentaban que una regulación sobre la materia importaba

²⁷ LA RELACIÓN DE TRABAJO. Informe V (1). Op. Cit. Pág. 4.

²⁸ BRONSTEIN, Arturo. La Subcontratación Laboral [en línea]. Versión revisada de ponencia presentada por el autor en el Seminario Internacional sobre El Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. < <http://www.oit.or.cr/oit/papers/subcontrat.pdf> > [consulta: 26 julio 2006] Págs. 2-4.

una intromisión en los contratos comerciales entre las empresas, lo que a la larga repercutiría negativamente en la actividad económica y en la generación de empleos.²⁹

Ante la práctica empresarial de recurrir en un principio a la subcontratación de actividades que no formaban parte central del giro específico de la empresa, extendiéndola con el tiempo en forma creciente a la realización de tareas que difícilmente pueden ser separables del giro principal de aquélla, produciendo como efecto el reemplazo de mano de obra directamente empleada por la empresa por otra que jurídicamente (formalmente) es un tercero, y que emplea a esos mismos trabajadores en condiciones notablemente menos ventajosas, el grupo de trabajadores manifestó un rotundo rechazo al establecimiento legal de la subcontratación de trabajo. Esta absoluta oposición de ideas hizo muy difícil la negociación para un acuerdo, no llegándose a una transacción satisfactoria.

Además de la oposición entre ambos grupos, cabe destacar la objeción planteada por algunos gobiernos, que señalaron que el convenio proyectado crearía una tercera categoría de trabajadores, entre los dependientes e independientes, con un estatuto protector inferior al de los primeros, con el previsible riesgo de que muchos trabajadores dependientes terminaran cayendo en la nueva categoría, con un notable detrimento de sus derechos³⁰.

b) La definición de un concepto jurídico de “trabajo en régimen de

²⁹ Al final de la segunda discusión, en todo caso, el grupo de empleadores igualmente reconoció que existían fenómenos asociados a la subcontratación que requerían de atención, lo que allanaba en una mínima parte el camino de la posible adopción de un acuerdo

³⁰ LA RELACIÓN DE TRABAJO: Ámbito Personal. Reunión de Expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección. Documento técnico de base. Ginebra, 15-19 de mayo de 2000. [en línea] < <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/ifpdial/publ/mewnpr/index.htm> > [consulta: 26 julio 2006]

subcontratación”.

Desde los inicios de la discusión se apreció que la dificultad terminológica sería un escollo difícil de salvar, puesto que una definición que se pretendiera incluir en un acuerdo debía cumplir con una serie de requisitos que son propios de toda norma internacional. Desde ya, esta definición tendría que ser universal, de tal manera que tuviese el mismo sentido para los diferentes ordenamientos jurídicos que existen en el mundo; Tener una precisión tal que no deje dudas acerca de las obligaciones que de ellas nacen, puesto que un Estado miembro de la OIT no ratifica un Convenio Internacional de trabajo si es que duda sobre los compromisos que contraerá; también debería ser de una gran precisión idiomática, de tal forma que tanto en su versión inglesa como francesa (lenguas que hacen fe) tuviesen el mismo alcance jurídico.

Sin embargo, no son estas dificultades las que hicieron por si mismas imposible llegar a un acuerdo acerca de la definición del trabajo en régimen de subcontratación, toda vez que cualquier convenio se enfrenta al problema idiomático y de universalidad.

A la luz de las arduas discusiones quedó en evidencia que la expresión “trabajo en régimen de subcontratación” envuelve formas extremadamente heterogéneas de organización del trabajo en los distintos países del mundo, que muchas veces tienen poca relación entre sí.³¹

³¹ Así, para una mayoría de países de lengua inglesa la palabra *sub-contracting* se aplica a la sustitución de una relación de trabajo por un contrato comercial (sin que la naturaleza de la prestación varíe), mientras que *contract labour* se emplea para referirse al suministro de mano de obra. En los países de habla hispana, el término “subcontratación” se usa a veces para referirse al suministro de mano de obra, pero otras veces (como en España o Chile) para hablar de la subcontratación de obra o servicio, reservándose el vocablo “intermediación” para la subcontratación de trabajo. A su turno, los países de lengua Francesa, usan la voz *sous-traitance* para referirse a la subcontratación de servicios, *sous*

Es esta enorme diferenciación local del fenómeno en cuestión el que impidió la adopción de un concepto que cubriera todas las variantes existentes tomando en cuenta su especial situación; una misma modalidad de subcontratación puede ser abordada de distinta forma en el sistema jurídico de cada país, siendo algunos de ellos muy restrictivos y otros muy permisivos frente al mismo fenómeno.

De esta forma, ante la falta de una definición de “subcontratación”, la Conferencia no pudo tampoco determinar los tipos de trabajo en régimen de subcontratación que debían ser abordados por los instrumentos internacionales. El único acuerdo a que se llegó en dicha reunión, consistió en pedir a la Oficina Internacional del Trabajo que siguiera en la senda de estudiar el tema, haciendo especial hincapié en aquellas categorías de trabajadores afectados por el fenómeno en cuestión que imperiosamente requieran protección, y que con ese fin se convocara a reuniones técnicas para volver a proponer nuevas normas internacionales del trabajo.

En forma precisa, se pidió que dichas reuniones examinaran tres cuestiones fundamentales:

- i. Definir cuales son los trabajadores que, en las situaciones que la Comisión ha comenzado a identificar, necesitan protección.
- ii. Los medios adecuados para la protección de dichos trabajadores y la posibilidad de tratar en forma separada las diversas situaciones.
- iii. Como se podrían definir estos trabajadores, tomando en cuenta los

entreprise para la de mano de obra, a la que también llaman *mise a disposition* (cuando está permitida por la ley) o *merchandage* (si esta fuera de la ley). BRONSTEIN, Arturo. Op. Cit. Pág. 4.

diferentes sistemas jurídicos del mundo y las diferencias idiomáticas.

Conforme la antedicha resolución de 1998, en mayo de 2000 se celebró en la ciudad de Ginebra una reunión tripartita de expertos, denominada “Reunión de expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección”. En la Declaración conjunta adoptada en ella se observó que existen una serie de situaciones en que el ámbito de protección legal no tiene un correlato con la realidad laboral, de tal forma que es cada día mas frecuente observar que un número importante de trabajadores que debiesen estar protegidos por la legislación laboral, jurídicamente o de hecho no lo están.

Paralelamente -y a raíz de la misma resolución de 1998- la Oficina realizó una serie de estudios nacionales que tenían por objeto ayudar a señalar y describir las situaciones más frecuentes en que los trabajadores no cuentan con la protección adecuada, así como los problemas suscitados a raíz de la desprotección o inadecuada protección, y sugerir medidas para remediar estas situaciones.³²

Posteriormente, en la 91ª reunión de la Conferencia realizada en junio de 2003, un importante número de delegados destacaron que el concepto de relación de trabajo es común a todas las tradiciones y sistemas jurídicos del mundo. Se volvió a insistir en la creciente frecuencia del fenómeno de trabajadores que, siendo en los hechos empleados, al no serlos formalmente se hallan sin la protección que una relación de trabajo reconocida ofrece. Además, se observó que como esencia del mandato de la OIT, la protección

³² El Estudio correspondiente a nuestro país, fue realizado por María Ester Feres, Helia Henríquez y José Luis Ugarte, y se titula “Protección de los Trabajadores. Estudio Nacional de Chile”. El texto puede consultarse en < http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/II/er_back.htm >.

de los trabajadores constituye un objetivo ineludible de la institución. En este entendido, dentro del marco del “Programa de trabajo decente”, todo trabajador, independientemente de su situación de empleo, debiera gozar de condiciones mínimas de dignidad y respeto.

Asimismo se consideró que una respuesta adecuada a estas inquietudes se lograría a través de una Recomendación, dada la madurez del debate y discusión que se seguiría en curso. Dicha recomendación, debiera estar centrada en las relaciones de trabajo encubiertas y en los mecanismos para garantizar el acceso a la protección del empleo en el plano nacional a quienes efectivamente se hallan en condición de empleados; brindar orientación a los Estados miembros, sin definir en forma universal la esencia de la relación de trabajo debido a la amplia diferencia de condiciones económicas, sociales, jurídicas y de relaciones laborales; no interferir en los auténticos contratos comerciales y arreglos contractuales con los trabajadores independientes; promover la negociación colectiva y el diálogo social como vías de solución en la esfera nacional y tomar en cuenta la evolución reciente de las relaciones de trabajo.³³

3.2. Un nuevo instrumento internacional posible.

A raíz de las conclusiones y la Recomendación de la reunión del año 2003, con miras a permitir el dialogo social mediante la consulta a los distintos interlocutores sociales de cada país, la Oficina Internacional del Trabajo procedió a elaborar un cuestionario destinado a identificar los componentes esenciales de una eventual recomendación tendiente a facilitar, orientar y establecer un marco a los Estados miembros para el desarrollo y clarificación de sus políticas, legislación y acciones encaminadas

³³ LA RELACIÓN DE TRABAJO. Informe V (1) Op. Cit. Págs. 6 y 7.

a enfrentar los problemas relativos a la determinación de la existencia de una relación de trabajo y la condición de los trabajadores en su empleo.³⁴

Actualmente, y tras la recepción del cuestionario en que cada Estado miembro debía plasmar las opiniones de los diferentes actores sociales nacionales³⁵, se encuentra pendiente la aprobación de un “Proyecto de Recomendación sobre la Relación de Trabajo”, cuya votación se producirá en la 95 reunión de la OIT en el mes de octubre de 2006.

El texto propuesto se divide en cuatro partes, siendo de mayor relevancia las dos primeras a efectos de nuestro estudio.

En la primera, titulada “Política Nacional de protección de los trabajadores en la relación de trabajo”, se insta a los Estados miembros al examen y adaptación regular del ámbito de aplicación de la legislación para garantizar la protección de quienes, en los hechos, se hallen dentro de una relación de trabajo, de acuerdo a las prácticas nacionales y a las normas internacionales pertinentes. También los instruye a incluir en su política nacional medidas tendientes a orientar a empleadores y trabajadores que permita detectar la existencia de una relación de trabajo y la distinción entre trabajo asalariado e independiente y a combatir las relaciones de trabajo encubiertas o disfrazadas.

Especial relevancia merece lo señalado en el numeral 3 letra c del proyecto, que insta a los Estados a “establecer normas aplicables a las situaciones en las cuales un trabajador asalariado presta servicios en beneficio de una tercera persona, a fin de determinar con claridad quien es el

³⁴ LA RELACIÓN DE TRABAJO. Informe V (1) Op. Cit. Pág. 56.

³⁵ Al primero de Julio de 2006, fecha fijada por la Conferencia como plazo para la recepción del cuestionario, nuestro país aún no había enviado el mismo.

empleador, cuáles son los derechos del trabajador y quién debe responder por ellos”.³⁶ En este punto derechamente se hace alusión a las denominadas “relaciones triangulares de trabajo”, bajo la pretensión de exigir a los Estados miembros garantizar que frente a estas situaciones los trabajadores tengan certeza de quien es su empleador (es) y contra quien (es) puede accionar a fin de hacer efectivos sus derechos.

Por su parte el numeral 6 del párrafo en comento, señala que “La política nacional no debería afectar a las relaciones civiles y comerciales legítimas”.³⁷ Este punto es una especie de “mitigación” de la rigidez a que se podría llegar en virtud de la aplicación estricta del punto anterior, toda vez que la extrema regulación podría llevar al desincentivo en la generación de puestos de trabajo, con el consecuente perjuicio para los propios trabajadores.

El segundo capítulo del proyecto de convenio, se titula “Determinación de la existencia de una relación de trabajo”. En él se aborda el presupuesto en que se basa la aplicación de la protección laboral: la existencia de la relación laboral. A fin de evitar los constantes abusos que sufren quienes tienen, en los hechos, la calidad de trabajadores, mediante el fraude o encubrimiento laboral (en especial mediante contratos civiles o comerciales) se recomienda a los Estados miembros a aplicar el principio de la “primacía de la realidad”, de tal forma que los hechos relativos a la prestación de servicios y la remuneración del trabajador, sean los elementos que determinen la existencia del vínculo laboral, no obstante cualquier arreglo contractual o de otra índole pactado entre las partes. Esto es, se debe

³⁶ LA RELACIÓN DE TRABAJO. Informe V (2B). Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª Reunión, 2006. [en línea] < <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-2b.pdf> > [consulta: 25 julio 2006] Pág. 4.

³⁷ Op. Cit. Supra.

atender a lo que las cosas son y no a la que dicen ser.

A fin de facilitar la tarea de determinar la existencia de una relación laboral, el texto propuesto señala la necesidad de que cada Estado determine en forma precisa las “condiciones” o indicadores (criterios) que lleven a concluir la existencia de una relación de trabajo, citando como ejemplo la subordinación, la dependencia o el hecho de que el trabajo sea realizado por cuenta ajena.

A su turno, con el objeto de facilitar la prueba de la existencia de estos indicadores y, consecuentemente, de la relación laboral, el texto instruye a los Estados a la adopción de diferentes instrumentos:

- Estableciendo indicios de relación laboral, como por ejemplo, si el trabajo se presta según las instrucciones y control de otra persona o si las herramientas, materiales y maquinarias sean suministradas por la persona que requiere el trabajo.
- Estableciendo un marco procesal que permita la prueba de estas circunstancias con amplitud y mediante el establecimiento de presunciones legales de existencia de relación laboral cuando concurren uno o varios de estos indicios.

Este capítulo tiene una enorme importancia en lo que a las relaciones triangulares de trabajo se refiere, ya que mediante la acreditación de los “indicios” y, con ello, de los indicadores que acreditan la relación laboral -que en Chile corresponden a la subordinación y/o dependencia- se logra la determinación del verdadero empleador; mediante estos criterios se permite aún en los ordenamientos jurídicos que no han reglamentado estas

relaciones³⁸ evitar la desprotección de los trabajadores víctimas del fraude laboral o formas impropias de tercerización.³⁹

3.3. Los aportes conceptuales de la OIT.

Si bien es cierto, hasta el día de hoy la OIT no ha sido capaz de adoptar una recomendación acerca de las relaciones triangulares que pueda generar obligaciones para los países miembros, resulta importante analizar algunos intentos de definición y clasificación que ha hecho dicho organismo en relación a este tipo de relaciones de trabajo y su delimitación con las formas ilegítimas de empleo.

3.3.1. Un concepto propuesto de “subcontratación”.

En la 86ª reunión de la OIT celebrada en Ginebra, Suiza, en 1997, en un intento de proyecto relativo al trabajo en régimen de subcontratación que fue desechado en la reunión siguiente del año 1998, se señaló en su artículo primero que:

“A efectos del presente Convenio....la expresión “Trabajo en régimen de subcontratación” designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como “empresa usuaria”) por una persona (designada como “trabajador en régimen de subcontratación”), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto de la

³⁸ En Chile hasta nuestros días el suministro de trabajadores o “subcontratación de mano de obra” no tiene regulación legal vigente.

³⁹ Por ejemplo, si un trabajador es formalmente empleado de un contratista, pero recibe órdenes de la empresa principal, mediante la aplicación de estos criterios se podría llegar a determinar que su empleador no es la empresa que “formalmente” aparece como tal, sino la que se beneficia de sus servicios y que imparte las órdenes.

empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y práctica nacionales y cuando:

- i. El trabajo se realiza con arreglo a un acuerdo contractual directo entre trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, distinto de un contrato de trabajo, o
- ii. El trabajador en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario”

Como observamos líneas atrás, la Conferencia no logró un acuerdo en cuanto a la regulación de este tipo de relaciones laborales, lo que se explica por una serie de razones ya expuestas. Sin embargo, cabe destacar que el esfuerzo que impulsa a la OIT es esencialmente la protección de los trabajadores que se hallan bajo relaciones laborales ambiguas u oscuras, tanto en lo que a la existencia de la relación de trabajo se refiere, como en el tipo de relación de trabajo, la identificación del empleador y las responsabilidades que caben a quienes se benefician de los servicios de trabajador.

Es en este contexto que la Conferencia no se propuso definir la “subcontratación laboral”, sino “el trabajo en régimen de subcontratación”, tratando de incluir en este escenario a aquellas modalidades de contratación que, en los hechos y en el derecho, generan lagunas de protección laboral. Ello explica la enorme amplitud de la definición propuesta y las consecuentes críticas que la doctrina sostuvo acerca de ella.

A partir de estos primeros esfuerzos por conceptuar las relaciones de trabajo en régimen de subcontratación, se inició una discusión en el seno de

la Organización que constituyen aportes al entendimiento del fenómeno en estudio.

3.3.2. El objeto subcontratado. La necesaria distinción.

La pregunta fundamental es ¿Qué es lo que se subcontrata?

Si el objeto subcontratado es la producción de bienes o prestación de servicios -punto i de la definición de “trabajo en régimen de subcontratación propuesto por la OIT- nos referimos a aquellas relaciones entre dos entidades independientes entre sí, en cuya virtud una de ellas realizará el encargo por su cuenta y riesgo, con sus propios materiales e instrumentos y su propio personal. Dicho de otro modo, “la subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, se refiere al ámbito de las relaciones que se establecen entre dos empresas en donde una encarga a otra la producción de etapas, partes o partidas completas de la producción de bienes o prestación de servicios, que la segunda empresa se compromete a llevar a cabo por sí misma y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos.”⁴⁰

En cambio, si el objeto subcontratado es el trabajo -punto ii de la definición de la OIT- estamos en presencia de aquella relación entre dos empresas en virtud de la cual una de ellas (usuaria) contrata con otra (contratista) la provisión de trabajadores (mano de obra) permaneciendo el contratista como empleador formal del trabajador durante todo el tiempo que dure la prestación.

La diferencia entre ambos de tipos de contratación no es menor. En la

⁴⁰ ECHEVERRÍA, Magdalena. Los Riesgos Laborales de la Subcontratación. Op. Cit. Pág 11.

subcontratación de bienes o servicios las relaciones laborales son, al menos en principio, claras, pues se establecen entre la empresa contratista y sus trabajadores; el trabajador tiene frente a sí (en principio) a un solo empleador, frente al cual se halla bajo subordinación y dependencia. Diferente es la situación de la subcontratación de mano de obra, pues ella siempre da lugar a una figura triangular más sensible a la incertidumbre y al riesgo, puesto que en ésta el trabajador se encuentra frente a un empleador “con dos cabezas”: un empleador “formal” quien lo recluta, contrata y formaliza la relación laboral y un empleador “real”, al que realmente presta sus servicios y quien imparte las órdenes que debe cumplir.⁴¹

3.3.3. Los grados de dependencia.

Una pregunta clave que se planteó en las reuniones de la OIT fue qué criterios es posible establecer para saber si se está o no en presencia de un “trabajo en régimen de subcontratación”. Pues bien, la respuesta a esta pregunta estaría dada, según este Organismo, por los niveles o grados de subordinación y dependencia del trabajador respecto a la empresa usuaria. Si frente a esta pregunta, el resultado es que el trabajador es totalmente dependiente, se trataría de un trabajo por cuenta ajena, y por ende, de una relación laboral típica y no de de una relación de trabajo en subcontratación; en cambio si el trabajador lo es por cuenta propia, estaríamos en presencia de un trabajador independiente y tampoco caería dentro al esfera de protección buscada. De esta forma, el trabajo en régimen de subcontratación, se hallaría en una zona gris o intermedia entre el trabajo dependiente e independiente. Se trataría de un trabajo realizado para otro a través de un contrato que formalmente no es de trabajo, pero en condiciones de dependencia y subordinación efectivas similares a las que se dan en una

⁴¹ ECHEVERRÍA, Magdalena. Los Riesgos Laborales de la Subcontratación. Op. Cit. Pág 11.

relación de trabajo.⁴²

Fue ante esta necesidad de determinación del nivel de dependencia del trabajador respecto de la empresa que se beneficia de sus servicios, que el Proyecto de Recomendación de la OIT de 1997 propuso una serie de criterios para medir dicha dependencia, los que en gran medida fueron recogidos por el Proyecto de Recomendación que se someterá a votación el próximo mes de octubre de 2006, tales como el grado de autoridad de supervisión y control que la empresa usuaria ejerce sobre el trabajador, si la usuaria paga periódicamente la remuneración del trabajador, si la empresa usuaria suministra maquinarias, herramientas y materiales para llevar a cabo las labores encargadas y otros.

3.3.4. La distinción entre las relaciones comerciales y el fraude.

Según la OIT, el trabajo en régimen de subcontratación se movería en una zona gris, en medio de dos fronteras.

- i. En una de ellas, se encuentran las relaciones laborales encubiertas, clandestinas o disimuladas. Se trata de relaciones efectivamente laborales a las que se reviste de un ropaje de otra naturaleza, tales como una pretendida relación entre independientes como una relación comercial, o por medio de la utilización de un tercero para formalizar en éste la relación laboral, quien presta su nombre para actuar como mero intermediario.

- ii. En el otro extremo se encontraría el llamado “contratista independiente”,

⁴² ECHEVERRÍA, Magdalena. El Otro Trabajo. El Suministro de Personas en las Empresas. Op. Cit. Pág. 39.

que correspondería a lo que hemos llamado propiamente subcontratación de bienes o servicios. Se trata de aquellas relaciones mercantiles entre dos empresas en que el contratista ejecuta un trabajo o provee servicios para otra empresa por su propia cuenta y riesgo y con sus propios trabajadores.⁴³ En este caso el trabajador se halla claramente bajo la subordinación y dependencia del contratista (que es formalmente su empleador) y a su turno éste goza de independencia técnica y económica respecto de la empresa mandante.

De este modo, lo que la OIT pretendió regular al definir el “trabajo en régimen de subcontratación” en su intento de conceptualización del fenómeno abarcaba:

- i. Las relaciones bilaterales (entre la empresa y el trabajador-contratista) formalmente independientes, pero que en los hechos contenían subordinación técnica y organizacional.
- ii. El trabajo desempeñado para una empresa mandante por una contratista, cuando el trabajador de esta última ejecuta el trabajo (produce el bien o presta el servicio encargado por la mandante), en los hechos, bajo la dependencia y subordinación del mandante
- iii. El trabajo suministrado por empresas de empleo temporal (lo contratado o subcontratado es la mano de obra).
- iv. El trabajo suministrado por simples intermediarios.⁴⁴

⁴³ ECHEVERRÍA Magdalena. El Otro Trabajo. El Suministro de Personas en las Empresas. Op. Cit. Pág. 42.

⁴⁴ Op. Cit. Supra. Pág. 44.

Este espectro de protección se condice debidamente con la finalidad que la OIT persigue con la frustrada definición del trabajo en régimen de subcontratación, que no es otro que otorgar la debida cobertura a los trabajadores que se hallan bajo formas atípicas de relación laboral, bien sea bilaterales o triangulares, bien sean lícitas o fuera de la ley, y que dificultan tanto la determinación de la existencia de una relación laboral -en el caso de relaciones bilaterales- como la determinación del empleador -en las relaciones triangulares-.

4. La distinción en nuestra doctrina. Delimitación del tema.

4.1. El concepto restringido de subcontratación.

Ya vimos como la OIT propuso una definición del trabajo en régimen en subcontratación comprensiva de todas aquellas formas de empleo atípicas, dentro de las cuales se halla la subcontratación de la producción de bienes o prestación de servicios y la subcontratación de mano de obra o suministro de trabajo. A raíz de la falta de acuerdo de los representantes de los países que forman la Organización en cuanto a la definición del fenómeno a regular, se cambió la orientación, y actualmente se halla ad portas de una votación un proyecto de Recomendación que no pretende definir la subcontratación, sino más bien instar a los Estados para la protección de los trabajadores que se encuentren, de hecho o de derecho, carentes de protección laboral a raíz de la “atipicidad” del vínculo laboral. Es decir, a pesar de eliminar un intento de definición de la “subcontratación laboral”, se pretende normar los efectos de las relaciones que precisamente comprendía la definición antes propuesta, ya que con su amplitud permite abarcar casi universalmente las formas bilaterales o triangulares de empleo que pretenden o tienen como efecto burlar la protección que el derecho Laboral

debe brindar a quienes prestan sus servicios personales en calidad de trabajadores.

A raíz del debate generado en la OIT sobre el campo de aplicación del tema en estudio, se generó una distinción dentro del fenómeno de la subcontratación, según el objeto subcontratado, tal como fue expresado líneas atrás. Así se distingue un concepto amplio y uno restringido según lo que entendamos pueda consistir el objeto contratado: si sólo la producción de bienes o prestación de servicios estaríamos frente al concepto restringido; si además de ello entendemos que comprende la de trabajadores (o mano de obra) se trataría de un concepto amplio.

Según nuestra doctrina Nacional es necesario precisar la terminología utilizada aplicando el vocablo “subcontratación” para aludir al concepto restringido o estricto del mismo, por dos razones:

- i. El concepto amplio de subcontratación no tendría asidero legal en nuestro país.

Hasta nuestros días, nuestra legislación no contemplaba normas relativas a la provisión de personal (empresas de empleo transitorio), pero sí de subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios -en el artículo 64 y 64 bis del Código del trabajo- por lo que actualmente el suministro de personas en las empresas es una actividad no amparada por la ley⁴⁵.

⁴⁵ Es por ello que tanto la Jurisprudencia Judicial como Administrativa hasta hoy, cuando se enfrentan a una relación de trabajo triangular que no pueda enmarcarse en la subcontratación de bienes o servicios en los términos del artículo 64 y 64 bis del Código del Trabajo, establecen que tiene la calidad de empleador quien, en los hechos, se beneficia de los servicios del trabajador y, por tanto, existe el típico contrato de trabajo definido en el artículo 7 del mismo texto legal en base al principio de la “primacía de la realidad”.

El Proyecto -ya promulgado y publicado como ley de la República- sobre subcontratación laboral y empresas de servicios transitorios viene a regular la provisión de trabajadores en párrafos separados, por lo que nuestra legislación a punto de entrar en vigor acentúa la diferenciación entre ambas formas de empleo.

- ii. El sentido extensivo de la palabra “subcontratación” llevaría a una confusión conceptual que crea problemas, ya que las soluciones legales atingentes para un tipo de subcontratación podrían malamente ser aplicadas a otro, siendo que el objeto subcontratado es de toda relevancia a efectos de mitigar la precariedad del empleo que cada caso genera.

La amplia definición del “trabajo en régimen de subcontratación” ha sido criticada por la doctrina, entre otras razones, porque no sólo mezcla la subcontratación de bienes o servicios con la de trabajo, sino también con la actividad que desarrollan las “Agencias de empleo privadas”. El Convenio N° 181 sobre este tipo de Agencias, las define en forma prácticamente igual que el concepto propuesto de Trabajo en régimen de subcontratación.⁴⁶ Resultaría poco coherente, en base a la amplitud de lo que se entiende por subcontratación, pretender aplicar iguales soluciones a las relaciones triangulares del trabajo por un lado y a las que claramente no lo son por otro.⁴⁷

Cabe destacar el Dictamen N° 5487, de fecha 22 de septiembre de

⁴⁶ Ugarte, José. Suministro de trabajadores y Trabajo temporal ¿Empresas sin trabajadores?. En Cuaderno de Investigación N° 10. ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Santiago. Junio 1999. Departamento de Estudios, Dirección del trabajo. Pág. 25.

⁴⁷ Las agencias de empleo privadas son meros intermediarios de oferta y demanda de trabajo, en ellos nunca concurre la calidad de empleador de los asalariados

1992, emitido por la Dirección del Trabajo que establece que “el eventual contrato de provisión de personal entre empleador efectivo y la empresa colocadora, no transforma a esta última en contratista, en los términos del artículo 64 del Código del trabajo, ya que no realiza con el personal colocado, y bajo su responsabilidad laboral y técnica, obra o trabajo alguno que sea un aporte específico y distinto a las áreas o actividades del contratador”. Tiene este Dictamen la gracia de sentar -aunque indirectamente- la distinción entre ambos tipos de subcontratación.⁴⁸

Como dijimos, la nueva Ley sobre Trabajo en régimen de subcontratación y en empresas de servicios transitorios viene a reglamentar inéditamente el suministro de personas en las empresas. Pues bien, en dicho texto normativo se regula separadamente la subcontratación en sentido restringido por una parte y las empresas de servicios transitorios por otro, y consecuente con la distinción se llega a soluciones distintas en ambos tipos de relaciones laborales por la especialidad que cada una de ellas reviste. Así, en lo que a materia de responsabilidades compete, en la subcontratación de bienes o servicios la empresa mandante responde solidariamente de las obligaciones laborales y previsionales del subcontratista para con sus trabajadores; mientras que en el suministro de trabajo, la empresa usuaria responde subsidiariamente de las obligaciones laborales y previsionales de que debe responder la empresa de servicios transitorios (que sería un contratista de mano de obra) respecto de sus trabajadores.

4.2. Diferencias entre el trabajo subcontratado y el empleo temporal.

Conceptualmente hablando, claramente existen diferencias entre la

⁴⁸ Este dictamen viene a decir que esa relación no cae dentro de lo que se denomina subcontratación, toda vez que el suministro de personas, hasta nuestros días, no tiene reconocimiento legal ni como subcontratación ni como una figura aparte.

subcontratación y el suministro de personas (empleo temporal). A saber:

- a) Potestad de mando. En la subcontratación (restringida) la potestad de mando es ejercida efectivamente por la empresa contratista o subcontratista; mientras que en el empleo en empresas de servicios temporales dicha potestad es ejercida por la empresa usuaria del suministro.
- b) Naturaleza de la prestación de servicios del trabajador. En la subcontratación, el trabajador presta servicios que se comprenden dentro de la ejecución de una obra del contratista o subcontratista para la empresa principal; en el trabajo suministrado en cambio, los servicios del trabajador se comprenden en la obra o faena que realiza directamente la empresa usuaria.
- c) Materiales y herramientas de trabajo. En la subcontratación, los materiales y herramientas que utiliza el trabajador son de propiedad de la empresa contratista o subcontratista; en el trabajo temporal, dicha propiedad pertenece a la empresa usuaria.
- d) La subcontratación puede importar una relación no sólo triangular -entre la empresa principal, empresa contratista y trabajador- sino también cuadrangular o con aún más extremos, ya que la empresa contratista puede, a su turno, subcontratar a otra empresa para la prestación debida a la usuaria y así sucesivamente; en el trabajo temporal en cambio, sólo puede darse una relación de tipo triangular de relación laboral entre la empresa suministradora, la empresa usuaria y el trabajador.⁴⁹

⁴⁹ Ugarte, José. Op. Cit Pág. 27.

4.3. Delimitación del tema.

Hemos visto como en general abordamos el tema de las diferentes formas de relaciones atípicas de empleo distantes del concepto tradicional de contrato de trabajo. Vimos que dentro de estas figuras tiene bastante relevancia la “subcontratación laboral”. Luego de ello, apreciamos que este concepto tan amplio se clasifica, según el objeto subcontratado, en la “subcontratación” (propiamente tal) y el “suministro de personas”.

En relación al “suministro de trabajadores” o subcontratación de mano de mano de obra, cabe señalar que la doctrina está conteste en que es absolutamente necesario que aquél solo proceda a condición de que se desarrolle por espacios de tiempo reducidos, puesto que de consagrarse el suministro de personas para prestar servicios en forma permanente, esa forma de empleo se transformaría en la manera regular de relación laboral, desnaturalizando el sentido de las normas laborales tendientes a la estabilidad en el empleo; es requisito de la subcontratación de mano de obra, que tenga carácter excepcional, por cortos períodos de tiempo, bien se trate de obras o faenas que por su naturaleza se desarrollan en breve tiempo, bien se trate de reemplazos por ausentismo laboral, maternidad o enfermedad, ejecución de trabajos eventuales por aumentos estacionales u ocasionales de la producción o reemplazos y otras análogas que impliquen una situación excepcional.

Por esta razón es que al hacer referencia al suministro de trabajadores, derechamente se habla del “empleo temporal” o, más precisamente, del “empleo en empresas de servicios transitorios”, tal como lo señala el Proyecto de Ley ya publicado que es tema central de la presente memoria.

Pues bien, el objeto de nuestro estudio radica en las dos formas de subcontratación referidas. En las líneas que siguen, trataremos separadamente “el trabajo en régimen de subcontratación” primero y el “trabajo en empresas de servicios temporarios” con posterioridad, indicando en cada uno de ellos sus características, analizando sus elementos, las partes que intervienen y la regulación que nuestro ordenamiento jurídico laboral ha dado a cada una de estas materias, haciendo referencia al derecho comparado pertinente cuando corresponda.

CAPÍTULO III: LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL EN CHILE

1. Generalidades

Desde los orígenes de nuestras leyes laborales, el ordenamiento jurídico chileno dedicó algunas de sus normas a la subcontratación. Si bien dichas normas, hasta nuestros días, no han definido el concepto de esta forma de relación laboral, han tenido la virtud de regular una de sus aristas más relevantes: el de la responsabilidad (subsidiaria) del dueño de la obra, empresa o faena, esto es, de quien encarga la producción del bien o prestación del servicio a la empresa contratista.

El Proyecto transformado en Ley, titulado “Del Trabajo en Régimen de Subcontratación y del trabajo en Empresas de Servicios Transitorios”, tiene dos características que resultan vitales en una verdadera transformación de las relaciones laborales en nuestro país. En primer término, sienta una definición clara en cuanto al “Trabajo en Régimen de Subcontratación”, asunto que hasta nuestros días no había sido abordado por la ley, quedando su formulación en manos de la doctrina y la jurisprudencia judicial y administrativa. Por otro lado define y regula el “Trabajo en empresas de servicios transitorios”, cuestión inédita en nuestra legislación, representando el cambio más importante del citado cuerpo normativo.

Dado que la Subcontratación laboral no es novedosa para nuestra ley, en el presente Capítulo nos remitiremos al estudio del concepto y elementos de la subcontratación; la evolución normativa de esta materia, brindando un repaso a las disposiciones que hasta hoy nos rigen; finalizando con la regulación pronto a entrar en vigencia y la revisión de la solución que el Derecho comparado ha dado al punto más sensible de la materia: la

responsabilidad del mandante o dueño de la obra, empresa o faena.

2. Concepto de subcontratación en Chile. Sus características y Sujetos que intervienen.

2.1. Concepto de subcontratación en Chile.

La idea o concepto de “subcontratación” no puede ser analizada conforme a la doctrina civilista, pues en ésta el subcontrato se define como “un nuevo contrato derivado y dependiente de otro contrato previo de la misma naturaleza”.⁵⁰ En la doctrina laboralista, el concepto de subcontratación recibe su nombre no desde la óptica estricta de las relaciones entre los contratantes, sino tomando en cuenta preferentemente la situación del trabajador, quien no participa en la celebración de dicho contrato (subcontrato) pero sí se ve afectado por sus efectos, por lo cual no es requisito en la materia que nos ocupa la existencia de un contrato principal del que derive el subcontrato.

En base a lo señalado en el capítulo anterior y considerando las opiniones que la doctrina jurídico-laboral ha emitido sobre la materia, podríamos definir la Subcontratación laboral como una relación laboral atípica nacida a raíz de la celebración de un contrato civil o comercial entre una empresa que es dueña de la obra o faena (llamada empresa principal) y otra empresa (llamada contratista) a objeto de que ésta última, a cambio de una prestación pecuniaria, ejecute alguna(s) obra(s) o preste algún(os) servicio(s) determinado(s), con sus propios materiales humanos, financieros y técnicos y bajo su propio riesgo, manteniendo la calidad de empleador

⁵⁰ LÓPEZ, Jorge. Los Contratos, Parte General. Tomo I. 2ª Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 214.

directo de sus trabajadores resultando, no obstante, beneficiada con los servicios de éstos últimos, la empresa principal.

2.2. Características de la definición.

- 1) Se trata de una relación⁵¹ laboral atípica⁵² dada la “triangularidad” que en ella puede observarse.

Si bien el trabajador tiene como empleador formal y directo, en los hechos, a la empresa contratista, los servicios por ellos prestados van en beneficio de la empresa mandante, esto es, aquella que le ha encargado al contratista la producción de algún bien o la prestación de algún servicio.

- 2) El elemento fundante de esta relación es la celebración de un contrato civil o comercial.

Lo primero que destaca a la vista es que se trata de un contrato de carácter bilateral celebrado entre la empresa principal o empresa mandante y el contratista, en virtud del cual éste último se obliga a producir un bien o a prestar un servicio al primero, que a su vez se obliga a realizar una contraprestación dineraria a cambio.

El segundo aspecto relevante es que dicho contrato es de carácter civil o comercial. Esta característica en sí misma excluye la intervención del trabajador en su celebración, a pesar de lo cual de él se generan efectos que harán partícipes a los trabajadores de las relaciones por aquél creadas. Pero

⁵¹ Se habla de “relación” y no de acto jurídico o contrato a secas porque en ella está inserto el trabajador sin que intervenga en la celebración del contrato civil o comercial que le da origen.

⁵² Al decir “atípica” no nos referimos a que se halle carente de regulación legal, sino a su especial estructura que no se condice con el modelo clásico de relación laboral.

el carácter civil o comercial también tiene importancia desde el punto de vista de los sujetos que intervienen en su celebración, pues ello implica un factor diferenciador en la individualidad de ambos. Si el contrato celebrado entre ambas empresas tuviera más carácter laboral que civil no estaríamos en presencia de subcontratación, sino simplemente de una intermediación laboral prohibida por la Ley.

3) En la relación intervienen tres sujetos.

Si bien el contrato civil o comercial que da origen a esta relación se celebra sólo entre la empresa principal y el contratista, dicho acuerdo contractual genera efectos que harán partícipe en su ejecución a los trabajadores, quienes prestarán sus servicios personales en beneficio de un tercero y tendrán el derecho, según muchas legislaciones, a exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales tanto a su empleador directo (contratista) como a quien se beneficia del resultado de su trabajo (empresa principal), bien sea solidaria o subsidiariamente según la legislación de cada país.

4) El contratista ejecuta la obra o presta el servicio en forma independiente y a su propio riesgo.

Es esta una característica importantísima en la distinción entre la subcontratación y el fraude o simulación laboral. En virtud del contrato civil o comercial entre las empresas el contratista se obliga a cumplir la prestación con sus propios materiales, bajo su propio riesgo y -esto es lo más relevante- con sus propios trabajadores. Es decir, la empresa contratista se obliga a producir una partida completa de la producción o a cumplir una unidad de prestación de servicio a favor de la empresa principal, sin que ello implique

una confusión entre empleadores; el trabajador sí y solo sí tiene como único empleador al contratista, quien ejerce todas las funciones que derivan de su posición, siendo él quien imparte las órdenes, dirige y sanciona al trabajador en virtud de sus potestades.⁵³

5) El único empleador del trabajador es el contratista.

Ya lo veíamos en el número anterior. Es el contratista quien adquiere todas las obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores, aún cuando los servicios prestados por éstos vayan en beneficio de un tercero (empresa principal), lo que no obsta a que, como ocurre en la mayoría de las legislaciones, el mandante adquiera la responsabilidad de las mismas obligaciones con carácter subsidiario o solidario.

6) Consecuencia de lo anterior es que el trabajador no tiene vínculo laboral de orden contractual con el beneficiario de sus servicios, esto es, la empresa principal o mandante.

7) La producción del bien, ejecución de la obra o prestación de los servicios se debe llevar a cabo dentro de los límites del espacio físico del establecimiento o faena de la empresa principal.

Esta característica ha sido acordada por la doctrina, resultando de toda lógica su aceptación, ya que si se tratara del caso en que los servicios del trabajador se desarrollaran en el establecimiento de la empresa contratista

⁵³ De otra forma, si en los hechos quien ejerce una función propia del empleador -por ejemplo, es él quien imparte las órdenes al trabajador- es la empresa principal o mandante, estaríamos frente a la contratación simulada o mera intermediación, debiendo considerarse en este caso que es empleador quien se beneficia efectivamente de los servicios del trabajador, tal como se ha fallado.

no existiría motivo de regulación; la inmensa mayoría de las veces las empresas producen bienes o prestan servicios a otras empresas, siendo muy pocas las que realizan aquellas directamente al consumidor final. Al prestarse los servicios en la empresa principal se hace razonable regular el tema para distinguir la subcontratación de la mera intermediación laboral.⁵⁴

2.3. Sujetos que intervienen en la subcontratación laboral.

2.3.1. La empresa principal o mandante.

Diferentes son los términos que se emplean para hacer alusión a quien encarga la obra o servicio al contratista: empresa principal, mandante, dueña de la obra, empresa o faena responden a esta variedad terminológica.⁵⁵

Los artículos 64 y 64bis de Código del Trabajo y que aún rigen en la materia, hablan del “dueño de la obra, empresa o faena”, al igual que el nuevo artículo 183-A del mismo Código creado por el Proyecto ya convertido en Ley. Para determinar estos conceptos, es interesante recordar una sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema de fecha 14 de marzo de 1994, que para definir lo que se entiende por “dueño de la obra, empresa o faena” comenzó por indagar el significado que al vocablo “empresa” da nuestra legislación, citando el artículo 3 del Código del Trabajo y que la define 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

⁵⁴ En la nueva ley sobre subcontratación se establece en forma explícita que los servicios deben prestarse en la empresa principal. Tal como lo contempla el nuevo artículo 183-A del Código del Trabajo.

⁵⁵ No resulta apropiado el término “mandante” puesto que dista mucho del contrato de mandato regido por nuestro Código Civil. Es más propio utilizar la frase “empresa principal”. No obstante ello, la ley usa indistintamente la variedad de términos referidos.

legal determinada”. Luego, para definir lo que se entiende por “obra” y “faena”, recurre al diccionario de la RAE y a la normativa aplicable en los autos de la causa consistente en el D.S. Nº 15 de 17 de enero de 1992, que aprobaba el Reglamento para contratos de obras públicas, en conjunto con las disposiciones contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y en la Ordenanza General del mismo título. De esos antecedentes la Corte concluyó que “obra” es “la construcción efectuada por el Estado a través de sus organismos técnicos o por particulares, en virtud de un contrato o encargo específico de un estudio o proyecto. Por su parte, estimó que “faena” es “el proceso ordenado secuencial y cronológico para la materialización de una obra.”⁵⁶

De lo anteriormente expuesto, y tomando en consideración la opinión de la Doctrina Nacional, podemos concluir que “dueño de la obra, empresa o faena”, “Empresa principal” o “Mandante” es aquella persona natural o jurídica que, por medio de un contrato civil o comercial, encarga a otra llamada contratista, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio determinado, pagando por ello un determinado precio.

2.3.2. Empresa contratista.

Nuestra normativa tampoco ha definido lo que se entiende por “contratista” ni menos por “subcontratista”. Ni el artículo 64 y 64 bis ni el Proyecto Nuevo lo definen, razón por la cual debemos remitirnos a lo señalado hasta hoy por la jurisprudencia y la doctrina. Pero antes que ello, partamos observando el significado que le otorga el Diccionario de La Real Academia Española de la Lengua: “Persona que por contrata ejecuta una

⁵⁶ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA. T. XCI. Enero-Abril, 1994. Segunda Parte, Sección Tercera. Págs. 28-30.

obra material o está encargada de un servicio para el Gobierno, para una Corporación o para un particular.”⁵⁷

La Dirección del Trabajo lo ha definido como toda “persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta para un tercero dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución material o prestación de servicios mediante un precio convenido, contratando para ello trabajadores.”⁵⁸

La jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia, ha hecho suya la definición dada por la Dirección del Trabajo. A manera de ejemplo, citaremos la sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, de fecha 5 de diciembre de 1991 que en su considerando séptimo señala “Que, por lo demás, el contrato de prestación de servicios suscrito entre la recurrente y Servimarket se encuentra celebrado al amparo de la norma del artículo 63 del Código del Trabajo (actual artículo 64), acorde con la interpretación dada en Dictamen N° 9159/212, de 14 de diciembre de 1990. En efecto, Servimarket es una persona jurídica que por una convención se obligó para con Comercial e Inmobiliaria Unimarc S.A. a prestarle el servicio pactado a cambio de un precio convenido para ello con los trabajadores.”⁵⁹

Por su parte, la doctrina nacional ha aportado un elemento más a la definición dada por la jurisprudencia administrativa: que el contratista realice las obras o preste el servicio en el establecimiento o faenas de la empresa principal. El académico Francisco Tapia G. ha definido al contratista como “la

⁵⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. 2001. Vigésima Edición. Madrid. Editorial Espasa Calpe. Pág. 644.

⁵⁸ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Ord. N° 9159/212. Santiago. 14 de diciembre de 1990. En el mismo sentido Ord. N° 1570 de 22 de julio de 1982 y Ord. N° 3171/86 de 29 de abril de 1991.

⁵⁹ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA. T. LXXXVIII. Septiembre-Diciembre, 1991. Segunda Parte, Sección Quinta. Págs. 303 y 305.

empresa que, sin subordinación o dependencia laboral, presta un servicio o ejecuta una obra que le ha sido encomendada por otra empresa, desarrollando sus tareas en el establecimiento o en las faenas del mandante.”⁶⁰ Esta definición no sólo incluye la determinación del espacio físico en que deben realizarse las obras, sino también la necesidad de autonomía entre las empresas, de tal forma que entre ellas exista un vínculo civil o comercial que no sea susceptible de confundirse con un contrato de trabajo, toda vez que ello implicaría estar frente a mera intermediación de mano de obra.

De los elementos indicados por la jurisprudencia y la doctrina, diremos que empresa contratista es aquella persona natural o jurídica que, en virtud de un contrato civil o comercial, ejecuta para otra empresa (llamada principal), con sus propios recursos financieros, humanos y técnicos, labores de ejecución material o prestación de servicios mediante un precio convenido, desarrollándolas en el establecimiento o faenas del mandante.

2.3.3. El subcontratista.

La empresa contratista puede ejecutar las obras o prestar los servicios por sí misma o bien a su vez encargar todo o parte de ellas a una tercera empresa que recibe el nombre de subcontratista. Ésta se halla ante el contratista -con quien la une un vínculo civil o comercial- en la misma posición que este último tiene frente al mandante o empresa principal. A su vez, el subcontratista puede volver a encargar la ejecución de las obras o prestación de los servicios encargados por el contratista a una tercera empresa y así sucesivamente.

⁶⁰ TAPIA, Francisco. La responsabilidad subsidiaria en el contrato de trabajo. En: Revista Laboral Chilena. Enero. 1994. Pág. 72.

Definiremos a la empresa subcontratista como aquella persona natural o jurídica que, en virtud de un contrato civil o comercial, ejecuta para otra empresa, llamada contratista, con sus propios recursos financieros, humanos y técnicos, labores de ejecución material o prestación de servicios mediante un precio convenido, desarrollándolas en el establecimiento o faenas de la empresa principal.

2.3.4. El trabajador subcontratado.

Hemos dicho que el trabajador no participa del contrato civil o comercial que da origen a la subcontratación. Sin embargo, es relevante referirnos al mismo puesto que toda la regulación en materia de subcontratación tiene como finalidad la protección de este sujeto que, sin tener injerencia en dicha relación contractual, sí recibe la tutela jurídica que su situación laboral atípica exige. Esto se justifica plenamente ya que, por una parte, realiza sus labores en un lugar distinto al establecimiento o faena de su empleador, desarrollándolas en las de la empresa principal y, por otro lado, es ésta última la que se beneficia de los servicios personales del trabajador.

Diremos que trabajador subcontratado es la persona natural que, bajo dependencia y subordinación, presta sus servicios personales, intelectuales o materiales a la empresa contratista o subcontratista, en virtud de un contrato de trabajo. Lo relevante en este punto es que el trabajador tiene como único empleador a la empresa contratista o subcontratista a la cual presta sus servicios personales, situación que no cambia a pesar de que su trabajo va en beneficio y se desarrolla en el establecimiento o faenas de la empresa principal, puesto que las órdenes y el poder disciplinario sigue siendo ejercido por su empleador (contratista o subcontratista).

3. Evolución de la regulación en Chile sobre el trabajo en Régimen de Subcontratación.

Basándonos en el análisis hecho por el Abogado Roberto Torres Díaz,⁶¹ dividiremos la evolución de las normas sobre esta materia en las siguientes etapas:

3.1. La etapa inicial. Responsabilidad subsidiaria.

A partir del nacimiento de las primeras Leyes del Trabajo, nuestro ordenamiento optó por establecer la responsabilidad subsidiaria de la empresa mandante por las obligaciones del Contratista para con sus trabajadores. Las normas pertinentes de esta etapa son, a saber:

- Ley 4.055, publicada con fecha 26 de septiembre de 1924, que en su artículo 4º dispuso que “La responsabilidad del patrono o empresario que por cuenta ajena tome a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario”.
- Artículo 16 del Código del trabajo de 1931. Este artículo, que recogía las normas laborales previas, disponía que “El dueño de obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros. En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural”. Esta norma, si bien ha sufrido algunas modificaciones, se mantiene

⁶¹ TORRES, Roberto. La Reforma Laboral, los Contratistas y las Empresas de Servicios Transitorios. Parte I. En: Revista Laboral Chilena. Julio 2001. Págs. 73-77.

vigente hasta nuestros días, sentando las bases de nuestro actual sistema de responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena.

- Artículos 256 y 257 del Código del trabajo de 1931. Estas disposiciones estaban ubicadas en el Título de los Accidentes del trabajo, estableciendo la responsabilidad subsidiaria del patrón o empresario en materia de accidentes del trabajo y aún la responsabilidad directa del mismo en caso que la empresa contratista fuera una microempresa. Señalaba la primera de ellas que “La responsabilidad del patrón o empresario que, por cuenta ajena, toma a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario”. Por su parte la segunda, complementando la anterior, disponía que “los subcontratistas o subempresarios que tengan tres o menos obreros ocupados en el momento del accidente, no adquieren la calidad de patrones y subsistirá la responsabilidad del empresario y propietario en su caso”.

Todas estas normas de la fase que hemos denominado “inicial” rigieron hasta la década del sesenta y estaban complementadas por disposiciones reglamentarias que ordenaban a los contratistas de las empresas del Estado estar al día en sus obligaciones para con sus trabajadores como requisito previo a obtener sus pagos.

3.2. Segunda etapa. Prohibición de la Subcontratación laboral. Fortalecimiento de la fiscalización del mandante. Equiparación salarial y de beneficios.

- Prohibición de la subcontratación.

El aspecto más relevante de esta etapa, radica en la prohibición de la subcontratación laboral que fue impuesta por la ley, permitiéndola sólo en el caso de reparaciones especializadas y en el rubro de la construcción. Se prohibía, bajo pena de multa, la subcontratación de trabajos principales y permanentes de mantención, reparación o producción.

Las prescripciones recién señaladas se contenían en la Ley N° 16.757, publicada el 20 de febrero de 1968, que en su artículo 1º disponía que:

“Los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria, o de reparación o mantención habituales en sus equipos y que no sean de los tratados en los incisos segundo y tercero de este artículo, no podrán ser ejecutados a través de contratistas o concesionarios.”

“Sin embargo, la disposición del inciso anterior no se aplicará cuando los referidos trabajos constituyan una labor especializada, que se encomiende a una empresa o industria establecida que pague patente como tal, cuyo giro principal sea, precisamente, ejecutar tales labores o manufacturar elementos, partes, piezas, o repuestos por orden de terceros.”

“No se aplicará esta disposición a la actividad de la construcción”

- Fortalecimiento de la fiscalización del mandante.

La Ley delegó la fiscalización de la observancia de las normas laborales a las propias empresas mandantes, a fin de que sus contratistas y subcontratistas cumplieran la ley, llegando a impedir los pagos a las empresas contratistas de obras públicas que se relacionaran con el Estado en caso de no estar al día en sus obligaciones laborales.

El DFL N° 2, publicado el 29 de septiembre de 1.967, en su artículo 43 inciso segundo disponía que “Los contratistas de obras públicas, fiscales o municipales y de las personas jurídicas creadas por la ley en que el Estado tenga aporte de capital, deberán acreditar, para que pueda darse curso a los estados de pagos y para la devolución de las garantías que hubieren otorgado, que no tienen reclamos pendientes por remuneraciones de su personal, mediante certificados expedidos por la Inspección del Trabajo en que estén ubicadas las faenas correspondientes, y de imposiciones a las leyes de previsión mediante certificado expedido por el instituto previsional correspondiente.”

Vemos en esta disposición la regulación de la subcontratación excepcionalmente permitida, puesto que hace referencia a la actividad de la construcción. Si bien esta norma tenía un ámbito restringido de aplicación, puesto que era aplicable sólo a los contratistas de obras destinadas a algún ente relacionado con el Estado, tiene la virtud de asegurar el cumplimiento de las obligaciones tanto laborales como previsionales de los trabajadores de las empresas contratistas, exigiendo como requisito previo a los pagos por las obras, el cumplimiento de las referidas obligaciones.⁶²

Por su parte, el artículo 20 de la Ley N° 17.322, de fecha 19 de agosto de 1970, dispuso que:

“En todo contrato de construcción de obra, reparación, ampliación o mejoras, se entenderá, sin necesidad de estipulación expresa, que las garantías constituidas para responder a su cumplimiento y las retenciones

⁶² La expedición de los certificados a que alude la norma se mantienen en el tiempo y se refuerzan en la nueva ley

que se hagan a los estados de pago caucionan también el cumplimiento de las obligaciones previsionales.

Para obtener la devolución o alzamiento de esas garantías, el contratista o subcontratista deberá acreditar el pago de la totalidad de las obligaciones previsionales correspondientes a la obra mediante certificados de las respectivas instituciones de previsión. La infracción de esta disposición hará al dueño de la obra solidariamente responsable del cumplimiento de esas obligaciones.”

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, el dueño de la obra responderá subsidiariamente de las obligaciones previsionales que fueren de cargo de los contratistas o subcontratistas, correspondientes a los trabajadores que hubieren prestado servicios en la respectiva obra.”⁶³

Tenemos en esta prescripción la reglamentación del segundo caso permitido de subcontratación -reparaciones, ampliación y mejoras- que si bien tiene un ámbito más restringido de aplicación que la anterior en cuanto al tipo de obligaciones cuyo cumplimiento garantiza -sólo previsionales- tiene la virtud de ser aplicable al ámbito de las relaciones entre privados. Por medio de ella, en caso de haberse constituido garantía para cumplir con la realización de las obras, reparación, ampliación o mejoras, se entiende que ella también asegura el cumplimiento de las obligaciones previsionales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, pudiendo éstas últimas exigir su devolución previa acreditación del cumplimiento de tales obligaciones por medio de certificados expedidos por las instituciones de previsión respectivas. Termina la disposición haciendo responsable

⁶³ Como lo veremos en su oportunidad, este sistema de fiscalización por parte de la empresa principal se ha mantenido en el tiempo y se ha venido a reforzar de manera mas acabada con la nueva Ley N° 20.123.

subsidiario, en todo caso, a la empresa principal de las obligaciones previsionales que fueran de cargo de los contratistas y subcontratistas tratándose de trabajadores que hubiesen prestado servicios en la respectiva obra.

- Equiparación salarial y de beneficios.

Un avance importante que no se ha vuelto a repetir, ni aún en la nueva Ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación, fue la publicación de la Ley 16.624, de fecha 15 de mayo de 1967, que estableció que las Grandes empresas productoras de cobre podían hacer uso de contratistas, siempre y cuando aseguraran a los trabajadores de los contratistas iguales remuneraciones y beneficios sociales que los otorgados a los trabajadores de sus propias empresas.

Disponía el artículo 15 de la citada Ley que “Cuando la Corporación del Cobre declare que las labores de producción u operación realizadas por intermedio de un contratista es una actividad normal en una empresa productora regida por el Título I de la presente ley, ésta deberá asegurar a los trabajadores ocupados en ella condiciones de trabajo, remuneraciones y beneficios sociales iguales a aquellos que los trabajadores de las propias empresas”. Aún cuando esta artículo sólo haya sido aplicable a los trabajadores de empresas contratistas cuya actividad hubiese sido declarada por la Corporación del Cobre como “actividad normal de una empresa” -lo que demuestra la estrechez de su campo de aplicación- establece una igualdad entre los trabajadores de la empresa principal y la empresa contratista que responde a la lógica de las más contemporáneas legislaciones comparadas.⁶⁴

⁶⁴ Es el caso, verbigracia, de las legislaciones de España, argentina y Colombia.

3.3. Tercera etapa. Derogación de la prohibición y de la responsabilidad subsidiaria.

Esta etapa está marcada por dos modificaciones legislativas de relevancia.

- Derogación de la responsabilidad subsidiaria.

El D.L. 2.200 publicado el 15 de junio de 1978, en su artículo 166 vino a derogar todas las normas que eran contrarias o incompatibles con lo dispuesto en dicho D.L., especialmente los libros I y II del Código del Trabajo de 1931 y, con ello, el artículo 16 de este último cuerpo legal en que se consagraba la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena. Las únicas normas sobre responsabilidad subsidiaria que quedaron vigentes eran las que hacían responsable a la empresa principal respecto de las obligaciones de afiliación y cotización de la Ley de Accidentes del Trabajo. En todo caso, se mantenía vigente la prohibición de utilizar la subcontratación laboral.

- Fin de la prohibición de la subcontratación y de la igualdad salarial. Vuelta a la responsabilidad subsidiaria.

Con fecha seis de julio de 1979 comenzó la vigencia del D.L. 2.759 que puso fin a la prohibición que por más de once años padeció la subcontratación laboral, volviendo a consagrar la responsabilidad subsidiaria que en idénticos términos establecía el antiguo artículo 16 del Código del Trabajo de 1931.

Dispuso el artículo 5º del texto legal: “Deróguense la ley N° 16.757 y el artículo 69, de la Ley N° 16.624”. Vemos en este articulado que no sólo por medio de él se derogó la prohibición de la subcontratación, sino también acabó con la equiparación remuneracional y de beneficios sociales que excepcionalmente se consagraba para los trabajadores de empresas subcontratistas de la gran minería del cobre en virtud del artículo 69 de la Ley 16.624.

Por su parte el artículo 4º del mismo texto, dispuso que

“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural”

3.4. Cuarta etapa. Fortalecimiento de la responsabilidad subsidiaria.

Dos normas son de trascendencia durante esta etapa.

- La Ley 18.620, que incorporó al Código del trabajo de 1987 el artículo 4ª del D.L. 2.759 pasando a ser al artículo 63 de aquel cuerpo normativo, con lo que se mantuvo el mismo sistema de regulación de las relaciones entre empresa principal y contratista.
- La Ley 19.250, publicada el 30 de septiembre de 1993, modificó el referido artículo 63 quedando redactado bajo el siguiente tenor:

“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos.

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

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

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también solicitar que ésta sea notificada a todos aquellos que puedan responder subsidiariamente de sus derechos, entendiéndose interrumpidos respecto de ellos los plazos de prescripción, si se les practicó tal notificación dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 453 del presente Código.

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

De esta forma la Ley 19.250 tuvo como aspectos más relevantes:

- Precisar la clase de obligaciones que comprendía la responsabilidad subsidiaria, esto es las laborales y previsionales.⁶⁵

⁶⁵ De igual forma, se extendió la confusión sobre si comprendía las obligaciones laborales tanto legales como contractuales o si sólo abarcaba las primeras.

- Dejar en claro que el contratista, en su calidad de mandante del subcontratista, es responsable subsidiario respecto a las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de éste último.
- No obstante lo anterior, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad subsidiaria del contratista, se establece que el mandante responde subsidiariamente respecto de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de la empresa subcontratista.
- Se posibilitó que los trabajadores accionaran en forma simultánea en contra de todos aquellos “que puedan responder subsidiariamente de sus derechos”. En todo caso se abrió la discusión si la facultad se refería únicamente a la interrupción de la prescripción o a la posibilidad de seguir en un solo juicio las diversas acciones.

Cabe precisar que posteriormente el D.F.L. N° 1 de 1994, refundió en un solo texto la normativa laboral existente, reemplazando diversos artículos del Código del trabajo de 1987, pasando el referido artículo 63 a ser el artículo 64 del citado Código.

3.5. Quinta etapa. La fiscalización delegada actualmente vigente.

La ley 19.666, publicada el 10 de marzo de 2000, constituye la última modificación legislativa en vigencia hasta nuestros días en materia de subcontratación. Esta ley introdujo un cambio de orden procesal y otro sustantivo en nuestra legislación sobre subcontratación.

- a. Modificó el inciso tercero del artículo 64 del Código del trabajo con el objeto de zanjar la discusión sobre si la facultad del trabajador de entablar la demanda contra su empleador directo y los demás responsables subsidiarios se refería sólo a la interrupción de la prescripción o a la posibilidad de seguir en un solo juicio las diversas acciones.

El nuevo inciso tercero quedó redactado de la siguiente forma: “El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos” Con claridad la norma pone de manifiesto que la facultad de demandar al empleador directo y a los responsables subsidiarios se refiere no a la mera interrupción de la prescripción, sino para que en el mismo juicio se determine la responsabilidad subsidiaria que eventualmente proceda.

- b. Incluyó un nuevo artículo al Código del Trabajo, el 64 bis.

Este nuevo precepto establece tres derechos del mandante o empresa principal sobre su contratista:

- i. Derecho a ser informado por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a aquellos corresponda respecto a sus trabajadores, así como igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores; derecho que se hace extensivo también a favor de los contratistas respecto de sus subcontratistas, tal como lo prescribe el inciso primero del artículo en comento. Esta facultad obedece a la verdadera “responsabilidad subsidiaria en cascada” que tiene sobre sí el dueño de la obra, empresa o faena en primer término y luego los contratistas; de

allí que esta facultad le compete al mandante sobre los contratistas y subcontratistas y a su vez, a los contratistas respecto de sus subcontratistas.

Cabe mencionar que tanto el monto como el cumplimiento de estas obligaciones legales y previsionales, puede ser acreditado mediante certificados emitidos por la Inspección del Trabajo respectiva, como lo prescribe el inciso cuarto del artículo 64 bis del Código del Trabajo.

Este derecho a la información, se refuerza en el inciso final del artículo en comento, imponiendo la obligación a la Dirección del Trabajo de poner en conocimiento del dueño de la obra, empresa o faena, las infracciones a la legislación laboral o previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, teniendo la misma obligación dicha entidad para con los contratistas respecto de sus subcontratistas.

- ii. Derecho de retener de las obligaciones que tenga a favor del contratista, el monto de que sea responsable subsidiario en caso que el contratista no acredite, de manera oportuna, el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales o en caso de ser demandado el mandante en forma subsidiaria conforme a lo prescrito en el artículo 64. El mismo derecho le compete al contratista en relación a sus subcontratistas, lo que se justifica por la ya mencionada responsabilidad subsidiaria “en cascada”.
- iii. Derecho a pagar por subrogación al trabajador o institución previsional respectiva, como lo señala el inciso tercero del artículo en comento.

En resumen, la Ley 19.666, manteniendo el sistema de responsabilidad subsidiaria, vino a delegar en el mandante un rol de fiscalización del contratista y subcontratista, relevando a la Dirección del trabajo a un rol coadyuvante en dicha función, que se concreta en su deber de información de las infracciones laborales y la certificación del cumplimiento de las mismas.

3.6. La nueva etapa. Ley 20.123 sobre Trabajo en Régimen de subcontratación y en Empresas de Servicios Transitorios.

Mediante el Mensaje 131-346 de fecha 20 de mayo de 2002, el ejecutivo envió al senado un Proyecto de Ley destinado a regular la subcontratación y la provisión de servicios temporales. Este proyecto, en lo tocante a la provisión de servicios temporales, era parte del Proyecto original que modificó el Código del Trabajo que se contiene en la Ley 19.759 -conjunto normativo conocido popularmente como “reformas laborales”- cuya entrada en vigencia se inició el 1 de diciembre de 2002, pero fue desagregado durante su tramitación por acuerdo entre el Parlamento y el Ejecutivo con el fin de tratarlo en forma separada y pormenorizada.

Con dicho mensaje se inicia el largo camino de la discusión de un proyecto de ley que, tras cuatro años de un sinnúmero de conversaciones, discusiones, indicaciones e incluso un veto Presidencial, arribó al definitivo acuerdo que recientemente ha transformado en ley el proyecto que reglamenta el “Trabajo en régimen de subcontratación” y el “Trabajo en empresas de servicios transitorios”.

En las líneas que siguen veremos la regulación del Trabajo en Régimen de subcontratación que prontamente entrará en vigor explicando sus

motivaciones y alcances, con referencias sobre la discusión dada en el Parlamento sobre el punto y, en especial, indagando sobre el sistema de responsabilidad que el proyecto modifica en forma radical y el tratamiento que a este respecto ha brindado el derecho Comparado.

En lo tocante a la regulación “Del trabajo en empresas de servicios transitorios” prescrita en el proyecto, será explicada y sistematizada en el Capítulo siguiente de esta memoria.

4. La subcontratación a la luz de la ley actualmente en vigor (antigua)

La regulación de la subcontratación laboral no es novedosa en nuestra legislación. Ya vimos como desde las primeras leyes laborales el tema fue regulado pasando por diversas etapas, incluyendo un período de prohibición. Si bien ello demuestra que para el legislador no ha pasado desapercibido un tema tan importante como el que nos atañe, no había sido tratado con la sistematicidad que en la nueva Ley sí tiene.

En la actualidad, los artículos 64 y 64bis del Código del Trabajo, ubicados dentro del Capítulo VI del Título I del mismo Libro, esto es, formando parte de las normas de “Protección a las remuneraciones”, establece la “responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena”, en virtud de la cual el que encarga la ejecución de una obra material o la prestación de un servicio determinado a un “contratista”, responde subsidiariamente de las obligaciones legales y previsionales contraídas por éste para con sus trabajadores, lo que se hace extensivo a los subcontratistas, otorgando al dueño de la obra, empresa o faena, el derecho de información, retención y pago por subrogación ya referido, en la forma señalada en el apartado 3.5. del presente capítulo de esta memoria.

Este sistema de responsabilidad subsidiaria, junto a la redacción del articulado en comento, ha generado una jurisprudencia ambivalente; No ha habido uniformidad en cuanto a la naturaleza de las prestaciones que cubre dicha responsabilidad, ni en cuanto a la clase de faenas o servicios que las genera.

5. La subcontratación a la luz de la Ley N° 20.123 sobre “Trabajo en Régimen de Subcontratación y en Empresas de Servicios Transitorios”

5.1. Antecedentes, aspectos formales y vigencia de la ley.

5.1.1. Antecedentes.

La inexistencia de normas que regularan el trabajo en empresas de empleo transitorio, fue motivo de su implementación en la discusión parlamentaria de las reformas laborales que entraron en vigor el año 2002. Sin embargo, debido a la complejidad del tema y, en especial, la necesidad de escuchar a los distintos entes sociales afectados o beneficiados por una eventual regulación, se decidió su exclusión del proceso legislativo para brindarle una lata discusión en forma separada.

Posteriormente el Ejecutivo volvió a presentar un Proyecto en el que se regulaba el trabajo en empresas de servicios transitorios, pero también introducía novedades y modificaciones a la subcontratación laboral reglada en el artículo 64 y 64bis del Código del Trabajo. La urgencia de esta nueva reglamentación nace del hecho que, como expresión de la tercerización, tiende a confundirse en la práctica con la provisión de personal; si se regula en forma inédita la “subcontratación de mano de obra” aparece obvia la

necesaria adecuación de las normas que regulan la “subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios” a fin de deslindar ambas figuras, estableciendo sus diferencias y los supuestos de procedencia lícita.

En el Senado, el Proyecto enviado por el Ejecutivo sufrió el rechazo de aspectos muy relevantes, razón que centró la elaboración de normas de consenso en el seno de las comisiones mixtas. Tras un serie de indicaciones hechas por el Ejecutivo, sometidas a discusión y aprobación de las Comisiones de Trabajo y Previsión Social del Senado y de la Cámara, en el mes de enero del año 2006 aquél requirió la tramitación de suma urgencia del proyecto, puesto que ya habían transcurrido mas de tres años desde la presentación del Mensaje. En los días previos a la cuenta que la Presidenta de la República debía rendir al país el 21 de mayo del mismo año, no habiendo aún pleno consenso en aspectos relevantes del Proyecto, se firmó un Protocolo de Acuerdo entre los Partidos de la Concertación y de la Alianza por Chile, a fin de que la Primera Mandataria incluyera en su Mensaje la incorporación de una nueva legislación sobre subcontratación laboral. Dicho Protocolo de Acuerdo, dio paso a la curiosa aprobación del Proyecto, con el compromiso que la autoridad máxima del país hiciera uso del llamado “veto presidencial”, a fin de que el mismo Ejecutivo hiciera algunas indicaciones consensuadas que se volvieron a someter a la aprobación del Parlamento.

En el mes de julio de 2006, se aprobó el Proyecto con las nuevas enmiendas contenidas en el referido Protocolo. No obstante ello, no se logró consenso en un punto sensible a juicio de los parlamentarios de la Concertación: la inclusión de un concepto de empresa aplicable sólo al trabajo en régimen de subcontratación y en empresas de servicios transitorios, que difería del señalado en el artículo 3 del Código del trabajo⁶⁶.

⁶⁶ Trataremos este tema a final de la presente memoria.

5.1.2. Aspectos formales del Proyecto.

El Proyecto finalmente aprobado, consta de siete artículos permanentes y dos artículos transitorios. El primero de ellos deroga los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo. El artículo tercero es el que contiene el conjunto de normas que serán objeto principal de nuestro estudio, que agrega al Libro I del Código del Trabajo un Título VII nuevo denominado “Del Trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”, creando un considerable número de artículos, todos con el número 183 que van desde el 183-A hasta el 183-AE. El nuevo Título está dividido en dos párrafos; El primero de ellos se titula “Del trabajo en régimen de subcontratación”, mientras que el segundo se titula “De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios”.

Cabe mencionar que originalmente el Proyecto contenido en el Mensaje del Ejecutivo constaba sólo de dos artículos permanentes y dos transitorios. El artículo primero derogaba los artículos 64 y 64bis y el segundo agregaba al Título II del Libro I del Código del Trabajo, un Capítulo V nuevo titulado “Del trabajo en régimen de subcontratación y del suministro temporal de trabajadores”. De esta forma, el proyecto original pretendía incluir la normativa dentro del Título referente a los “Contratos especiales” del Código del Trabajo.

La decisión de incluir la materia en estudio como un nuevo Título aparece más lógica, toda vez que ello impide cualquier interpretación que pretenda restringir el alcance de la subcontratación y empleo en empresas de servicios transitorios a una determinada área.

5.1.3. Entrada en vigencia de la Ley.

Recientemente, con fecha 16 de Octubre de 2006, se convirtió en Ley el “Proyecto de Ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación y en Empresas de Servicios Transitorios” que contiene las normas objeto central de nuestro estudio, mediante su promulgación y publicación en el Diario Oficial bajo el N° 20.123. El artículo Segundo Transitorio de la nueva Ley dispone que entrará en vigencia 90 días después de la fecha de su publicación, de tal forma que a partir del 14 de enero de 2007 será obligatoria su observancia.

5.2. Concepto del “Trabajo en Régimen de subcontratación”.

Por vez primera en nuestra legislación laboral, se incorpora un concepto que permita delimitar el campo de acción de las normas relativas a la subcontratación. El artículo 183-A del Proyecto, que será el primero de la serie de artículos que conformarán el nuevo Título VII del Libro I, define el “Trabajo en régimen de subcontratación”, lo que se halla en concordancia con las definiciones propuestas por la OIT, que apuntan a no dar un concepto de lo que es la “subcontratación” sino a la forma de empleo generada a través de la tercerización.

Dice el inciso primero del artículo 183-A que: “Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada mandante, en la que se desarrollan los

servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.”

Este artículo representa el avance más importante del Proyecto en lo que a materia de subcontratación se refiere, puesto que constituye el estreno de la delimitación clara de la subcontratación lícita. De la definición dada podemos enumerar los elementos que determinan la existencia de este tipo de relación laboral:

1. Existencia de tres sujetos.
 - a. Un trabajador.
 - b. Una empresa contratista o subcontratista.
 - c. Una persona natural o jurídica, dueña de la obra, empresa o faena, denominada mandante o empresa principal.

Damos por reproducido en este punto lo dicho en cuanto a los sujetos de la subcontratación laboral señalados en el punto 2.3. de este capítulo.

2. Existencia de un contrato de trabajo entre un trabajador y un empleador. Naturalmente este vínculo existe entre el trabajador y la empresa contratista o subcontratista.

3. Un acuerdo contractual⁶⁷ entre la empresa mandante o empresa principal y el contratista; vínculo que también puede existir entre la empresa contratista y subcontratista.
4. Ejecución de obras o servicios determinados por el contratista o subcontratista, a raíz del acuerdo contractual, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia.

Esta característica es similar a la que ya apuntamos en la definición doctrinaria de la subcontratación. Sin embargo difiere en cuanto a que en el Proyecto aprobado no se exige que la ejecución de las obras o servicios sean realizados por el contratista o subcontratista “con sus propios elementos”, lo que implicaba que éste debía contar con los recursos físicos necesarios para la ejecución de las obras o servicios tales como maquinarias, herramientas, instalaciones y/o equipos.⁶⁸ Esta exigencia sí estaba presente en el Proyecto original enviado por el Ejecutivo al Congreso el año 2002, pero fue desestimado en la discusión parlamentaria en razón de que se concluyó que es perfectamente posible que se empleen los elementos o materiales de la empresa mandante. Es en la ejecución de obras de construcción en que más se hace patente esta posibilidad, toda vez que es muy probable que la empresa mandante aporte sus propios materiales en sus faenas, evitando el costoso traslado de ellos por parte de cada uno de los contratistas que puede llegar a requerir para la realización de una obra compleja.

⁶⁷ El Proyecto habla de “acuerdo contractual”, no limitándolo expresamente a un contrato civil o comercial. Según algunos parlamentarios -como el Senador Andrés Allamand- no resulta conveniente esta frase, debiendo limitarse al contrato civil o comercial.

⁶⁸ KOCH, CARLOS. Proyecto de Ley que regula la Subcontratación y la Provisión de Servicios Temporales. Revista Laboral Chilena. Agosto de 2002. Pág. 85.

Sin embargo, es criticable la exclusión de toda referencia a la necesidad que la empresa contratista o subcontratista cuente con recursos materiales propios, puesto que sería dable la fragmentación de una misma empresa, trasladando meramente la autonomía en el riesgo del negocio a otra entidad que a su vez contrata trabajadores; sobre todo al considerar que en la tramitación del Proyecto no fue estimada la inclusión de un nuevo concepto de empresa en lo relativo a la subcontratación y empleo en Empresas de Servicios Transitorios que prescindiera de la individualidad legal como criterio decisor de la misma. La exigencia excluida, en definitiva, deja abierto el camino a la anulación de la idea original del Proyecto tendiente a la necesidad de una clara diferenciación no sólo legal sino material entre las empresas mandante, contratista y subcontratista.

En todo caso, sigue a salvo la exigencia de que el contratista sea el empleador “formal” y “real” del trabajador, puesto que el nuevo artículo 183-A exige que las obras o servicios se ejecuten por el contratista “por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia”. De esta forma, queda delimitada la subcontratación respecto al suministro de trabajadores; el poder de dirección y disciplinario sigue siendo ejercido por el contratista mientras que el mandante no se relaciona con el trabajador sino sólo con el contratista en razón de su acuerdo contractual.

5. La prestación de los servicios o la ejecución de las obras debe desarrollarse en la obra, empresa o faena del mandante.

Como vimos líneas atrás, este requisito que no estaba presente en el Proyecto original enviado por el Ejecutivo, guarda concordancia con el concepto que parte de nuestra doctrina ha hecho sobre la subcontratación. Y ello cobra validez al considerar que si estamos en presencia de la ejecución

de obras o prestación de servicios en el espacio físico de la empresa contratista o subcontratista, no habría razón para la aplicación de un estatuto jurídico especial como el que estudiamos.⁶⁹

Sin embargo, para dejar sentado que la ejecución de las obras o servicios en las faenas o establecimiento del contratista o subcontratista no constituye trabajo en régimen de subcontratación, no resulta apropiada la exigencia que ellas deban realizarse en “la obra, empresa o faena” del mandante, ya que, eventualmente, se podría entender que las obras o servicios deben ejecutarse en las instalaciones físicas de la empresa mandante o dueña de la obra, empresa o faena; al menos así fluye del texto expreso del artículo en comento. A este respecto, es preciso señalar que el Ministro del trabajo y Previsión Social, en representación del Ejecutivo, precisó ante la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado que del texto aprobado no puede concluirse que las obras o servicios deban ejecutarse dentro de los límites físicos de la empresa mandante; ello supondría una interpretación restrictiva que no se hallaría en concordancia con el texto legal aprobado. A mayor abundamiento, señaló que en aplicación del concepto de empresa descrito ya sea en el artículo tercero del Código del trabajo o bien del que contemplaba el artículo 183 ter del Proyecto -que finalmente fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional- “resulta perfectamente posible que las labores desarrolladas por un trabajador en régimen de subcontratación se ejecuten en instalaciones ajenas al dueño de la obra o faena o empresa mandante, no obstante lo cual tales actividades deban ser consideradas como desarrolladas en régimen de subcontratación para éste

⁶⁹ Es muy frecuente que las empresas produzcan bienes o servicios para otras empresas y no para el consumidor final directamente. Además, de no exigirse este requisito, se ampliaría el campo de aplicación normativo de esta institución hasta límites irrisorios.

último, en tanto se trata de actividades que pertenecen a su organización y que se encuentran sometidas a su dirección”.⁷⁰

Hemos de esperar que sea ésta la misma interpretación que hagan los Tribunales de justicia sobre la materia; de otra forma, bastaría que la empresa mandante encargara la realización de las obras o servicios en un lugar distinto al espacio físico de su establecimiento, obra o faena para evitar la aplicación del régimen legal del trabajo subcontratado y sus consecuentes responsabilidades.

6. Habitualidad en la ejecución de las obras o prestación de los servicios.

Esta exigencia fluye de la parte final del inciso primero del artículo 183-A que señala: “Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.” A contrario sensu entonces, se exige la permanencia en el tiempo de las labores desarrolladas por los dependientes del contratista para el mandante como criterio determinante de la aplicación del nuevo estatuto del trabajo en régimen de subcontratación⁷¹.

La definición en cuestión fue objeto de críticas debido a la supuesta amplitud de que adolecería. Sin embargo, representa un gran avance ya que hasta hoy no existe en nuestro textos positivos definición alguna sobre el trabajo subcontratado, debiendo la jurisprudencia precisar su noción. La Excelentísima Corte Suprema ha formulado interpretaciones extensivas de

⁷⁰ INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Senado de la República. 16 de mayo de 2006. Boletín N° 2.943-14. Texto consultado en < www.senado.cl > [consulta: 26 julio 2006]

⁷¹ Op.Cit. Supra.

los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, aplicando el aforismo “donde está el beneficio está la carga”, llegando a precisar que, para dar aplicación a los artículos ya citados, es necesario establecer si quien ha sido demandado a título de dueño de la obra, empresa o faena se ha beneficiado o no de la labor desarrollada por el contratista y sus trabajadores, caso en el que se ha declarado la responsabilidad subsidiaria de aquél.⁷²

Frente a esta evidencia empírica queda claro que, ante la falta de la delimitación del campo de acción normativo de los artículos 64 y 64bis, los Tribunales no se hallan obligados por parámetro legal alguno para definir lo que se entiende por subcontratación. El Proyecto permitirá restringir la discrecionalidad judicial y, con ello, otorgar la certeza jurídica de que hasta hoy no gozan ni mandantes, contratistas ni trabajadores.

5.3. La simulación en la subcontratación.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 183-A del Proyecto, señala que “Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478.”

Originalmente, el Proyecto enviado por el Ejecutivo por Mensaje, definía en su inciso primero lo que era el trabajo en régimen de

⁷² A manera de ilustración, podemos citar sentencia dictada por nuestra Excelentísima Corte Suprema, de fecha 23 de septiembre de 2003, causa Rol ingreso Corte N° 3792-02, que extendió la aplicación de los artículos 64 y 64bis a un supuesto de cooperación empresarial -se trataba de una compraventa de productos terminados entre dos empresas- que dista mucho del concepto tradicional de subcontratación. INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Senado de la República, 16 de mayo de 2006. Op. Cit.

subcontratación, y en el inciso segundo lo que no era el trabajo en régimen de subcontratación.⁷³ Sin embargo, la norma con distinta redacción tiene similares efectos que el Proyecto original, pues tiende a evitar la simulación, es decir, aquellas acciones encaminadas a aparentar una subcontratación cuando detrás de ello existe, en los hechos, una relación de trabajo típica.

Son dos las conductas que sanciona el inciso con el fin de evitar la simulación:

1. La prestación de servicios “sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior”. Se pone la norma en el caso de una relación que formalmente aparece como subcontratación, pero que en los hechos, carece de alguno de los requisitos esenciales que el inciso primero exige para estar en presencia de este tipo de relación laboral.⁷⁴
2. La prestación de servicios que “se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena”. La norma se basa en el supuesto de una pretendida subcontratación que esconda el suministro de trabajadores.

Es notable la procedencia de estas infracciones sin que deba concurrir el elemento intencional del infractor para incurrir en ellas. Se sancionan conductas que pueden o no ser el resultado de una maniobra fraudulenta

⁷³ Decía la norma respectiva del Proyecto original “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” Mensaje N° 131-346 de su Excelencia El Presidente de la República, con el que se inicia el Proyecto de Ley sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación y regulación del funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el contrato de Servicios Transitorios. 20 de mayo de 2002. Santiago, Chile. Texto consultado en < www.senado.cl > [consulta: 15 junio 2006] Boletín N° 2943-13.

⁷⁴ Por ejemplo, si la empresa mandante imparte órdenes a los trabajadores del contratista.

o dolosa; lo relevante es la acción ejercida fuera de los términos legales, que en este caso, provocan el debilitamiento de los derechos laborales de los trabajadores, lo que justifica la no exigencia del elemento intencional.

A raíz de estas conductas, se generan dos consecuencias:

1. Se entiende que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena. Es decir, se establece una presunción simplemente legal que hace radicar en el supuesto mandante o empresa principal el rol de empleador.

Dentro de la discusión dada en la Comisión mixta del Senado, los parlamentarios de oposición plantearon sus aprehensiones con la redacción de este inciso, puesto que incluso “puede atentar contra el principio de realidad”.⁷⁵ Sin embargo, la “sanción” prescrita en este inciso, guarda armonía con lo sostenido por la Jurisprudencia, que siguiendo precisamente el principio de la “primacía de la realidad” ha dicho que tiene la calidad de empleador aquel que se beneficia de los servicios del trabajador bajo su subordinación. Es a esto a lo que apunta la norma, a evitar la confusión de la calidad de empleador; si en los hechos quien ejerce las facultades de empleador es la empresa mandante y no el contratista en relación a los trabajadores de éste, hay que atender a lo que las cosas son y no a lo que dicen ser.

Por otra parte, si bien aparece un tanto estricto que se repute empleador directo a la empresa principal o mandante, llegando incluso a excluir de esta calidad a la empresa contratista, el sistema normativo impuesto por el Proyecto sobre estas materias, tiende a la fiscalización delegada del

⁷⁵ Así lo señaló el Senador Andrés Allamand en la sesión de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, de fecha 16 de mayo de 2006. INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Senado de la República. 16 de mayo de 2006. Op. Cit.

cumplimiento de las normas laborales en las empresas que se benefician de los servicios prestados por el trabajador; son las empresas mandantes o principales las que reportan ventajas económicas del esfuerzo del trabajador, y son ellas las que pueden y deben verificar el cumplimiento de la normativa laboral respecto de las empresas con que contratan; de no hacerlo, se deriva esta consecuencia que nace sólo a raíz de su falta de diligencia.

2. Se hacen aplicables las sanciones prescritas en el artículo 478 del Código del Trabajo.

Es el inciso primero de este último artículo el que mas aplicación tendría sobre las empresas mandantes o principales que simulen la contratación a través de terceros. Precisamente esta disposición es objeto de modificación en el artículo 6 de la nueva Ley 20.123. En su virtud, quien simule la contratación de trabajadores por medio de terceros, es sancionado con multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, quedando el empleador trasgresor sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones de carácter laboral y previsional y al pago de todas las prestaciones que correspondan respecto a los trabajadores que hayan sido objeto de la simulación.

El nuevo inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo quedó redactado de la siguiente manera: “Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 474. En este caso, el empleador quedará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de

todas las prestaciones que correspondieren respecto de los trabajadores objetos de la simulación.”⁷⁶

5.4. La responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena.

En lo que a la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena atañe, el Proyecto convertido en Ley establece una revolucionaria modificación. Hasta hoy existe exclusivamente un sistema subsidiario de responsabilidad del mandante, pudiendo el dueño de la obra, empresa o faena, hacer uso de su derecho de información, que le habilita para retener el monto de aquellas obligaciones de que pueda ser responsable en subsidio, quedando también a salvo su derecho a pagar por subrogación; Pero siempre debe responder en tal calidad -subsidiaria- frente a los trabajadores del contratista o subcontratista, haga o no uso de los mencionados derechos que no hacen mas que prevenir total o parcialmente la demanda que podría entablarse en su contra.

La nueva normativa establece un sistema mixto de responsabilidad. Sienta como regla la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral; a menos que la empresa principal haga efectivo su derecho de información y de retención, caso en el cual su responsabilidad muta a subsidiaria.

⁷⁶ El actual artículo 478 del Código del Trabajo, en su inciso primero tiene la misma redacción en su primera parte antes del punto seguido. Pero su segunda parte prescribe que “Sin perjuicio de lo anterior, el empleador y los terceros deberán responder solidariamente por los derechos laborales y previsionales que correspondan al trabajador.”

No puede hablarse, técnicamente al menos, de una regla general y otra de excepción; simplemente diremos que el Proyecto sienta la responsabilidad (a secas) de la empresa principal, bien subsidiaria, bien solidaria, de acuerdo a si aquella ejerce o no su derecho-deber de información y retención. En otros términos, la Ley vendrá a condicionar la subsidiariedad de la responsabilidad de la empresa principal al cumplimiento de su deber de fiscalización delegada, tendiente a coadyuvar en la observancia de la normativa laboral de las empresas con que contrata. De esta forma, queda entregada a la voluntad del dueño de la obra, empresa o faena, el grado de responsabilidad que deberá asumir, determinándose a partir de un hecho suyo: el ejercicio oportuno de su derecho de información y retención que el Proyecto mantiene.

5.4.1. La responsabilidad solidaria.

5.4.1.1. Concepto

Tomaremos como referencia el tratamiento que el jurista René Abeliuk da a este concepto:

“Obligación solidaria es aquella en que debiéndose una cosa divisible y existiendo pluralidad de sujetos activos o pasivos, cada acreedor está facultado para exigir el total de la obligación, y cada deudor puede ser obligado a cumplirla íntegramente.

En todo caso, lo que caracteriza a la obligación solidaria es que su objeto es divisible y produce el objeto señalado, del cual derivan todos los restantes: cada acreedor puede exigir el total de la deuda a cada uno de los deudores...si he prestado a A, B y C \$30.000 y hemos estipulado solidaridad,

puedo cobrar a cualquiera de ellos los \$30.000 y no únicamente \$10.000, como ocurre en las obligaciones conjuntas.”⁷⁷

Sin ahondar en el tema de la solidaridad, diremos que ésta puede tener diversos orígenes: legal, convencional, o testamentaria. Obviamente la responsabilidad solidaria del dueño de la obra, empresa o faena, tiene un origen legal, pues deriva del mandato que el artículo 183-B del Proyecto contempla. Por otra parte, no debemos olvidar que este tipo de responsabilidad, en materia de subcontratación, está condicionada al hecho que la empresa principal no ejerza su derecho de información y de retención; de hacerlo, quedará sujeto sólo a una responsabilidad de carácter subsidiaria.

Tomando estos elementos podemos esbozar una definición de la responsabilidad solidaria del dueño de la obra, empresa o faena: Es aquella responsabilidad emanada de la ley, en virtud de la cual el trabajador contratado por la empresa contratista puede demandar directamente al dueño de la obra, empresa o faena, en los mismos términos que a su empleador (contratista) el pago íntegro de las obligaciones laborales y previsionales incumplidas por éste, siempre que la empresa principal no haya ejercido debidamente su derecho de información y retención.

Al observar la institución, el trabajador subcontratado que ha visto incumplido algunos de sus derechos laborales y/o previsionales podrá demandar tanto a su empleador directo (contratista) como a la empresa principal en forma conjunta o separada, a su elección, y por el total de dicha deuda laboral y/o previsional.

⁷⁷ ABELUIK, René. “Las obligaciones” Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1993. Pág. 327.

Originalmente, el Proyecto sobre subcontratación no contemplaba este tipo de responsabilidad a cargo de la empresa principal. Fue la Cámara de Diputados en Segundo trámite Constitucional la que modificó el Proyecto, insertando la responsabilidad solidaria conjuntamente con la subsidiaria.⁷⁸ A ella se arribó tras una serie de discusiones en el seno del Parlamento, puesto que en debate se enfrentan las opiniones a favor y en contra de la solidaridad en materia de subcontratación.

5.4.1.2. Las razones para una responsabilidad solidaria.

La tendencia que niega validez a este mecanismo de protección de los trabajadores, se justifica principalmente en que según su visión cualquier modificación el marco legal que regula actualmente las relaciones trabajo "significaría entorpecer un modelo de interrelación comercial coherente"⁷⁹; y si el cambio implica un gravamen para los actores económicos, derechamente se desincentiva el crecimiento económico.

Sin embargo, fueron más fuertes los fundamentos a favor de la responsabilidad solidaria los que ganaron la fuerza suficiente para convertirse en ley. De manera resumida podemos citar algunos de ellos:

1. La naturaleza alimenticia de las obligaciones de que se trata.
2. La situación privilegiada en se halla la empresa principal para fiscalizar, de manera permanente, el cumplimiento de dichas obligaciones y retener el dinero necesario para satisfacerlas. Este verdadero derecho-deber de

⁷⁸ INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Senado de la República. 16 de mayo de 2005. Op. Cit.

⁷⁹ WALKER, Francisco. Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque institucional. En: Revista Laboral Chilena. Julio de 1998. Pág. 75.

la empresa principal ya estaba presente desde la publicación de la ley 19.666, que desde al año 2000 rige la materia.

3. Muchas veces los trabajadores de las empresas contratistas no pueden satisfacer sus créditos por el simple hecho de no poder probar el vínculo laboral que los une con su real empleador.
4. Según algunos, la existencia del beneficio de excusión -existente en la responsabilidad subsidiaria- que puede alegar el mandante, transforma la voluntad legislativa de hacer cumplir los derechos laborales en meras declaraciones de buenas intenciones.
5. La aplicación que, desde hace bastante tiempo, existe en relación al deber de un sujeto privado de fiscalizar el cumplimiento de obligaciones legales -laborales y previsionales- de otro actor, como es el caso de la normativa tributaria.
6. La cada vez más creciente legislación comparada que establece sistemas de responsabilidad solidaria en la materia.

Resulta interesante observar la normativa de la Ley Española y de algunos países vecinos que han visto inspirada su legislación por la primera de ellas.

a) El Derecho Español

El Estatuto de trabajadores de España, sienta la solidaridad en su artículo 42.2 en los siguientes términos:

“1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos, deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la entidad gestora, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación del encargo, responderá solidariamente a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores, y las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puesto de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización en razón de una actividad empresarial”.⁸⁰

b) El Derecho Argentino

⁸⁰ ESTATUTO DE TRABAJADORES DE ESPAÑA [en línea] < <http://www.ugt.es/DatoBasico/estatutoseptiembre05.pdf> >[consulta: 30 julio 2006]

El artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, prescribe:

“Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le de origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.

Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número de Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura de riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y las obligaciones de la seguridad social”.⁸¹

⁸¹ LEY DE CONTRATO DE TRABAJO DE ARGENTINA [en línea] < <http://www.trabajo.gba.>

c) Derecho colombiano.

El artículo 34 del Código Sustantivo de Colombia, en la segunda parte del numeral primero, tras definir a los “contratistas independientes” señala

“1º...Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores

2º El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”.⁸²

5.4.1.3. La solidaridad en la nueva normativa.

El nuevo artículo 183-B del Código del Trabajo creado por el Proyecto, por vez primera establece en nuestro ordenamiento la responsabilidad solidaria del mandante en materia de subcontratación, lo que consagra en los siguientes términos:

[gov.ar/delegaciones/biblioteca_deles/LN20744.pdf](http://www.gov.ar/delegaciones/biblioteca_deles/LN20744.pdf) >[consulta: 30 julio 2006]

⁸² CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, COLOMBIA [en línea] < http://www.secretaria.senado.gov.co/leyes/c_sustra.htm >[consulta: 30 julio 2006]

“La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

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

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad con las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones a un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural.”

5.4.1.4. Límites de la responsabilidad solidaria.

Al hablar de la extensión de la responsabilidad de la empresa principal, hacemos alusión a los límites de la misma, que procedemos a revisar.

A. Sujetos a que se extiende.

Naturalmente, es el empleador del trabajador quien debe responder directamente en tal calidad frente al mismo, bien sea un contratista o subcontratista. Es a éste a quien le corresponde el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores, tal como se encarga de dejar en claro el inciso final del artículo 183-E, al señalar que “Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1º al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador.”

Dicho esto, veamos a qué sujetos ha colocado la ley en la necesidad de responder en la misma forma que al empleador directo respecto de las obligaciones laborales y previsionales de sus trabajadores.

a. La empresa principal.

La empresa principal asume la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales y previsionales del contratista, siempre que se cumplan dos condiciones:

- i. Incumplimiento de las obligaciones laborales o previsionales de la empresa contratista.
- ii. Que la empresa principal no haya hecho uso oportuno de su derecho de información y retención.

A ellos podemos agregar otros requisitos generales, que constituyen más bien condiciones necesarias para hacer aplicable la nueva normativa sobre subcontratación:

- iii. Que no se trate de obras o servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.
- iv. Que no se trate de una construcción de edificación por precio único prefijado, cuando el que encarga la obra es una persona natural.

b. El Contratista

Ya dijimos que el contratista responde en forma directa por los derechos de sus asalariados. Sin embargo, el inciso segundo del artículo en comento, se encarga de dejar en claro que el contratista que vuelve a su vez a contratar (con un sujeto ahora llamado subcontratista) con otro la ejecución de la obra o servicio que le fue encomendada por la empresa principal, también debe responder en forma solidaria a condición del incumplimiento del subcontratista en sus obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores, siempre y cuando el contratista no haya ejercido su derecho de información y retención debidamente.

c. La responsabilidad de la empresa principal frente al subcontratista ¿solidaria o subsidiaria?

Si bien es claro que la empresa principal debe responder de las obligaciones laborales y previsionales del subcontratista, surgen dudas de si esa responsabilidad sólo es subsidiaria o también solidaria.

De acuerdo a lo prescrito por los incisos segundo y tercero del artículo 183-B, nos inclinamos por concluir que dicha responsabilidad sólo tiene carácter de subsidiaria y no solidaria. Señala el inciso segundo de dicho artículo “En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.” Por su parte, inciso cuarto dice que “La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.”⁸³

Dos razones nos llevan a arribar a nuestra conclusión:

- i. No establece en forma explícita la solidaridad el inciso tercero, como sí lo hace el inciso primero y segundo del mismo artículo. La solidaridad sólo puede emanar de un contrato, de un testamento o de la ley; su aplicación es de derecho estricto, por lo que en base a su texto no cabe otra conclusión.⁸⁴
- ii. El mismo inciso deja en claro que la responsabilidad del mandante, respecto de las obligaciones del subcontratista, es subsidiaria, al señalar que ella procede en caso “que no pudiere hacerse efectiva” la responsabilidad (solidaria) del contratista. La solidaridad tiene como característica fundamental, que el trabajador pueda ejercer su acción indistintamente contra su empleador directo como contra la empresa principal, presupuesto que no se da en el caso, ya que el trabajador del

⁸³ Se aprecia un enorme grado de desaplicación entre los incisos tercero y cuarto del artículo 183-B. Al parecer, el legislador no reparó en el mal ordenamiento del articulado. Lo lógico sería que los incisos segundo y tercero hayan invertido su ordenación, sólo así se entendería la remisión que hace el inciso tercero al “inciso siguiente.”

⁸⁴ En el derecho comparado que toma el sistema solidario de responsabilidad, se deja expresamente en claro que ella se extiende a las obligaciones del contratista y subcontratista. Así consta en los textos positivos de España, Argentina y Colombia.

subcontratista deberá dirigirse primero contra el contratista -que sí responde solidariamente respecto a obligaciones del subcontratista- y, de no hacerse efectiva dicha responsabilidad, podrá ejercer el cumplimiento sobre la empresa principal.

En resumen, la responsabilidad solidaria recae en la empresa principal y el contratista respecto de las obligaciones laborales y previsionales de la empresa con que ha contratado; la solidaridad no actúa con la amplitud que sí tiene la responsabilidad subsidiaria, que se extiende aún entre empresas que nunca han contratado entre sí, como es el caso de la empresa principal en relación con el subcontratista.⁸⁵

B. Límites en cuanto a la naturaleza de las prestaciones.

Un avance del Proyecto está dado por la determinación de las prestaciones cubiertas por la responsabilidad solidaria, algo más precisas que el derogado artículo 64 y 64 bis, al menos en cuanto a lo que a materia de indemnizaciones por término de la relación laboral se refiere. Comprende, según el nuevo artículo 183-B “las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral”. Del análisis de esta disposición podemos determinar qué tipo de prestaciones son las cubiertas por esta responsabilidad:

⁸⁵ Lógicamente, la naturaleza de la responsabilidad solidaria no es compatible con el efecto “en cascada” que sí tiene la responsabilidad subsidiaria. En esta última el trabajador del subcontratista puede entablar su acción contra todos los que puedan responder de sus derechos incumplidos, pero deberá primero ejercer todos los medios de cobro contra su propio empleador (subcontratista), que de resultar agotados sin satisfacer su crédito le habilitan para ejercer su derecho contra el primer responsable (contratista) y, después de agotados los medios de cobro contra éste, recién podrá dirigirse contra la empresa principal.

i. Obligaciones laborales y previsionales.

Dentro de estas obligaciones se hallan comprendidas las remuneraciones de los trabajadores, las obligaciones de afiliación y cotizaciones previsionales y otras que se complementan con otras normas del Proyecto, tales como el deber de la empresa principal de adoptar las medidas necesarias tendientes a proteger la vida y salud de los trabajadores que prestan servicios en sus obras o faenas -trabajadores del contratista y subcontratista- y velar por el mantenimiento de la higiene y seguridad en el trabajo -como lo dispone el nuevo artículo 183-E y el artículo 7º de la Ley en comento- sin importar que ellos no sean sus dependientes.

ii. Dichas obligaciones deben ser “de dar”.

Esta frase “de dar”, fue incorporada por el Veto Presidencial tras el acuerdo a que se llegó en el Parlamento. Se estableció para no dejar en manos de la Jurisprudencia la posible extensión de la responsabilidad a las obligaciones de “hacer”; lo que en todo caso según algunos parlamentarios resultaba innecesario toda vez que la Jurisprudencia en forma sostenida ha acotado dicha responsabilidad a las obligaciones de dar.

iii. Comprende las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral.

En un principio, el Mensaje del Ejecutivo que dio origen al Proyecto aprobado, hablaba de las “indemnizaciones que correspondan por término de la relación laboral”. Con posterioridad y durante el proceso de discusión, se decidió cambiar la redacción incluyéndose dentro de la responsabilidad del mandante “las eventuales indemnizaciones legales y contractuales que

correspondan por término de la relación laboral”. Finalmente, en el Proyecto de Acuerdo que dio paso al veto presidencial, se optó por eliminar las “indemnizaciones contractuales” dentro de la responsabilidad de la empresa principal, con el objeto de evitar posibles colusiones entre trabajadores y sus empleadores contratistas para hacer responsable de ellas al mandante.

Con la manifestación expresa del legislador de incluir dentro de la responsabilidad solidaria de la empresa principal las indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral, y la correlativa exclusión de las indemnizaciones contractuales, se ha intentado clarificar el punto que ha sido objeto de amplias discusiones e interpretaciones sobre el artículo 64 y 64 bis del Código del Trabajo. Dichas disposiciones no precisan si la responsabilidad (subsidiaria) del mandante se extiende o no a las indemnizaciones por término de la relación laboral, limitándose a decir que comprende las “obligaciones laborales y previsionales”. Ello ha generado una jurisprudencia ambivalente, que en algunos casos ha aceptado la inclusión de las indemnizaciones por término de la relación laboral dentro de las “obligaciones laborales”, pero en otras ocasiones la ha rechazado, argumentando que ellas dicen relación con obligaciones salariales y no con las que se devenguen al finalizar el contrato.

A manera de ejemplo del último caso, podemos citar una sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, de fecha 29 de junio de 2004, que niega lugar a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, en cuanto a las indemnizaciones por término anticipado e injustificado de los contratos de trabajo de los dependientes del contratista. En su considerando 5º, al delimitar las “obligaciones laborales y previsionales” a que se refiere el artículo 64 del Código del Trabajo, señala

que “sobre la base de lo prevenido en los artículo 7º, 41 y 58 del referido Código, es posible concluir que dicha responsabilidad subsidiaria se refiere fundamentalmente al pago de las remuneraciones y al descuento e íntegro de las cotizaciones previsionales correspondientes a los trabajadores de los contratistas, sin perjuicio de otros deberes derivados de la relación laboral como consecuencia del contrato de trabajo del que ambos son partes.” Continúa el fallo indicando en su considerando 6º “Que las facultades que el artículo 64 bis del Código Laboral reconoce al dueño de la obra, empresa o faena, denotan que ellas sólo pueden ejercerse mientras esté vigente el contrato de prestación de servicios celebrado entre el dueño de la obra o faena con el contratista, y, que únicamente pueden versar sobre las obligaciones laborales y previsionales que éste último debe cumplir durante ese lapso...” Por último, sienta el fallo en su considerando 7º “Que ninguna de las condiciones señaladas concurre respecto de la obligación de pagar la indemnización demandada por el término anticipado e injustificado de los contratos de trabajo de los dependientes del contratista, porque en rigor tal prestación no corresponde a una obligación laboral o previsional nacida, devengada y exigible en virtud de los contratos de trabajo, ni mientras se lleva a cabo la obra o faena que motivó el contrato celebrado por su dueño con el empleador de dichos trabajadores, puesto que tal indemnización nace con motivo del término de la relación laboral.”⁸⁶

La sentencia deja en claro la exclusión de las indemnizaciones por término de la relación laboral (sustitutiva del aviso previo y por años de servicio), en base a dos razones:

- Razones de hermenéutica harían arribar a esa conclusión, toda vez que en base a los artículos 7, 41 y 58 del Código del trabajo, la

⁸⁶ REVISTA LABORAL CHILENA. Abril de 2005. Pág. 52.

responsabilidad subsidiaria por las “obligaciones laborales y previsionales” se circunscribe al pago de remuneraciones e integro de cotizaciones previsionales.

- El derecho-deber del mandante de información y retención sólo se justifica para ponerse a sobreseguro de su responsabilidad, pudiendo prever y prevenir una demanda en contra suya, en lo referente a las cotizaciones previsionales y remuneraciones. Es imposible para dicho mandante impedir o prever el despido anticipado e injustificado del trabajador del contratista.

A contrario sensu, la interpretación administrativa que la Dirección del trabajo ha hecho sobre el particular, declara ampliamente la cobertura de dichas indemnizaciones por la responsabilidad subsidiaria del mandante. En dictamen ordinario N° 2.049/50, de 28 de mayo de 2003, señala que “las indemnizaciones por término de contrato se encuentran comprendidas, a juicio de esta Dirección, dentro de las expresiones “obligaciones laborales”, de las cuales según el artículo 64 en comento, responde subsidiariamente el dueño de la obra, empresa o faena”.⁸⁷

Con la inclusión de la nueva norma, que establece la responsabilidad solidaria por las “eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral”, se ha dejado en claro que la responsabilidad del principal abarca también dichas indemnizaciones, sin dejar en manos de la jurisprudencia la determinación de su procedencia.

A pesar de la claridad aparente de esta disposición, a nuestro entender existen dos interpretaciones posibles acerca de los casos de

⁸⁷ REVISTA LABORAL CHILENA. Septiembre-Octubre de 2003. Pág. 56.

terminación laboral que dan origen a esta responsabilidad solidaria del dueño de la obra, faena o empresa.

La primera de ellas y que emana de la sola lectura de la disposición, nos lleva a concluir que el empresario principal debe asumir todas las indemnizaciones que por ese concepto se devenguen a favor del trabajador (la indemnización por años de servicio, la sustitutiva del aviso previo y la de feriado proporcional) con la sola condición que el término de la relación laboral se deba a un despido improcedente o injustificado del trabajador realizado por el contratista. Naturalmente, es necesario que previo a la imputación de responsabilidad del mandante, exista una obligación de naturaleza indemnizatoria incumplida del contratista; lo que no ocurre en caso de haberse puesto término a la relación laboral por caso fortuito, fuerza mayor, o el vencimiento del plazo del contrato. En otros términos, el mandante responde de las indemnizaciones que procedan por cualquier clase de despido improcedente o indebido de alguno de los trabajadores del contratista que labore en sus faenas, ya sea un despido directo o indirecto. La presente interpretación tiene serios fundamentos:

- i. Ello guarda lógica con el texto literal de la norma. Obedeciendo al aforismo jurídico que reza “Donde el legislador no distingue, no cabe distinguir al intérprete”, es de necesaria deducción la conclusión anterior.
- ii. La concepción de esta responsabilidad como una garantía para el trabajador, permitiendo que éste disponga de más de un patrimonio en que hacer efectivos sus derechos.

- iii. El riesgo y precariedad en el empleo que genera esta forma de relación laboral, justifica la implantación de un verdadero sistema de responsabilidad objetiva en esta materia.
- iv. Los servicios prestados por el trabajador van en beneficio directo de la empresa principal; ésta recurre a la subcontratación evitando los costos que una contratación tradicional de trabajadores implicaría, lo que justifica que deba responder en el evento que aquellos sean injustamente despedidos.
- v. El empresario principal a pesar de responder solidariamente no se halla en la indefensión; una vez que pague al trabajador en dicha calidad, queda subrogado, por el solo ministerio de la ley, en los derechos y acciones que el trabajador tenía contra su empleador (contratista). A efectos de no arriesgar su patrimonio, la empresa mandante deberá procurar la contratación de empresas serias que tengan una situación de solvencia suficiente para responder de sus obligaciones. La práctica impondrá a las empresas principales el deber de estudiar la conducta anterior de las contratistas, lo que permitirá que el desarrollo de una forma de actividad laboral proclive a la precarización sólo sea realizada por empresas capaces -económica y éticamente- de ajustar su conducta a la legislación laboral.

Bajo esta primera interpretación, para que proceda la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones indemnizatorias por término de la relación laboral de cargo del contratista, basta que se den los siguientes supuestos:

1. Que se trate de indemnizaciones legales. No cabe hacer responsable al mandante por montos que excedan los previstos por la ley y que se hayan pactado entre el trabajador y su empleador contratista. Se hallan aquí la indemnización por años de servicio, la sustitutiva del aviso previo y las que correspondan por feriado proporcional.
2. Que la empresa contratista despida a uno de sus trabajadores y que éste preste sus servicios en las faenas de la empresa principal, y
3. Que el despido sea de aquellos que dan derecho a indemnización, ya se trate de un despido directo o indirecto.

El problema de este razonamiento, es que hace responsable al empresario principal de cualquier despido practicado por su contratista que no se ajuste a la ley; despido que en ocasiones depende de la sola voluntad de éste último y no a su situación de solvencia, haciendo imprevisible para el mandante su acaecimiento. Incluso se daría pie para que el contratista, en forma dolosa, despidiera a sus trabajadores con el fin de hacer responsable al mandante, lo que atenta contra todo criterio de justicia. Por lo demás, ello resulta incompatible con el modelo de fiscalización delegada; si la ley ha consagrado los derechos de información y retención del mandante ha sido para que éste asuma un rol de control que le permita ex-ante y durante el incumplimiento de los derechos laborales por parte de sus contratistas corregir dichas infracciones; en muchos casos, frente a un despido injustificado o improcedente, el dueño de la obra, empresa o faena tomará conocimiento del hecho del despido después que se haya producido,

quedando desprovisto del derecho de retención, imponiéndole la ley una carga que excede con creces su rol -delegado- de fiscalización.

En esta misma línea de razonamiento, podemos citar a nuestra jurisprudencia judicial, que bajo el imperio de los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, aceptando la responsabilidad (subsidiaria) del mandante en cuanto a las indemnizaciones por término de la relación laboral del contratista a favor de sus trabajadores, la han limitado a determinados casos.

Nos permitimos hacer presente a este respecto un fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia, de fecha 13 de agosto de 2002, que al revisar un recurso de casación, señala la procedencia de la responsabilidad subsidiaria del mandante en cuanto a las indemnizaciones derivadas del término del contrato de trabajo en caso que ellas se deban al incumplimiento, por parte del contratista, de obligaciones básicas para con los trabajadores de éste y que la empresa principal se halla en condición de fiscalizar en virtud de su derecho-deber de información y retención prescrito en el artículo 64 bis. Dice el fallo en la parte pertinente que “en la especie, el incumplimiento que justificó el despido indirecto por parte del trabajador fue precisamente el no pago de las remuneraciones y cotizaciones previsionales por el período que se indica en la sentencia atacada, de manera que en este caso el término de la relación laboral tiene por causa la trasgresión contractual del empleador y, a la vez, el incumplimiento del demandado subsidiario respecto de la obligación de control que debía ejercer sobre el contratista, pues no usó las herramientas que el ordenamiento jurídico le franquea para evitar esa falta de tipo laboral y previsional que, precisamente, debía cautelar...por lo que éste es también responsable de pagar las indemnizaciones por años de servicio y

por falta de aviso previo derivadas de la terminación del contrato por despido indirecto del trabajador”.⁸⁸

En otro fallo emitido por nuestro máximo Tribunal, de fecha 4 de diciembre de 2003, pronunciándose sobre un recurso de casación, tras sentar la procedencia de la responsabilidad subsidiaria del mandante en cuanto a las indemnizaciones por término de la relación laboral, señala sus límites. Es así que en su considerando décimo señala que “... ciertamente, la responsabilidad subsidiaria posee límites. Tales límites están dados desde un doble punto de vista, tanto jurídico como fáctico. Jurídicamente, uno de los límites de la responsabilidad subsidiaria, está establecido en el propio artículo 64 inciso final, del Código del Trabajo, en cuanto no la extiende al caso de construcción de edificios por un precio único prefijado, encargada por una persona natural.” Y continúa en el siguiente numeral diciendo “Que, en el plano práctico, la responsabilidad en examen debe estimarse extendida sólo a aquellos casos en que el dueño de la obra, faena o empresa ha podido fiscalizar el cumplimiento por parte del contratista o subcontratista de las obligaciones de las que se pretende hacerlo responsable. Ya se decidió que si ello escapaba de la esfera del responsable subsidiario, éste no puede ser condenado en tal calidad, sin perjuicio del provecho a que se hace referencia más adelante.”⁸⁹

De seguir este criterio interpretativo, tendríamos que concluir que, armonizando el texto del inciso primero del nuevo artículo 183-B con el derecho de información y retención del nuevo artículo 183-C, la responsabilidad solidaria de la empresa principal en cuanto a las

⁸⁸ REVISTA LABORAL CHILENA. Abril de 2005. Pág. 54.

⁸⁹ EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA. Sentencia de 4 de diciembre de 2003. Texto consultado en <<http://aucia.cl/jurisprudencia/2004/11/responsabilidad-subsidiaria-laboral.html>> [consulta: 10 octubre 2006]

indemnizaciones por término de la relación laboral está condicionada a dos requisitos:

1. Que se trate de indemnizaciones de tipo legal. Como ya fue dicho, el carácter legal de estas indemnizaciones evita posibles colusiones entre trabajadores y empleadores contratistas en perjuicio de quien responde solidariamente.
2. Que el contratista proceda al despido de uno de sus trabajadores que presta servicios en la empresa mandante, y
3. Que el despido responda a una trasgresión de las obligaciones laborales y/o previsionales del contratista y, a la vez, al incumplimiento de la empresa principal a su deber de control y fiscalización que debe ejercer sobre el contratista. En el fondo, se limita la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las indemnizaciones de término de contrato a los casos de despido indirecto. Sólo de esta manera se puede hacer responsable a la empresa principal por un hecho que ella puede evitar y que está conforme con el sistema de fiscalización delegada en la empresa principal que se mantiene en el nuevo texto legal.

Será interesante observar el camino a seguir por la jurisprudencia. La expresa disposición del legislador de la procedencia de la responsabilidad del mandante en relación a las indemnizaciones por término de la relación laboral, podrían hacer variar la tendencia de las decisiones judiciales, en razón de que el texto positivo no hace distinciones. Sin embargo, ello deberá ser conciliado con una rigidez de la norma que puede llevar a mandantes diligentes que, a pesar de cumplir a cabalidad las exigencias legales, se vean

expuestos a responder por otros; rigidez que también podría marcar el distanciamiento de las PYMES del campo de la subcontratación, lo que va en contra de los planes tendientes a mejorar los índices de empleo.

C. Límites en cuanto al tiempo

En la actualidad, los artículos 64 y 64 bis no establecen en forma expresa el tiempo en el que se extiende la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal. La Jurisprudencia Judicial y Administrativa ha manifestado, en forma reiterada, que dicha responsabilidad se limita a la vigencia del contrato de ejecución de obra o prestación de servicios celebrado entre el dueño de la obra, empresa o faena y el contratista.

Podemos citar dos sentencias de la Excelentísima Corte Suprema, que conociendo de recursos de casación, declaró la improcedencia de la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal por el pago de indemnizaciones por años de servicio y de aviso previo, ya que en los casos se trataba de despidos injustificados acaecidos después de terminada la relación entre dicha empresa y el contratista.⁹⁰

También es procedente recordar la sentencia ya citada emitida por la Corte de Apelaciones de Copiapó, que en su considerando 6º, al referirse a las facultades que el artículo 64 bis le concede al dueño de la obra, empresa o faena, señala que ellas sólo pueden ejercerse “mientras esté vigente el contrato de prestación de servicios celebrado entre el dueño de la obra, empresa o faena, con el contratista, y, que únicamente pueden versar sobre las obligaciones laborales y previsionales que este último debe cumplir

⁹⁰ REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Mayo de 2002. Santiago. Chile. Tomo XCVIII. Sección 3º. Pág. 173, 174 y 224.

durante ese lapso, lo que, a su vez, determina el alcance en el tiempo de la responsabilidad subsidiaria que de la ejecución de tales obligaciones impone la ley al dueño de la obra o faena”.⁹¹

En la misma línea de argumentación, la sentencia ya referida emitida por la Corte Suprema, de fecha 4 de diciembre de 2003, señala en su considerando 12º “Que otra limitación fáctica la encontramos en el tiempo. Es decir, las obligaciones laborales y previsionales de las que responde el dueño de la empresa, obra o faena han de entenderse en forma proporcional a la obra encargada. Ello por lógica y equidad. No se corresponde con el sentido de justicia hacer responsable al dueño de la obra, empresa o faena de las obligaciones de dicha naturaleza que hayan surgido con anterioridad a su vinculación con el contratista o de éste con el subcontratista o con posterioridad a la obra, empresa o faena de que se ha tratado y en cuyo proceso productivo el responsable subsidiario ha obtenido provecho de la fuerza laboral que exige o demanda la concretización de los derechos que la ley, el contrato o la práctica le han reconocido...”

Por su parte la Dirección del Trabajo, en su dictamen Ordinario Nº 2.049/50 de 28 de mayo de 2003, al absolver la consulta sobre si la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal abarca a las indemnizaciones por año de servicio y aviso previo señala que sí procede, pero “sólo podrían estar referidas a aquellas obligaciones indemnizatorias correspondientes al período de la ejecución y vigencia de las obras, empresas o faenas, pero no podrán comprender a aquellas nacidas en períodos anteriores o posteriores a tal ejecución, o por otras obras, si de ellas corresponderá que respondan subsidiariamente los respectivos otros dueños

⁹¹ REVISTA LABORAL CHILENA. Abril de 2005. Pág. 53.

de obras, empresas o faenas en las cuales se originaron tales indemnizaciones.”⁹²

Siguiendo lo ya dicho por la jurisprudencia administrativa y judicial, el nuevo artículo 183-B en la parte final de su inciso primero señala en forma expresa el límite temporal de la responsabilidad solidaria del dueño de la obra, empresa o faena en los siguientes términos: “Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.”

En base a lo indicado previamente por la jurisprudencia, el texto de esta disposición, implica una doble limitación:

- i. Las obligaciones laborales -incluidas las indemnizaciones por término de la relación laboral- y/o previsionales deben devengarse durante el tiempo o período de vigencia del contrato de ejecución de las obras o de prestación de los servicios entre el mandante y el contratista. Siendo más precisos, la responsabilidad del mandante se limita al tiempo efectivo que el trabajador ha prestado sus servicios en las obras o faenas de la empresa principal.⁹³
- ii. El monto de que responde solidariamente el mandante, cubre sólo los incumplimientos laborales y previsionales -incluyendo las

⁹² REVISTA LABORAL CHILENA. Septiembre-Octubre 2003. Pág. 57. En el mismo sentido, Ordinario N° 3450/170 de 12 de septiembre de 2001 y en Ordinario 0544/32 de 2 de febrero de 2004.

⁹³ Así, si se ha pactado con un contratista un contrato de obra determinada cuya duración es de dos años, le empresa principal deberá responder por las remuneraciones y las cotizaciones de seguridad social cuyo pago no sea cumplido por el contratista dentro de ese plazo; Asimismo deberá responder por las indemnizaciones que procedan a raíz de los despidos injustificados o indebidos de los trabajadores subcontratados que se hayan hecho efectivos dentro de los mismos dos años de vigencia del contrato.

indemnizaciones legales por término de la relación laboral- en que incurra el contratista mientras esté vigente el contrato de ejecución de obra o prestación de servicios entre aquel y el mandante. No puede hacerse responsable al dueño de la obra, empresa o faena, por obligaciones nacidas con anterioridad del inicio de las obras o servicios contratados por aquel al contratista, ni por obligaciones nacidas con posterioridad a ellas.⁹⁴

La delimitación de la responsabilidad de la empresa principal al tiempo que dure la prestación de los servicios en régimen de subcontratación, marca una diferencia en relación a las soluciones legales dadas en otros países. Así por ejemplo, en la legislación Argentina y Colombiana no se deja en forma expresa dicho límite temporal; mientras que el Estatuto de Trabajadores de España extiende la responsabilidad solidaria del empresario principal hasta “el año siguiente a la terminación de su encargo”.⁹⁵

5.4.2. La Responsabilidad subsidiaria en el Proyecto

En el Proyecto original contenido en el Mensaje del año 2002 con que el Presidente de la República inició la tramitación de este Proyecto, se

⁹⁴ A manera de ejemplo, supongamos que se celebra un contrato de obra material entre el mandante y el contratista con una duración de 3 años. Uno de los trabajadores de la empresa contratista tiene un contrato de duración indefinida con ella, y al tiempo de iniciarse las obras llevaba 6 años de antigüedad en la empresa. Al final del segundo año de ejecución del contrato de obra material, el contratista decide despedir a dicho trabajador sin causa legal y no pagando la indemnización por años de servicio. ¿Podrá el trabajador despedido demandar el pago de la indemnización por todos sus años de servicio contra la empresa principal?. No podrá hacerlo, toda vez que la responsabilidad del mandante está limitada por el tiempo en que el trabajador hubiere prestado servicios en sus faenas; En el caso del ejemplo, el contratista cumplirá su obligación solidaria pagando la indemnización correspondiente a los 2 años que prestó servicios en sus faenas y no por los 8 años que el trabajador tenía de antigüedad en la empresa contratista al momento del despido.

⁹⁵ Artículo 42.2 del Estatuto de Trabajadores de España.

mantenía el sistema de responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena por las obligaciones laborales y previsionales del contratista a favor de los trabajadores. No contemplaba pues, el proyecto original, un cambio en el sistema de responsabilidad en la subcontratación laboral. Fue durante la discusión parlamentaria en segundo trámite constitucional que la cámara de diputados incluyó, a través de una indicación, la responsabilidad solidaria en coexistencia con la subsidiaria. El artículo 183-D del Proyecto, establece este tipo de responsabilidad en los siguientes términos:

“Si la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

Se aplicará también, lo dispuesto en el inciso precedente, en el caso que, habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y provisional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, la empresa principal o contratista, según corresponda, hiciera efectivo el derecho de retención a que se refiere el inciso tercero del artículo precedente.”

5.4.2.1. Algunas precisiones sobre la responsabilidad subsidiaria.

A. En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad.

La naturaleza de dicha responsabilidad, es similar a la que nace del contrato de fianza que nuestro Código Civil define en los siguientes términos: “La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple”.⁹⁶

Sin embargo, la similitud no es cabal, puesto que si bien tanto en el caso de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena como en la fianza, un tercero asegura el cumplimiento de una obligación ajena, en ésta la obligación del fiador es siempre voluntariamente asumida,⁹⁷ en cambio la primera opera por el sólo ministerio de la ley al hallarse descrita su aplicación en el artículo 64 bis y en el nuevo artículo 183-D del Código del Trabajo.

B. En cuanto a la forma de ejercerla. Consideraciones procesales.

La gran diferencia de la responsabilidad subsidiaria frente a la solidaria, es que en ésta se puede exigir el cumplimiento indistintamente en contra del contratista (empleador directo) como en contra de la empresa principal; en cambio aquélla sólo habilita al trabajador para dirigirse contra la

⁹⁶ Artículo 2.335 del Código Civil.

⁹⁷ La fianza de que habla el Código Civil, es siempre libremente asumida por quien se hace fiador, pero la necesidad de procurarse un fiador puede ser dispuesta ya sea por convención, por la ley o por resolución judicial. Es por ello que nuestro Código Civil en su artículo 2.336 dice que “la fianza puede ser convencional, legal o judicial”.

empresa principal en caso que su propio empleador (contratista) no cumpla, en todo o parte, con sus obligaciones laborales o previsionales.

A raíz de lo precedentemente expuesto, se advierte que en la responsabilidad subsidiaria el empresario principal goza del beneficio de excusión, excepción que, de ser ejercida, hará necesario que el trabajador se dirija en contra de su empleador directo -deudor principal- bien sea contratista o subcontratista y agote los procedimientos de cobro contra éstos.⁹⁸ Sin perjuicio de ello, lo señalado no obliga al trabajador a demandar primero a su empleador directo y después, en un juicio distinto, a la empresa principal para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de éste último. El inciso cuarto del artículo 183-B del Proyecto -que si bien está dentro del artículo que establece la responsabilidad solidaria se aplica a la responsabilidad en el trabajo en régimen de subcontratación en general- se encarga de dejar en claro que al momento de demandar a su empleador directo, puede hacerlo “en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.”⁹⁹

5.4.2.2. Supuesto de procedencia de la responsabilidad subsidiaria.

El supuesto básico que permite al empresario principal responder subsidiaria y no solidariamente por las obligaciones del contratista y subcontratista es que aquél ejerza el llamado “derecho de retención”, que consiste en la facultad de la empresa principal de retener de las obligaciones

⁹⁸ En Dictamen N° 1546/220 de 21 de julio de 1995, la Dirección del Trabajo ha señalado que “sólo podrá perseguirse la aludida responsabilidad subsidiaria por las obligaciones tanto legales como convencionales contraídas por el principal obligado, vale decir, por el contratista o subcontratista, según corresponda, una vez que éstos han sido requeridos y se ha agotado el procedimiento de cobro en su contra”.

⁹⁹ El actual artículo 64 bis, en su inciso tercero, con la modificación sufrida con la Ley 19.666 de 10 de marzo de 2000, contempla la misma prescripción, con lo que desde dicha fecha se dejó atrás la a veces acogida tesis del “doble juicio”.

que tenga a favor del contratista o subcontratista, el monto de las obligaciones laborales y previsionales que éstos adeuden a sus trabajadores y de que pueda tener que responder el mandante.

Para que el dueño de la obra, empresa o faena, pueda ejercer este derecho, es obviamente necesario que tenga noticia del estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de sus contratistas y subcontratistas, que puede ser obtenida por el mandante requiriendo dicha información a aquellos o bien recibiendo noticia sobre las infracciones laborales o previsionales en que incurran, situación que debe ser puesta en su conocimiento por la Inspección del Trabajo.

De estos dos derechos cuyo ejercicio da lugar a la subsidiariedad en la responsabilidad de la empresa principal, hablaremos pronto al tratar los derechos del mandante.

5.4.2.3. Límites de la responsabilidad subsidiaria.

A. ¿A que sujetos se extiende?

Es necesario, tal como lo hicimos al tratar la responsabilidad solidaria, dejar en claro que es el empleador directo quien resulta primer obligado a cumplir con las obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores; sólo en caso que aquel incumpla, procede la responsabilidad contra el mandante.

a. La empresa principal

La empresa principal responde subsidiariamente -habiendo ejercido su derecho de retención- respecto de las obligaciones de la empresa tanto contratista como subcontratista. En este caso la responsabilidad tiene el efecto de “cascada”.

El trabajador del contratista, puede interponer su demanda “contra todos los que puedan responder de sus derechos”, vale decir, tanto contra su empleador directo como contra el principal. Sin embargo, para hacer efectiva la responsabilidad de este último es necesario que se agoten los procedimientos de cobro contra su empleador.

Por su parte, el trabajador de la empresa subcontratista, puede demandar al mismo tiempo tanto a su empleador directo, como al contratista y a la empresa principal. Sin embargo, sólo una vez agotados los procedimientos de cobro contra su empleador, seguirá con el contratista y hecho lo mismo con éste, podrá recién hacer efectiva la responsabilidad sobre el mandante.

Cabe recordar lo ya dicho al tratar la responsabilidad solidaria, en que concluimos que el empresario principal frente al subcontratista incurre sólo en responsabilidad subsidiaria. Lo mismo se aplica al contratista por las obligaciones de subcontratistas que no hayan contratado con aquél.

b. El contratista y subcontratista.

Tanto el contratista como el subcontratista que a su vez vuelve a contratar con otro le ejecución de la obra o prestación de servicio que le fue

encomendada por el primero, tienen a sus hombros esta responsabilidad, en el mismo efecto “en cascada” que pesa sobre el empresario principal.

B. Límites en cuanto a la naturaleza de las prestaciones.

Son los mismos a que nos referimos al tratar la responsabilidad solidaria. En consecuencia se trata de:

- 1) Obligaciones laborales y previsionales.
- 2) “de dar”
- 3) Se incluyen las eventuales indemnizaciones legales que procedan por término de la relación laboral.

Damos por reproducido lo dicho en cuanto a la naturaleza de las prestaciones cubiertas por la responsabilidad solidaria en este punto, con todas las limitaciones aludidas en esa parte del presente trabajo.

C. Límites en cuanto al tiempo.

Tal como en la responsabilidad solidaria, está limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Así lo establece expresamente el artículo 183-D del Proyecto; y la Jurisprudencia Administrativa y Judicial la limitan en los mismos términos, tal como fue analizado en la sección de la responsabilidad solidaria.

5.5. Derechos de la empresa principal y el contratista.

Tres son los derechos que ya desde el año 2000 existen a favor de estos sujetos con la inclusión del artículo 64 bis en el Código del Trabajo y que se mantienen en el nuevo artículo 183-C: derecho a la información, retención y pago por subrogación. Los dos primeros tienen una relevancia capital en la nueva legislación, toda vez que su ejercicio mitiga la eventual responsabilidad en que podría incurrir el mandante o contratista, pasando de solidaria a subsidiaria.

5.5.1. Derecho de información.

Consiste en el derecho que tiene la empresa principal de conocer el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que correspondan a sus contratistas y subcontratistas respecto a sus trabajadores (que laboren en las faenas del mandante); derecho que se hace extensivo al contratista respecto de sus subcontratistas.

Este derecho de información, puede hacerse efectivo por dos vías:

- a) El empresario principal puede requerir de su contratista y subcontratista noticia sobre el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores. Igual requerimiento puede hacer el contratista a sus subcontratistas.

Como contrapartida a esta derecho, los contratistas o subcontratistas requeridos tienen el deber de presentar la información solicitada; de no hacerlo, la empresa principal podrá ejercer su derecho de retención sobre los créditos que aquellas tengan con el principal.

¿Cómo pueden certificar el monto y estado de cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales el contratista y subcontratista? Puede ser acreditado por dos medios:

- i. Mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo.

Esta forma de certificación del cumplimiento de esas obligaciones ya se encuentra contemplado en el artículo 64 bis del Código Laboral. Pero la novedad viene dada porque el mismo inciso segundo del nuevo artículo 183-C establece la obligación del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de dictar, dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que empiece a regir el Proyecto, un reglamento que fije el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del trabajo respectiva deberá emitir dichos certificados. Ello representa un gran avance en la materia, puesto que hasta hoy dicha certificación está entregada a la práctica que decida seguir la propia Dirección del Trabajo.

- ii. “Por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto o estado de cumplimiento.”

Esta nueva forma de certificación también deberá ser especificada por el citado reglamento que deberá dictar el Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Dice la norma “...el reglamento definirá la forma o mecanismos mediante los cuales las entidades o instituciones competentes podrán certificar en forma debida, por medios idóneos, el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores.”

La inclusión de esta disposición tiene como finalidad aminorar la enorme carga de trabajo que significaría para la Dirección del Trabajo tener que realizar en forma exclusiva la certificación del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de todas las empresas contratistas y subcontratistas, permitiendo el ejercicio de dicha labor por instituciones privadas. Por vía del reglamento ya referido se deberán designar las instituciones privadas certificadoras o bien los mecanismos para su habilitación y la forma en que deberán cumplir dicha función.¹⁰⁰

- b) Según lo indica el inciso final del artículo 183-B del Proyecto, la Dirección del Trabajo está obligada a poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. La misma obligación tiene dicho organismo para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.

La norma repite textualmente lo prescrito por el inciso final del artículo 64bis del Código del Trabajo, que fijó el sistema de “fiscalización delegada”

¹⁰⁰ El senador Juan Pablo Letelier, miembro de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, manifestó sus dudas sobre si por vía de reglamento y no por ley se podían crear o reconocer entidades certificadoras que desarrollarán una actividad al límite de una función pública. En palabras del Ministro del Trabajo y Previsión Social, Osvaldo Andrade -quien asistió a la comisión de Trabajo y Previsión Social informando sobre las indicaciones del Veto presidencial- el Ejecutivo entiende que cuando la disposición habla de “medios idóneos” hace referencia a la certificación que no realiza la Dirección del Trabajo. Por otra parte, el asesor del Ministro, don Francisco Del Río, destacó que a juicio de Ejecutivo cuando el Proyecto habla de “medios idóneos”, la palabra “medios” establece una alternativa, tanto en relación al documento -certificado- como a la institución que lo emite. Si se hubiera pretendido legislar restrictivamente, la norma se habría limitado a hablar de “documentos idóneos” solamente. Por ello postula que por la vía reglamentaria se puede regular qué instituciones privadas podrán certificar. INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISION SOCIAL. Senado de la República. 28 de junio de 2006. Boletín N° 2943-13. Texto consultado en < www.senado.cl > [consulta: 30 julio 2006]

que seguirá rigiendo la materia y que justifica este deber de la Dirección del Trabajo para con las empresas en que se ha delegado su función.¹⁰¹

5.5.2. El derecho de retención.

Como su nombre lo indica, consiste en el derecho de la empresa principal de retener de las obligaciones que tenga a favor de sus contratistas o subcontratistas, el monto de que pueda ser responsable -solidario o subsidiario-, en virtud del incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de aquellos para con sus trabajadores, al tomar conocimiento de ellas en ejercicio de su derecho de información, obligándose al principal a pagar con el monto retenido al trabajador o institución previsional acreedora. El mismo derecho tiene el contratista respecto de sus subcontratistas.

Al estar supeditado el derecho de retención al conocimiento, por parte de la empresa principal, del incumplimiento de las obligaciones de sus contratistas o subcontratistas, éste derecho se ejercerá en dos casos:

- Cuando el contratista o subcontratista no acredite, en forma oportuna, el cumplimiento íntegro de sus obligaciones laborales y previsionales con sus trabajadores, a requerimiento hecho por la empresa principal o contratista en virtud del ejercicio de su derecho de información.
- Cuando la Dirección del Trabajo notifique al empresario principal o contratista las infracciones a la legislación laboral y previsional que ella constate en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas.

¹⁰¹ Fiscalización delegada que se hace más fuerte en la nueva legislación; el incentivo es mayor al tener que responder solidariamente en caso de no cumplir con ese deber.

En el primer caso, el monto de la retención es determinado por la libre apreciación de quien la practica, mientras subsista la falta de información fehaciente sobre el estado y monto de las obligaciones impagas. En el segundo caso, el monto de la retención corresponderá al que alcancen las infracciones que en su notificación la Dirección del Trabajo determine. Del monto restante que no alcance a ser cubierto por la retención, el empresario principal o contratista será subsidiaria y no solidariamente responsable.¹⁰²

5.5.3. Derecho al pago por subrogación.

Señala el inciso cuarto del artículo 183-C del Proyecto: “En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.”

Esta disposición no hace mas que repetir textualmente el inciso tercero del actual artículo 64 bis del Código del Trabajo, el que a su turno recogió lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 1610 del Código Civil que hace operar la subrogación por el sólo ministerio de la ley y aún en contra de la voluntad del deudor cuando el que hace el pago es responsable solidario o subsidiario de la deuda.¹⁰³

¹⁰² Si bien este derecho se halla contemplado en el artículo 64 bis del Código del Trabajo, el Proyecto contempla un cambio dado por la coexistencia de la responsabilidad solidaria y subsidiaria de la empresa principal. El actual artículo 64 bis establece que el derecho de retención procede en dos casos. El primero, que mantiene el Proyecto, se da cuando el contratista o subcontratista no acredite el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales. El segundo, cuando el responsable subsidiario es demandado en tal calidad de acuerdo a lo previsto en el artículo 64. Naturalmente que resultaba incompatible que este último caso de procedencia del derecho de retención se mantuviera vigente, toda vez que, precisamente, el derecho a oponer al beneficio de excusión -responsabilidad subsidiaria- nace a condición de haberse ejercido el derecho de retención, y el monto de lo que responde subsidiariamente está determinado por lo que no alcance a ser cubierto por dicha retención.

¹⁰³ GUMUCIO, Juan. Modificaciones al régimen de responsabilidad subsidiaria por obligaciones de contratistas y subcontratistas (ley N° 19.666). En: Revista Laboral Chilena. Abril 2000. Pág. 92.

No hay que confundir el pago por subrogación con el pago que hace la empresa principal o contratista a los trabajadores o entidades previsionales acreedoras con el monto proveniente del ejercicio del derecho de retención. Al hacerse efectivo este último derecho, se genera la obligación para quien retiene, de pagar a los acreedores -trabajadores entes previsionales- con las sumas retenidas que, al ser créditos que el contratista o subcontratista tiene con la empresa principal, no corresponde a dineros propios de quien paga. En cambio, cuando el empresario principal o contratista paga por subrogación, lo hace con dineros propios, y podrá ejercer contra el contratista o subcontratista las acciones de cobro con los mismos privilegios y garantías de que gozarían los trabajadores o entidades previsionales que recibieron el pago.

5.6. Obligaciones de la empresa principal.

Naturalmente sobre el empleador directo del trabajador, bien sea la empresa principal, contratista o subcontratista, recaen las obligaciones que en tal calidad le corresponden de acuerdo a las prescripciones de la legislación laboral común. Sin embargo, en razón de que en la subcontratación la ejecución de los servicios del trabajador se prestan en un lugar diferente al del establecimiento de su empleador directo, esto es, en el establecimiento o faena de la empresa principal, el Proyecto viene a señalar que ésta debe adoptar todas las medidas que sean necesarias a fin de proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboren en su obra, empresa o faena, sin importar si son dependientes suyos o de los contratistas o subcontratistas. Así lo establece el nuevo artículo 183-E del Código del Trabajo que crea el Proyecto.

De manera específica, el mismo artículo prescribe la necesidad de llevar a efecto estas medidas conforme a lo indicado en el artículo 66 bis de la Ley 16.744 y el artículo 3º del decreto supremo N° 594 de 1999, del Ministerio de Salud.

El decreto supremo N° 594 de 1999, ya señalaba casi en los mismos términos la obligación de la empresa de mantener en los lugares de trabajo las condiciones necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ella laboren, sin importar su dependencia.¹⁰⁴

Por su parte, el nuevo artículo 66 bis de la Ley 16.744, que precisamente nace con el artículo 7º del Proyecto de Ley en comento, sienta obligaciones más concretas respecto de empresas principales en que se cumplan determinadas características. Son dos las obligaciones que sienta el artículo:

1. La obligación de la empresa principal de implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores que laboren en sus faenas, sin importar que sean dependientes suyos o de sus contratistas o subcontratistas.

Son dos los presupuestos que deben darse para generar tal obligación:

- a. Que la obra o el servicio subcontratado por la empresa principal sea propio de su giro.

¹⁰⁴ El artículo 3º del Decreto Supremo N° 594 de 1999, dispone “La empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean éstos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella.”

- b. Que el conjunto de trabajadores que laboren en las faenas de la empresa principal, sin importar su dependencia, sumen mas de 50.

Este sistema de gestión se concreta mediante la confección, por parte de la empresa principal, de un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas, en el que se debe establecer como mínimo:

- a. Las acciones de coordinación de las actividades preventivas entre los distintos empleadores, con el fin de garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas a su trabajo.
 - b. Los mecanismos para verificar el cumplimiento de dicho reglamento por la empresa principal, como asimismo las sanciones aplicables.
2. La obligación de la empresa principal de constituir y velar por el funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de riesgos para esas faenas, de acuerdo a lo prescrito por el artículo 66 de la Ley N° 16.744. Si bien estas obligaciones ya existen de acuerdo al artículo recién citado, la nueva norma establece que para calcular el número de trabajadores necesarios para generar ambas obligaciones, se deben considerar a todos los que laboren en las faenas, sin importar si son o no dependientes del empresario principal.¹⁰⁵

¹⁰⁵ El inciso primero del artículo 66 de Ley N° 16.744 establece la obligación de crear y velar por el funcionamiento de uno o más Comités Paritarios de Higiene y Seguridad, cuando en la Industria o faena laboren más de 25 trabajadores. Por su parte el inciso cuarto del mismo artículo, impone la obligación para las empresas mineras, industriales o comerciales que ocupen a más de 100 trabajadores, de crear y velar por el funcionamiento de un

CAPÍTULO IV: DEL TRABAJO EN EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

El aspecto más novedoso regulado en la Ley 20.123, consiste en la legalización y regulación del trabajo prestado a través de empresas de servicios transitorios, hasta hoy desarrollado al margen de la legalidad con la consecuente desprotección de los trabajadores que, en los hechos, laboran bajo esta forma triangulación laboral.

Antes de analizar el tratamiento que el Párrafo segundo del artículo 3º de la nueva Ley da a esta forma de empleo, es necesario observar someramente el nacimiento de esta regulación en los países europeos que nos han antecedido en este aspecto, y que han servido de inspiración a las normas sobre empleo temporal seguidas por nuestros países vecinos

1. La evolución normativa de la regulación de las empresas de servicios transitorios en el Derecho Comparado.

Resulta interesante observar la evolución europea de la regulación de este tipo de relación laboral debido a que ha dado los pasos seguidos por el resto de los ordenamientos. En dicho continente la externalización de funciones en las empresas, en un primer momento, se materializó a través de contrata; en algunos casos, que fueron aumentando crecientemente, el trabajador externo de la empresa se confundía con el de la empresa usuaria, ya que ambos prestaban sus servicios en las mismas dependencias, usaban la misma infraestructura física y estaban sometidos a un mismo poder de dirección. Esta figura, que se conoce como “falsa contrata”, constituye una

Departamento de Prevención de Riesgos Profesionales, que debe ser dirigido por un experto en prevención.

de las formas de interposición o intermediación en la relación de trabajo; en los hechos el trabajador formalmente aparece contratado por una empresa, pero le presta sus servicios personales a otra que se beneficia de ellos y ejerce el poder de dirección o parte de él; es decir, con ésta última es con quien, en los hechos, se dan los presupuestos fácticos de la relación laboral. Aquel que aparece formalmente vinculado con el trabajador es el sujeto “interpuesto”, es quien paga la remuneración y mantiene el poder disciplinario, guardando para sí la calidad de empleador.

Estas relaciones triangulares de interposición no estaban reguladas por las legislaciones europeas; al ser una actividad no contemplada en la ley, su utilización indefectiblemente caía en la ilegalidad. Sin embargo, ante la realidad económica que exigía esta forma de intermediación, se fue creando cierta tolerancia administrativa y judicial frente a estas prácticas, fundada en los principios de libertad empresarial y el desarrollo de cualquier actividad económica lícita. Junto con la aceptación gradual de la figura por la jurisprudencia, la negociación colectiva fue anticipándose a lo que impondría la ley, ya que los convenios colectivos regularon muchos aspectos que fueron recogidos posteriormente por los textos positivos.

Finalmente la legalización de las empresas de empleo temporal (ETT) terminó por consagrarse como una forma de flexibilizar el mercado del trabajo; se entendió que la regulación de esta actividad, que en los hechos se daba con frecuencia, iría en beneficio directo de los propios trabajadores tanto de las ETT como de las usuarias, ya que a falta de un estatuto jurídico especial su regulación caía en las normas de derecho común que tampoco tenían a la triangularidad en el empleo como una realidad.

Fue Holanda, en 1965, el país pionero en regular el empleo a través de esta tipo de empresas; le siguieron Los Países Bajos el mismo año; Irlanda en 1971; Francia y Alemania en 1972; Inglaterra en 1973; Bélgica en 1976; Portugal en 1989; y más recientemente España en 1994.

2. La Concepción del Trabajo Temporal o Transitorio a través de ETT.

Cuando hablamos del trabajo realizado por medio de empresas de trabajo transitorio (ETT) o de servicios transitorios (EST), nos referimos a aquella relación en virtud de la cual un trabajador se obliga ante su empleador a prestar servicios para un tercero, por un período transitorio, en las condiciones y por el tiempo que éste le señale.

Los caracteres más visibles de esta forma de empleo, son:

- 1) El carácter trilateral de la relación. Actúan en forma simultánea tres sujetos:
 - a. La empresa usuaria. Es aquella que, en virtud de un contrato con la empresa de servicios transitorios, utiliza efectivamente los servicios del trabajador de ésta, ejerciendo sobre él el poder de dirección laboral, pagando un precio por ello a la ETT. El nuevo artículo 183-F letra b) del Código del Trabajo incluido por la Ley 20.123, la define como “Toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código.”

- b. La empresa de trabajo temporal (ETT). Es aquella que suministra sus trabajadores -con quienes los une un contrato de trabajo- a la empresa usuaria, a fin de realizar en ella tareas transitorias, conservando su calidad de empleador.
 - c. Los trabajadores temporales, temporarios o transitorios. Son personas naturales que han celebrado un contrato de trabajo con la ETT, pero que prestan sus servicios personales a la empresa usuaria. La letra c) del nuevo artículo 183-F del Código del Trabajo lo define como “todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquella, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2º”
- 2) Se considera empleador del trabajador suministrado a la ETT y no a la empresa usuaria, que es la que se beneficia de los servicios personales del trabajador.

Constituye esta una verdadera ficción que rompe el esquema clásico de relaciones laborales; para determinar quien detenta la calidad de empleador no se atiende a quién se beneficia de los servicios del trabajador y ejerce la potestad de mando sobre éste, sino a quien mantiene formalmente la calidad de empleador (ETT) en razón de haber suscrito el contrato de trabajo. De esta forma, en los hechos existe un “empleador real”, con quien el trabajador trata diariamente, y a quien la ley da el carácter de “tercero interesado”; mientras que en el derecho existe un “empleador virtual”, con quien el trabajador ha celebrado el

contrato de trabajo inicial, pero a quien la ley le reconoce el papel de parte directa.¹⁰⁶

- 3) El trabajo a realizar por el trabajador suministrado debe ser de carácter transitorio.

Desde antiguo las legislaciones han permitido la celebración de un contrato de trabajo de duración definida con algunos matices. Y podría pensarse, de este modo, que el trabajo temporal no es novedoso en cuanto a su regulación dada la razón transitoria de dichos empleos. Sin embargo, cabe señalar que existen dos diferencias entre los contratos de trabajo a plazo fijo y la relación de trabajo a la que hacemos referencia:

- i. En el trabajo a través de ETT, existen tres sujetos en la relación, proveyendo dicha empresa de trabajadores a la usuaria. En los contratos a plazo fijo, la relación laboral es de corte clásico, se da entre dos sujetos, un empleador y un trabajador, por tiempo previamente definido.
- ii. La naturaleza de las labores que habilitan la celebración de un contrato a plazo fijo no son necesariamente coincidentes con las que habilitan la provisión de trabajadores temporarios. En nuestro país la contratación a plazo fijo puede decir relación con cualquier tipo de labor, en cambio el trabajo a través de ETT está limitada a determinados supuestos establecidos por la ley; en España en cambio

¹⁰⁶ UGARTE, José. Suministro de Trabajadores y Trabajo Temporal. ¿Empresas sin Trabajadores? En Cuaderno de Investigación Nº 10. ¿Empresa sin trabajadores? Legislación sobre empresas de trabajo temporal. Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo. Pág.20.

los contratos a plazo fijo están restringidos, precisamente, a supuestos de empleos de carácter transitorio.¹⁰⁷

La exigencia de vigencia transitoria de las labores a desarrollar, que está dada por el tipo de labor y por límites temporales específicos, ambos fijados por la ley, pretende evitar la utilización de esta forma de empleo como la manera normal de contratación de trabajadores; la idea es su utilización como herramienta auxiliar para superar necesidades extraordinarias de las empresas y no un medio de abaratamiento de costos.

3. El trabajo temporal y la colocación de personal.

Es un tanto común observar la confusión conceptual en que se incurre entre las empresas de empleo temporal y las agencias de colocación. Sin ir más lejos, el propio Convenio N° 181 de la OIT incurre en dicha confusión al ubicar bajo las llamadas “agencias de empleo privado”, tanto a las ETT como a las empresas que “prestan servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a formar parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse.”¹⁰⁸

Queda claro entonces la nota distintiva entre ambos tipos de empresa: mientras la ETT suministra en forma temporal sus trabajadores a una tercera empresa conservando para sí la calidad de único empleador, generando con

¹⁰⁷ Así, en nuestra legislación el único límite de la contratación laboral a plazo fijo está dada por la duración máxima de dicho contrato, que no puede exceder a un año, como lo prescribe el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo. Por su parte, el artículo 15 del Estatuto de Trabajadores de España, no sólo limita la duración del contrato a plazo fijo, sino también los casos en que procede dicha forma de contratación. Es esta la razón de que la Ley Española se remita a los casos en que procede celebrar un contrato a plazo fijo para determinar los casos lícitos de provisión temporal de trabajadores.

¹⁰⁸ UGARTE, JOSE LUIS. Suministro de trabajadores y trabajo temporal. Op. Cit. Págs. 21 y 22.

ello una figura de triangulación laboral, la agencia de colocación se limita a acercar la oferta y demanda de empleo, sin que llegue a ser parte de las relaciones de trabajo, de tal manera que la actividad de estas agencias no crea una relación triangular de trabajo, toda vez que existe como único empleador la empresa que demanda empleo y que se beneficiará de los servicios del trabajador una vez cumplida la labor de acercamiento entre ambos por parte de la agencia de empleo.

4. La situación actual del trabajo en ETT en Chile.

Hasta nuestros días, no existe texto legal alguno vigente que regule el trabajo en ETT, vacío legal que ha producido un frondoso campo de iniquidades para los trabajadores que, en los hechos, son objeto de este tipo de relaciones laborales. Sólo en el mes de enero de 2007 entrará en vigencia el primer cuerpo normativo que regulará este tipo de trabajo, mediante la Ley N° 20.123.

Una de las pocas referencias jurídicas sobre esta forma de contratación, hasta antes de la promulgación de la citada Ley, está dada en el Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 5487-259 de 22 de septiembre de 1992, al emitir opinión sobre el llamado “contrato de enganche”, que es aquel celebrado por el trabajador con una empresa colocadora, manteniendo esta última su calidad de empleadora, a fin de que el trabajador preste servicios en las empresas designadas por la aquella.¹⁰⁹ Señala la Dirección del Trabajo en dicho Dictamen que este contrato no tiene existencia legal reconocida por nuestro ordenamiento, de tal forma que en este caso existe una relación laboral tradicional entre un trabajador y la empresa usuaria de los servicios. Se sustenta esta argumentación en el denominado “principio de

¹⁰⁹ En el mismo sentido, Ord. N° 4.870/281, de 21 de septiembre de 1999.

la primacía de la realidad”, en virtud del cual según nuestra legislación laboral reviste la calidad de empleador quien efectivamente actúa como tal, es decir “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”, tal como lo señala el artículo 3 del Código del Trabajo al definir al empleador.¹¹⁰

La Dirección del Trabajo en su intento por la aplicación práctica de su razonamiento ha ido más allá, llegando a instruir a sus fiscalizadores para que, en caso de estar frente a esta figura, al revestir la calidad de empleador la empresa usuaria y no estar escriturado el contrato de trabajo entre ella y el trabajador, se tomen las medidas tendientes a abrir procedimiento infraccional contra la usuaria por contravenir el inciso primero del artículo 9 del Código del Trabajo que ordena la escrituración del contrato dentro de cierto plazo.¹¹¹

Esta acción fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, se ha visto paralizada por la acción de nuestros Tribunales de Justicia acaecida a raíz de la interposición de recursos de protección por parte de las empresas fiscalizadas.

¹¹⁰ Para el tratadista Américo Plá Rodríguez, el principio de “primacía de la realidad” consiste que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a los que sucede en el terreno de los hechos.” Por su parte, Mario Devealí, señala que en la mayoría de las normas que forman el derecho del trabajo se refieren más que al contrato, a la ejecución que se da del mismo por medio de la prestación del trabajo. UGARTE, José. Suministro de Trabajadores y Trabajo Temporal. Op. Cit. Pág. 33.

¹¹¹ La Orden de Servicio N° 14, de fecha 9 de Junio de 1993, emitido por la Dirección del Trabajo, establece que si en una empresa “el personal proviene de una colocadora de personal y sólo tiene contrato con esa colocadora, pero quien ejerce las funciones de dirección y administración sobre ellos es el establecimiento o empresa misma para la cual le prestan servicios, es esta la que debe ser considerada como empleador y, por consiguiente, si no ha hecho el respectivo contrato de trabajo, se encuentra infraccionando el inciso primero del artículo 9 del Código del Trabajo, situación de la que debe quedar constancia en acta Ad Hoc, dejando expresamente establecida las situaciones de hecho existentes que materializan el vínculo de subordinación y dependencia.” UGARTE, José. Suministro de Trabajadores y Trabajo Temporal. Op. Cit. Pág. 30.

La Corte Suprema ha declarado ritualmente la falta de competencia de la Dirección del Trabajo para instruir a la usuaria y multarla por falta de escrituración del contrato de trabajo, toda vez que la calificación jurídica de los hechos que debe realizar la Dirección del Trabajo para ello constituye una función jurisdiccional.¹¹² Sin embargo, ello no implica que el más alto Tribunal haya declarado que no deba ser considerado empleador la empresa de trabajo temporal, sino solamente la falta de competencia de la Dirección del Trabajo para pronunciarse sobre el punto.

De todas formas, aún sin un pronunciamiento expreso de la Corte Suprema en el caso específico de este tipo de relación triangular sobre quien reviste la calidad de empleador, dicho tribunal ha dicho en forma reiterada que la prestación de los servicios personales bajo subordinación y dependencia da lugar a un contrato de trabajo, independientemente de la designación que las partes den al acto jurídico, haciendo aplicación del principio de la “primacía de la realidad”.

Señala uno de estos fallos que “la calificación jurídica del citado contrato innominado es la de un contrato de trabajo, pues la prestación de servicios se hace bajo la dependencia y subordinación de la empresa

¹¹² A manera de ejemplo podemos citar una sentencia emitida por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 6 de diciembre de 1991, que señala “que la decisión del fiscalizador en orden a que los trabajadores que se desempeñen en el local del Supermercado Unimarc a que se hace referencia y que cumplen todos los requisitos establecidos en la ley para que a los recurrentes se les escriba sus contratos de trabajo, es sólo consecuencia de una fiscalización rígida, por lo que su conducta y posterior decisión resulta arbitraria, toda vez que cualquiera sea la extensión de las facultades invocadas para justificarlas no pueden desconocer dos hechos ciertos, a saber; que el contrato de prestación de servicios entre Servimarket y la recurrente y que los contratos de trabajo de esos empleados con Servimarket cumplen con los requisitos legales”... “Que en consecuencia, la facultad de fiscalizar, y la función de fijar el sentido y alcance de las leyes del trabajo, sólo permiten, como la ha señalado anteriormente este Tribunal, observar o reparar infracciones objetivas y evidentes a la legislación laboral y previsional debiendo limitarse a efectuar la denuncia pertinente porque la calificación jurídica de los hechos es una materia eminentemente jurisdiccional que cae en la esfera de los Tribunales de Justicia.” UGARTE, José. Op. Cit. Supra. Págs. 31 y 32.

demandada, por cuanto los actores debían someterse a la modalidad de trabajo impuesta por aquella, a sus instrucciones y órdenes en forma continuada y permanente”. En la misma línea argumentativa, el fallo continúa indicando que “la estipulación de una cláusula del contrato innominado, según el cual se declara que el repartidor no es dependiente ni empleado de la Empresa Correos de Chile, ni adquiere dicha calidad en virtud del convenio, y que realiza su labor sin vínculo de subordinación o dependencia respecto de ella, carece de todo valor, porque las cosas se califican jurídicamente, según su real naturaleza, y no conforme a lo que las partes prediquen acerca de ellas.”¹¹³

Visto el panorama jurídico imperante, la falta de regulación del suministro de personas en las empresas incide gravemente en los derechos de los trabajadores, toda vez que con la indeterminación del empleador en estos casos, la usuaria de los servicios del trabajador no responde ni directa ni indirectamente frente a aquél.¹¹⁴ Decimos que no es responsable directo puesto que las usuarias demandadas desconocen la relación laboral al estar formalmente contratado el trabajador por la suministradora y, a su turno, los Tribunales inhabilitan la acción de la Dirección del Trabajo por su falta de competencia en la calificación de los hechos que harían radicar en la usuaria la calidad de empleador. Tampoco responde indirectamente para con los trabajadores suministrados, ya que no existe norma legal que lo haga responsable, bien sea solidario o subsidiario, como si ocurre con la subcontratación en el artículo 64 del Código del Trabajo aún vigente.

¹¹³ CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 3 de julio de 1989, causa rol N° 8.530. UGARTE, José. Op. Cit. Supra. Pág. 33.

¹¹⁴ UGARTE, José. El suministro de trabajadores: el confuso debate a propósito de un Proyecto de Ley. En: Revista Laboral Chilena. Abril 2006. Pág. 71.

Es entonces la falta de responsabilidad de quien se beneficia de los servicios personales del trabajador el impacto negativo que más fuertemente acusa la laguna legal en que se halla este tipo de triangulación laboral. Cuando los trabajadores plantean sus exigencias frente al empleador con que día a día tratan, esto es, su empleador "real" (usuaria), al no existir sobre éste responsabilidad alguna los reenvía a tratar con quien reviste formalmente la calidad de empleador (ETT). Al reclamar la protección de la Dirección del Trabajo a fin de hacer exigible el cumplimiento de las obligaciones laborales frente al empleador real, dicha acción es paralizada por los Tribunales de Justicia que declaran -a raíz de la presentación de recursos de protección- la incompetencia de dicho ente administrativo, con lo que la acción fiscalizadora queda centrada en la ETT, que suele tener casi nulo contacto con los trabajadores y no son pocas las veces que resultan ser meras empresas de papel creadas por la misma usuaria y de escasa solvencia a fin de burlar las obligaciones que como empleador directo le cabrían.

5. El Trabajo en empresas de servicios transitorios a la luz de la nueva Ley N° 20.123.

La situación antes descrita dio origen a la iniciativa legal tomada por el Ejecutivo el año 2001 que, tras un largo proceso de discusión parlamentaria, terminó con la aprobación del texto de la nueva Ley N 20.123, publicada recientemente con fecha 16 de octubre de 2006, dando el paso que prácticamente todas las legislaciones de nuestros países vecinos han dado en cuanto a regular el suministro de personas en las empresas.

Es interesante observar que esta ley regula en forma pormenorizada el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios, dejando entregado

a la función reglamentaria sólo aspectos específicos y de menor importancia sobre la materia.¹¹⁵

Es el Párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 20.123 el que se encarga de regular con bastante detalle esta forma de relación laboral, titulado “De las empresas de servicios transitorios,¹¹⁶ del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios”. Se encuentra dividido en cinco partes:

- La primera da las definiciones de conceptos usados en la nueva regulación, junto con precisar la facultad fiscalizadora de la Dirección del Trabajo sobre la materia y la competencia de los Tribunales de Justicia. Sus artículos van desde el 183-F al 183-H inclusive.
- El segundo grupo de artículos, que van desde 183-I al 183-M, que trata sobre las empresas de Servicios Transitorios (EST).
- Luego los artículos 183-N a 183- Q, tratan sobre el contrato de puesta a disposición de trabajadores.
- Posteriormente, los artículos 183-R a 183 A-B, establecen normas sobre el contrato de trabajo de servicios transitorios.

¹¹⁵ En Argentina y Colombia la ley delimita el marco normativo general de las ETT, pero es densamente complementado por medio de decretos reglamentarios. La Ley 14/1994 de España, en cambio, regula en forma pormenorizada el funcionamiento de las ETT con bastante similitud a nuestra nueva legislación.

¹¹⁶ Es diversa la denominación específica que se da a este tipo de empleo. Así, en la legislación española y colombiana se habla de “Empresas de trabajo temporal”, mientras que en la argentina de “empresas de servicios eventuales”

- Finalmente, en los artículos 183-AC, 183-AD y 183-AE, se contemplan las denominadas “normas generales”, que son aplicables al régimen bajo las EST.

5.1. Las empresas de servicios transitorios.

5.1.2. El Concepto.

La letra a) del nuevo artículo 183-F del Código del Trabajo sienta una definición de este tipo de empresas, prescribiendo que es “toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en éstas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”.

Esta disposición, que tiene la virtud de consagrar a nivel legal un concepto de EST,¹¹⁷ cae en la tentación de definir a la EST en razón de las obligaciones a las que está sujeta para su funcionamiento, situación análoga a la ocurrida en el ordenamiento de la República Argentina.¹¹⁸ Situación distinta es la que ocurre en España y Colombia, en que la ley define la ETT

¹¹⁷ No en todas las legislaciones se define por Ley a las EST. Así ocurre en Argentina, país en que esa definición se estableció por vía reglamentaria.

¹¹⁸ El artículo 2 del Decreto 342/92, que complementa las normas sobre ETT contenidas en la Ley Nacional de empleo N° 24.013 de la República Argentina, las define como “la entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas -en adelante usuarias- a personal industrial, administrativo, técnico o profesional para cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato”.

sin tomar en cuenta las exigencias para su funcionamiento que son detalladas latamente en el resto de la ley.

Tomando en cuenta esta precisión, definiremos a las EST como “aquellas que tengan por objeto poner a disposición de terceros, denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en éstas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo su selección y capacitación.”¹¹⁹

5.1.3. Requisitos de constitución y funcionamiento de las EST.

Para el funcionamiento de una EST, es necesario que opere la habilitación de la autoridad administrativa laboral -Dirección del Trabajo- mediante su Inscripción en un Registro público que la Dirección del Trabajo es encargada de llevar, previa revisión del cumplimiento de los requisitos de constitución de la empresa para operar como suministradora de trabajadores transitorios. De la propia definición dada por el artículo 183-F letra a) y de otros artículos del mismo Párrafo, se desprenden los requisitos necesarios para que la EST pueda constituirse como tal y obrar en la vida jurídica.

5.1.3.1. Requisitos de constitución de las EST.

1. Debe tratarse de una persona jurídica.

No se admite la existencia legal de EST constituidas sólo por personas naturales, como sí es permitido en la legislación española. Ello guarda

¹¹⁹ TORRES, Roberto. La Reforma Laboral, los Contratistas y las Empresas de Servicios Transitorios. En: Revista Laboral Chilena. Julio de 2001. Pág. 81.

relación con la intención del legislador de que esta actividad sea asumida por empresas con formas societarias.

Por otra parte, la Ley exige a estas empresas que su nombre o razón social señale expresamente su calidad de EST, mediante la inclusión de la expresión “Empresa de Servicios Transitorios” o la sigla “EST”, tal como lo ordena el nuevo artículo 183-K.

2. Deben tener como objeto social exclusivo la puesta a disposición de trabajadores transitorios, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.

Originalmente el Proyecto contenido en el Mensaje enviado por el Ejecutivo al Parlamento, establecía que las EST debían tener “por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en éstas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo su selección y capacitación”. Con ello, se seguía la lógica del derecho comparado de restringir al máximo la amplitud de giro de estas empresas, tal como ocurre en Argentina y España,¹²⁰ limitándola en forma exclusiva al suministro de trabajadores temporales. Sin embargo, la parte final de la redacción, al señalar “como asimismo su selección y capacitación”, habilitaba a la EST para ampliar su giro a la capacitación y selección, dejando abierta la duda sobre si ellas sólo se permitían en beneficio de sus propios trabajadores o se permitía la capacitación y selección de personal no propio.

¹²⁰ La ley 14/1994 de España, se limita a exigir la actividad exclusiva como suministradora de empleo temporal, imponiendo la obligación de capacitación de las EST para con sus propios trabajadores.

Durante la tramitación del Proyecto surgió la inquietud por aclarar esta norma ampliando el giro de las EST, ya que los representantes de dichas empresas hicieron ver que muchas veces se les encargaba, además del suministro de trabajadores, la selección de personal y la capacitación de los mismos. Ante esta razón y la falta de claridad del texto original, en el Veto Presidencial, logrado tras el Protocolo de Acuerdo, se reemplazó la frase “su selección y capacitación” por “la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades a fines en el ámbito de los recursos humanos”.¹²¹

Con la redacción final del artículo 183-F letra a), quedan fijadas las únicas actividades que pueden desarrollar las EST:

- i. El suministro de trabajadores a terceras empresas, con carácter transitorio.
- ii. La selección de personal.
- iii. Capacitación y formación de trabajadores, tanto propios¹²² como de otras empresas.

En la discusión parlamentaria se dejó expresa constancia que la idea de la ampliación del giro de las EST no es que ellas puedan constituirse en organismos técnicos de capacitación (OTEC). De esta forma, las EST pueden capacitar a sus trabajadores por medios propios o a través de una

¹²¹ INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Senado de la República. Boletín Nº 2943-13. 28 de junio de 2006. Texto consultado en < www.senado.cl > [consulta: 30 julio 2006]

¹²² Según el nuevo artículo 183-AD, las EST están obligadas a capacitar al menos al 10% de los trabajadores que pongan a disposición cada año calendario, bien sea que ellas mismas las capaciten, bien sea que recurran a un tercero para tal fin.

OTEC, operando en ambos casos la franquicia tributaria SENCE, lo que no ocurriría cuando las EST capaciten a trabajadores de otras empresas, puesto que para ello procediera se requiere ser OTEC.¹²³

3. Inscripción en el Registro especial de EST.

Para su habilitación, las EST deben solicitar a la Dirección del Trabajo su inscripción en un Registro público de EST¹²⁴ que aquella debe llevar al efecto, para lo cual debe acreditar el cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados. Por tanto la EST debe acompañar o los antecedentes que acrediten:

- i. Su personalidad jurídica.
- ii. Su objeto social único.
- iii. Se agrega la obligación de individualizar a sus representantes legales.

Una vez acreditadas estas circunstancias, la Dirección del Trabajo tiene un plazo de 60 días para aprobar la solicitud y proceder a la inscripción o bien formular observaciones por falta de alguno de los requisitos recién indicados. En caso que transcurra este plazo sin que se formulen observaciones opera el “silencio administrativo positivo”, puesto que se entiende aceptada la inscripción en el Registro.

¹²³ INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Senado de la República. 28 de junio de 2006. Op. Cit.

¹²⁴ La necesidad de inscripción en un registro público es una regla generalizada en el Derecho Comparado, así es exigida en Alemania, España, Italia, Gran Bretaña, Irlanda, Colombia y Argentina.

Por el contrario, en caso que la autoridad administrativa laboral formule observaciones a la inscripción -rechace la solicitud de inscripción-, la EST podrá intentar hacerla efectiva en dos instancias:

a. Ante la misma autoridad administrativa laboral podrá:

- Subsanan las observaciones dentro del plazo de 60 días (desde la notificación de dichas observaciones entendemos).
- Deducir reposición ante la misma autoridad administrativa.

b. Ante la Corte de Apelaciones del domicilio de la EST, a fin de que ordene la inscripción de la empresa en el Registro, podrá:

- Reclamar directamente de las observaciones hechas por la Dirección del Trabajo, en un plazo de 15 días desde la notificación de esas observaciones.
- Reclamar de la resolución emitida por la Dirección del Trabajo que rechace la reposición interpuesta por la EST, dentro del mismo plazo anterior.

En ambos casos, la Corte conoce de esta reclamación en única instancia, con los antecedentes que el solicitante proporcione, y oyendo a la Dirección del Trabajo, la que puede hacerse parte en el respectivo procedimiento

Como se aprecia de la simple revisión de los requisitos mínimos que debe cumplir una empresa a fin de inscribirse en el Registro de EST que lleva la Dirección del Trabajo, ellas responden únicamente a formalidades de constitución de la empresa que pretende actuar como EST que son de fácil cumplimiento, pues dependen solamente de la constatación que surja de las escrituras sociales. Ello demuestra la intención de nuestro legislador de permitir en forma abierta la entrada de actores empresariales al mundo del suministro de trabajadores sin exigir requisitos en cuanto a la conducta anterior de dichas empresas y a la forma de organización que, en los hechos, lleven dichas empresas, como sí es exigido en algunos sistemas comparados.

En España, la Ley 14/1994 modificada por la ley 29/1999, exige que previo a la autorización administrativa para que una empresa opere como ETT, se acredite el cumplimiento de dos requisitos que no están presentes en nuestro sistema y que apuntan al comportamiento de la EST:

- Disponer de una estructura organizativa que le permita cumplir las obligaciones que asume como empleador en relación con el objeto social.¹²⁵ Este es un requisito que la empresa no sólo debe reunir para su primera autorización, sino también a lo largo de toda su vida en funcionamiento. El cumplimiento de este requisito, que implica la valoración por parte de la autoridad administrativa de ciertos factores de la empresa que la propia ley se encarga de señalar como criterios para el

¹²⁵ En Alemania se exige que la empresa posea el “sentido de responsabilidad suficiente” para desarrollar esta actividad, medido por el cumplimiento previo de las obligaciones laborales, fiscales y de seguridad social; en Holanda se exige que la empresa elabore un “plan de marketing aceptable”, que cuente con medios financieros adecuados y una clientela mínima; En Italia se exige que dichas empresas dispongan de una “organización suficiente”.

otorgamiento de la licencia¹²⁶, tiene relevancia capital en este sistema, puesto que la concesión administrativa se circunscribe al ámbito geográfico en que la ETT acredite que tenga la estructura suficiente. En nuestro ordenamiento, la autorización para operar de las EST no tiene límite geográfico, ante la inexistencia de este requisito.

- Estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de seguridad social.¹²⁷

Esta inscripción en el Registro especial y público de EST equivale a una autorización administrativa de funcionamiento de la EST con carácter indefinido,¹²⁸ de tal manera que estas pueden operar mientras cumplan con los requisitos mínimos para su habilitación y otros que dicen relación con su funcionamiento; tales como mantener una garantía financiera, no estar relacionadas con las usuarias a que prestan sus servicios de suministro de personal y ejercer el suministro de empleo temporal en los presupuestos legales.

¹²⁶ Los incisos 2º y 3º del artículo 2 de la Ley 14/1994 de España prescriben: “A efectos de apreciar el cumplimiento del requisito relativo a la estructura organizativa, se valorarán la adecuación y suficiencia de los elementos de la empresa para desarrollar la actividad planteada como objeto de la misma, particularmente en lo que se refiere a la selección de los trabajadores, su formación y las restantes obligaciones laborales”. “ Para esta valoración se tendrán en cuenta factores tales como la dimensión, equipamiento y régimen de titularidad de los centros de trabajo; el número, dedicación, cualificación profesional y estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados para prestar servicios bajo la dirección de la empresa de trabajo temporal; y, el sistema organizativo y los procesos tecnológicos utilizados para la selección y formación de los trabajadores contratados para su puesta a disposición en empresas usuarias.”

¹²⁷ En el mismo sentido, Alemania y Portugal.

¹²⁸ En este punto se distancia del modelo español, en que la autorización administrativa tiene validez por un año, prorrogable por dos períodos sucesivos iguales, siendo indefinida al otorgarse la segunda renovación. Artículo 2.3 Ley 14/1994.

5.1.3.2. Requisitos de funcionamiento de las EST.

A. Garantía financiera.

Después de practicada la inscripción de la empresa en el Registro y antes de comenzar a operar, la EST debe constituir una garantía permanente a nombre de la Dirección del Trabajo.¹²⁹ Podemos definir esta garantía como aquella caución permanente que toda empresa de servicios transitorios, inscrita en el registro respectivo, debe constituir a nombre de la Dirección del Trabajo, a fin de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales para con sus trabajadores y el pago de las multas que se le apliquen por infracción a las normas laborales, y que constituyen un requisito para su funcionamiento.

Monto de la garantía.

El nuevo artículo 183-J establece un sistema de cálculo del monto de dicha garantía en razón del número de trabajadores transitorios contratados por la EST. El monto básico es de 250 unidades de fomento para toda EST, cualquiera sea el número de trabajadores con que cuente; cifra que se aumenta en 1 U.F. por cada trabajador transitorio adicional contratado por sobre 100 trabajadores; en 0,7 U.F. por cada trabajador transitorio contratado por sobre 150 trabajadores; y en 0,3 U.F. por cada trabajador transitorio contratado por sobre 200.¹³⁰

¹²⁹ Se sigue la tendencia común en el derecho comparado. Es así como se exigen cauciones monetarias en Italia, Portugal, España, Argentina y Colombia.

¹³⁰ En España el monto de la garantía es el equivalente a 25 veces el salario mínimo interprofesional para obtener la primera autorización. Después de su primer año de funcionamiento requiere mantener por concepto de garantía un monto igual al 10 por ciento de la masa salarial del ejercicio económico inmediato anterior, sin que en caso alguno la caución pueda estar por debajo del monto de la primera.

La garantía es permanente.

La caución de la EST constituye un requisito de funcionamiento, razón por la cual tiene carácter permanente. De allí la necesidad de que deba ser reajustada cada doce meses, considerando el número de trabajadores transitorios contratados al momento de dicho reajuste. Mas que reajustada, la caución debe ser “actualizada” una vez por año, toda vez que a raíz de una eventual disminución del número de trabajadores transitorios contratados, puede resultar una disminución de la caución que, en todo caso, nunca podrá ser inferior a las 250 U.F. básicas exigidas como garantía.

Forma de constituir la garantía.

Se puede constituir por medio de una boleta de garantía u otro instrumento de similar liquidez a nombre de la Dirección del Trabajo, y debe tener un plazo de vencimiento no inferior a 120 días. Así lo indica el artículo 183-J inciso cuarto.

Destino de la garantía.

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 183-J, la garantía está destinada a asegurar el pago de dos tipos de obligaciones:

- En primer orden de preferencia, la caución debe ser aplicada para cubrir las obligaciones legales y contractuales de la EST con sus propios trabajadores y que se devenguen con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias.

La sentencia ejecutoriada que ordena el pago de remuneraciones y/o cotizaciones previsionales adeudadas, así como el acta suscrita ante el inspector del trabajo en que se reconozca la deuda de dichas remuneraciones, se hace efectiva con esta garantía, previa resolución del Director del Trabajo que ordene los pagos a quien corresponda, no procediendo recurso alguno contra ésta.

- Una vez cubiertos estos créditos, la garantía se aplica a las multas que se apliquen a la EST por infracciones a las normas del Código del Trabajo. La resolución administrativa ejecutoriada que ordene el pago de una multa, se hará efectivo sobre la garantía, previa resolución del Director del Trabajo, en que se ordene los pagos a quien corresponda, no procediendo recurso alguno contra ésta.

Inembargabilidad de la caución.

El inciso quinto del artículo en comento, se encarga de sentar que la garantía de la EST constituye un “patrimonio de afectación” destinada solamente al pago de las obligaciones anteriormente señaladas, estando excluida del derecho de prenda general de los acreedores.

Devolución de la caución.

Naturalmente la caución pierde sentido cuando la EST deja de funcionar como tal, razón por la cual le ley prescribe que una vez terminada la EST, el Director del Trabajo tiene seis meses de plazo para proceder a su devolución, siempre que se haya acreditado el cumplimiento de las obligaciones laborales de origen legal o contractual y de seguridad social de la EST para con sus trabajadores.

B. No tener relación con la usuaria.

Una de las malas prácticas frecuentes en nuestro país, ha consistido en que muchas empresas crean “empresas de papel” a fin de que con éstas se contraten servicios de trabajadores que antes trabajaban para la primera, fraccionando artificialmente la unidad empresarial evitando las obligaciones laborales que implica el contrato de trabajo, trasladando con ello el peso de esas obligaciones a un tercero (EST o contratista) que además de tener relación con la usuaria es poco solvente para responder íntegramente de esas obligaciones.

Con el fin de evitar que las EST cumplan un rol de simple intermediación laboral, prestándose como un medio por el cual las usuarias se deshagan artificialmente de las obligaciones laborales que le cabrían al contratar directamente al trabajador, el nuevo artículo 183-I del Código del Trabajo establece la prohibición para las EST de suministrar trabajadores transitorios a usuarias con que las una cualquier tipo de relación societaria. Señala el inciso primero de dicho artículo que “Las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios”.

El precepto recién apuntado impide la relación entre la usuaria y la EST con una amplitud sorprendente. Es dable pensar que cuando la norma habla de empresas matrices, filiales¹³¹,

¹³¹ El artículo 86 de la Ley N° 18.046, Ley de Sociedades Anónimas, prescribe que “Es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que éste controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores.”

coligadas¹³² o relacionadas¹³³ nos podemos remitir a las normas de otros campos de nuestro Derecho que nos den luces sobre su conceptualización. Sin embargo, se establece además la prohibición de que la EST tenga cualquier tipo de “interés directo o indirecto” con la usuaria que contrate sus servicios, sin definir o dar luces acerca de lo que se entiende por dicho interés¹³⁴, quedando al arbitrio del intérprete la función de su determinación, cuestión que se torna más grave al observar la radical sanción que su infracción trae aparejada.

Sanción a la infracción de esta exigencia.

En caso de producirse un contrato de provisión de trabajadores entre una EST y una usuaria existiendo cualquier tipo de relación societaria o interés entre ellas, se aplican sanciones a ambas en diferentes términos:

¹³² El artículo 87 de la Ley 18.046 establece que “Es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma.”

¹³³ El artículo 20, N° 1, letra b) del D.L. 824, Ley de Impuesto a la Renta, en su penúltimo inciso prescribe que “Para los efectos de esta letra se entenderá que una persona está relacionada con una sociedad en los siguientes casos: I) Si la sociedad es de personas y la persona, como socio, tiene facultades de administración o si participa en más del 10% de las utilidades, o si es dueña, usufructuaria o a cualquier otro título posee más del 10% del capital social o de las acciones...II) Si la sociedad es anónima y la persona es dueña, usufructuaria o a cualquier otro título tiene derecho a más del 10% de las acciones, de las utilidades o de los votos en la junta de accionistas. III) Si la persona es partícipe en más de un 10% en un contrato de asociación u otro negocio de carácter fiduciario en que la sociedad es gestora. IV) Si la persona, de acuerdo con estas reglas, está relacionada con una sociedad y ésta a su vez lo está con otra, se entenderá que la persona también está relacionada con esta última y así sucesivamente.”

¹³⁴ Como una referencia dudosamente aplicable al caso, nos permitimos citar el artículo 44 de la Ley 18.046 que, al regular la actividad de los directores de una S.A., en su inciso segundo prescribe “Se presume de derecho que existe interés de un director en toda negociación, acto o contrato u operación en la que deba intervenir él mismo, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o las sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño directo o a través de otras personas naturales o jurídicas de un 10% o más de su capital o las sociedades o empresas en las cuales alguna de las personas antes mencionadas, sea director o dueño directo o indirecto del 10% o más de su capital; y las personas por quien el director actúe como representante.”

- A la EST, le cuesta la cancelación en el Registro de EST. Constituye ésta la sanción más drástica que contempla la ley.
- A la usuaria, le es aplicable una multa de 10 UTM por cada trabajador contratado.

Autoridad competente.

- La autoridad competente para la aplicación de ambas sanciones es el Director del Trabajo, que debe declarar su procedencia mediante resolución fundada. Las empresas afectadas pueden pedir su reposición ante la misma autoridad administrativa dentro del plazo de cinco días.
- De la resolución que niegue lugar a la reposición, la empresa afectada puede reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva.

A raíz de la falta de determinación precisa en la ley sobre la conducta sancionada, cuesta pensar en la efectividad de la norma, puesto que en un mercado pequeño como el nuestro es muy probable que más de alguna EST tenga algún tipo de “interés directo o indirecto” con algunas de la usuarias a que preste servicios, sobre todo considerando que la ley privilegia las formación de EST de forma societaria y de mayor tamaño. Resultará interesante observar la futura actuación de la Dirección del Trabajo en esta materia; la forma de constatar la infracción hará necesario el eventual registro de una densa documentación de las empresas cuyo límite quedará de seguro fijado por la autoridad judicial y, por otra parte, la gravedad de la sanción, alguna inclinación mitigadora en la interpretación de una norma tan

estricta podría generar en la Dirección del Trabajo, cuestión que, en todo caso, será definida por la Jurisprudencia de nuestros Tribunales.

Por otra parte, resulta curioso constatar que la sanción impuesta a la EST no reporta ningún grado de protección al trabajador; peor aún, la cancelación en el Registro y la consiguiente desaparición de la EST sólo elimina la provisión de futuros puestos de trabajo, sin que se establezca una medida de corrección que vaya en beneficio del trabajador de la EST que está prestando servicios a una usuaria con la que aquella tiene relación. Mejor solución habría sido el establecimiento de la responsabilidad solidaria de la usuaria, o derechamente excluir a la usuaria de la aplicación de las normas del Párrafo segundo, considerándose al trabajador como dependiente de la usuaria, rigiéndose por la legislación laboral común, tal como se prescribe en varios casos de infracciones en algunos artículos del Proyecto.

C. En general, mantener sus requisitos de constitución y funcionamiento y observar en su actividad el apego a las normas legales.

Dos son las sanciones aplicables por la autoridad administrativa a este respecto:

- a) El Director del Trabajo, mediante resolución fundada, debe proceder a sancionar con una multa a beneficio fiscal de 80 a 500 UTM, a cualquier persona natural¹³⁵ o jurídica que actúe como EST sin ajustar su constitución y funcionamiento a las exigencias establecidas en el

¹³⁵ Recordemos que sólo pueden actuar como EST las personas jurídicas. Por lo tanto, la norma prevé la sanción de entidades que actúen absolutamente al margen de la ley, sin contar siquiera con el requisito de su constitución como persona jurídica.

Código del Trabajo, conforme a lo señalado en el nuevo artículo 183-M.

- b) El Director del Trabajo, mediante resolución fundada, debe ordenar la cancelación de la inscripción del registro de una EST en dos casos:
 - i. Cuando ella incumpla en forma reiterada y grave la legislación laboral o previsional.

Para estos efectos se entiende que la empresa incurre en infracciones “reiteradas” cuando ha sido objeto de tres o más sanciones aplicadas por la autoridad administrativa o judicial, como consecuencia del incumplimiento de una o más obligaciones legales, en el plazo de un año. Se consideran “graves” todas aquellas infracciones que, atendidos la materia involucrada y el número de trabajadores afectados, perjudiquen notablemente el ejercicio de los derechos establecidos en las leyes laborales, en especial las infracciones sobre capacidad para contratar y normas relativas al trabajo de menores; sobre remuneraciones; las relativas al feriado anual y los permisos; y las de protección a la maternidad.

- ii. Cuando la EST caiga en quiebra, salvo que se decrete la continuidad de su giro.

De la resolución del Director del Trabajo que decrete la eliminación del registro de la EST se puede deducir reposición dentro de quinto día. De la resolución que niegue lugar a esta solicitud se puede

reclamar ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante dentro de 10 días.

5.2. El carácter excepcional del trabajo en EST. El contrato de puesta a disposición de trabajadores.

Es esta una de las características fundamentales de la provisión de trabajadores y que precisamente justifica su legalización. De otra forma, si se permitiera la provisión de mano de obra a destajo, se utilizaría esta forma de trabajo como la manera normal de contratación, con el evidente riesgo que ello implicaría hacia una precarización institucionalizada del empleo. La manera “normal” de relación de trabajo sigue siendo la forma clásica de contratación laboral; la excepción la constituye la subcontratación y el suministro de trabajadores, siendo ésta última más restringida que la primera, puesto que la dualidad de “empleador-formal” y “empleador-real” así lo exige. Este carácter excepcional está dado por el tipo de empleos en que se permite y por el tiempo acotado de duración de los mismos, ambos aspectos bien delimitados en la ley.

Podemos definir el contrato de puesta a disposición como aquel celebrado entre la EST y la empresa usuaria, que tiene por objeto la cesión del trabajador a fin de cumplir tareas de carácter transitorio u ocasional en la usuaria, a cuyo poder de dirección queda sometido el trabajador, sin que se produzca un cambio de empleador.

La ley se encarga de señalar las formas de dicho contrato, sus estipulaciones y los casos en que se permite su celebración. Con ello, esta regulación afecta las relaciones civiles o comerciales entre la empresa usuaria y la EST, lo que según algunos entraría en pugna con lo prescrito en

el artículo 1º del Código del Trabajo, que fija como campo de aplicación del citado Código las “relaciones laborales entre los trabajadores y empleadores”. Sin embargo, se justifica plenamente la existencia de estas limitaciones, puesto que la libertad contractual empresarial también debe observar como límite la protección de los derechos de los trabajadores en empleos que en forma evidente tienden a la precarización.

5.2.1. Requisitos formales del contrato de puesta a disposición de trabajadores.

El contrato de puesta a disposición debe celebrarse por escrito y expresar las siguientes indicaciones:

1. Cabal individualización de las partes.

Ella debe hacerse con indicación del nombre, domicilio y número de cédula de identidad o rol único tributario de los contratantes. Tratándose de personas jurídicas se debe individualizar, además, a el o a los representantes legales.

2. La causal invocada para la contratación de servicios transitorios.

Se trata de especificar en el contrato cual de los supuestos de procedencia legal es el que existe para la celebración del mismo.

3. Los puestos de trabajo que serán cubiertos.

Con la exigencia de esta especificación, se evita la eventual polivalencia del trabajador temporal en la usuaria y la eventual colocación

del trabajador en un puesto que no calce precisamente en una de las causas legales de empleo transitorio.¹³⁶

4. La duración de los servicios del trabajador transitorio.¹³⁷ Como veremos existen límites máximos en la duración del trabajo transitorio, de acuerdo a las especiales características que cada provisión tiene y en consideración a las personas que desarrollan dichas tareas.
5. El precio convenido.
6. Si los trabajadores cedidos tendrán o no derecho, durante la vigencia del contrato, a la utilización de transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria.¹³⁸

Sanción por la falta de escrituración del contrato de puesta a disposición.

En caso de no escriturarse dicho contrato -señala el inciso final del artículo 183-N- la usuaria queda excluida de la aplicación de las normas del Párrafo 2º, con lo que se reputa que la usuaria es el empleador del trabajador cedido, rigiéndose dicho vínculo por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que procedan.

¹³⁶ La norma exige mayor especificación en este punto que el Proyecto original, que se limitaba indicar "las áreas específicas de la usuaria que serán objeto de la provisión", con lo que quedaba muy abierta la eventual polivalencia indebida del trabajador cedido temporalmente en la usuaria.

¹³⁷ Se sigue la lógica del derecho comparado de permitir el suministro de personas con carácter transitorio. Así, en Bélgica el contrato puede durar entre tres y seis meses, en Alemania doce meses, mientras que en Francia no puede superar los nueve meses.

¹³⁸ Constituye una gran diferencia con la legislación española, en que es un derecho de los trabajadores la utilización del transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria durante el plazo de duración del contrato de puesta a disposición.

Queda la duda por determinar que se entiende por “falta de escrituración”. Si se toma en su sentido literal tendríamos que concluir que sólo constando por escrito bastaría la exclusión de la sanción. Pero aparece un tanto obvio que la exigencia de la escrituración implica el cumplimiento de los requisitos formales recién indicados.

5.2.2. Supuestos de celebración del contrato de puesta a disposición (O su requisito de fondo) y sus plazos máximos de duración.

Lo que llamamos requisitos de fondo de dicho contrato, se resume en realidad en uno solo: que se celebre el contrato de puesta a disposición concurriendo, en los hechos, alguno de los presupuestos que se establecen en el nuevo artículo 183-Ñ del Código del Trabajo, y que corresponden a necesidades temporales de la empresa usuaria. La transitoriedad de los servicios está dada por la naturaleza de los trabajos que el artículo 183-Ñ establece como causales del contrato de puesta a disposición y por los plazos máximos de duración de los mismos que indica el artículo 183-O.

Puede celebrarse este contrato cuando en la usuaria se de alguno de los supuestos y con los límites de tiempo siguientes:

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

En este caso, la duración del contrato de puesta a disposición tiene como límite el tiempo de duración de la ausencia del trabajador reemplazado, por la suspensión del contrato o de la obligación de prestar servicios, según sea el caso.

2. Eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza.

En este caso, la ley establece que no podrá exceder de 90 días el contrato para prestar servicios a una misma usuaria. Sin embargo, en caso de pactarse en el contrato de puesta disposición de trabajadores un plazo inferior al precedentemente señalado, éste puede ser prorrogado hasta completar los 90 días, en caso de subsistir las circunstancias que motivaron su celebración.

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

El plazo máximo del contrato de provisión de trabajadores es en este caso de 180 días. En caso de haberse pactado un plazo inferior en el contrato y de seguir existiendo las circunstancias que lo motivaron, se puede prorrogar aquél hasta completar los 180 días.

4. Períodos de inicio de actividades en empresas nuevas.

El límite temporal en este caso es exactamente igual que en el número anterior, procediendo la prórroga en iguales términos.

5. Aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria.

En este caso el contrato de puesta a disposición no puede superar 90 días. Pero si se ha pactado un plazo inferior y subsisten las condiciones que motivaron la celebración del mismo, se puede prorrogar hasta completar los 90 días.

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

No fija la ley límite de tiempo para la ejecución de estas labores en la usuaria por el trabajador cedido, al igual que en el numeral 1. A pesar que en ambos casos, dicho límite debiera estar dado por la naturaleza transitoria de la suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios o de los trabajos que requieren ejecución inmediata, habría sido prudente establecer límites máximos tras los cuales se generara algún tipo de protección para los trabajadores cedidos, puesto que es posible la duración de licencias médicas o reparaciones por largos períodos de tiempo, perdiendo el carácter de transitorios esos servicios.

La doble limitación de la provisión de trabajadores contemplado en nuestra nueva ley -casos de procedencia y plazos- es adoptada también por la legislación de España,¹³⁹ Bélgica, Francia, España y Portugal. En otros países como Alemania y Holanda no se establece una lista de casos en que procede este tipo de contratación pero sí fijan el límite de su duración; mientras que en otros no se establecen legalmente ni los supuestos de procedencia ni la duración de estos contratos, como en Inglaterra e Irlanda.

¹³⁹ La Ley 14/1994 establecía una enumeración bastante similar a la contemplada en nuestra nueva normativa. Mediante la ley 29/1999 se suprimió dicha lista, remitiéndose a los casos de procedencia del contrato de trabajo a plazo fijo, indicados en el artículo 15 del Estatuto de Trabajadores de España, para sentar la licitud de la provisión de trabajadores.

¿Qué sanción es aplicable por celebrar contratos de puesta a disposición fuera de los presupuestos legales?

La ley no contempla expresamente una sanción frente a la celebración de un contrato de puesta a disposición de trabajadores fuera de los casos enumerados en el artículo 183-Ñ. Debido a que toda sanción no admite una interpretación que no fluya del texto de la ley, no sería aplicable por analogía la norma del artículo 183-U, que contempla como sanción la exclusión de la usuaria de las normas sobre EST, haciendo recaer en ésta la calidad de empleador del trabajador cedido, cuya sanción razonablemente debería corresponder a este ilícito, toda vez que esta disposición castiga la celebración de contratos de servicios transitorios fuera de los supuestos legales o con intención de encubrir una relación laboral permanente. Sin embargo, en modo alguno esto significa que la actuación ilícita de la usuaria quede impune; siguiendo el criterio de nuestra jurisprudencia judicial y administrativa que considera que reviste la calidad de empleador quien en los hechos ejerce dicha posición, en virtud del principio de “primacía de la realidad”, frente a una provisión de trabajadores improcedente, no serían aplicables a la usuaria las normas sobre empleo a través de EST sino las normas generales en materia laboral, de manera que sin necesidad de una declaración expresa del legislador, la jurisprudencia en el futuro debiese arribar a la misma solución, haciendo recaer en la usuaria la calidad de empleador en esos casos.¹⁴⁰

¹⁴⁰ En el derecho español la sanción de la trasgresión de esta norma, transforma de subsidiaria en solidaria la responsabilidad de la empresa usuaria por las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas por la EST con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.

5.2.3. Exclusiones. Casos en que se prohíbe la puesta a disposición.

Naturalmente no es lícita la celebración de contratos de puesta a disposición de trabajadores fuera de los casos indicados en el artículo 183-Ñ. Sin embargo, el legislador ha debido precisar los casos en que, no obstante darse alguno de los supuestos lícitos de dicha forma de empleo, se prohíbe el suministro de trabajadores a fin de asegurar la salud del trabajador y evitar posibles abusos de los derechos laborales mediante esta forma de empleo.

El nuevo artículo 183-P prohíbe contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios en los siguientes casos:

1. Para realizar tareas en que se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados.

La estabilidad que requieren estos cargos se contradice con la transitoriedad del empleo que permite el suministro de personal.

2. Para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva.

Este derecho fundamental del trabajador sería absolutamente ineficaz de aceptarse cubrir el vacío de los trabajadores en huelga con empleados transitorios.

3. Para ceder trabajadores a otras EST.

Llama la atención que el Proyecto convertido en ley no contemple la prohibición de esta forma de empleo para realizar actividades y trabajos

considerados especialmente peligrosos para la seguridad o la salud de los trabajadores suministrados, como sí lo contemplaba el Proyecto original contenido en el Mensaje del Ejecutivo. El derecho comparado también sigue este criterio tendiente a proteger la vida y salud de los trabajadores transitorios; es el caso de España, Francia e Italia, que determinan por reglamento la lista de empleos considerados peligrosos para la salud de aquellos y que según la ley no pueden ser objeto de esta forma de relación laboral.

Sanción por infringir estas prohibiciones.

La trasgresión de cualquiera de estas prohibiciones genera una sanción doble para la empresa usuaria:

- Queda excluida de la aplicación de las normas sobre el trabajo en EST, de tal forma que se considera (presunción simplemente legal) a la usuaria como empleador del trabajador suministrado, vínculo que se rige por la legislación común.
- Se hacer acreedora de una multa aplicable por la Inspección del Trabajo respectiva, equivalente a 10 UTM por cada trabajador contratado.

Al observar las sanciones por incurrir en caso prohibido de provisión de trabajadores o en un supuesto fuera de los permitidos, se aprecia que es la usuaria quien carga con la drástica sanción de tomar sobre sus hombros el vínculo laboral que correspondería a la EST. Ello responde al modelo de fiscalización delegada que la ley ha hecho aplicable en la subcontratación, toda vez que es ella la que debe poner mayor atención en la licitud del servicio de trabajo transitorio que contrata, puesto que se beneficia

directamente de los servicios del trabajador, a quien incluso puede impartir órdenes en su calidad de “empleador real” del suministrado.

5.2.4. Sanción especial de nulidad.

Es perfectamente posible que al término del período por el cual el trabajador suministrado presta servicios a la usuaria, ésta última pretenda incorporarlo a su dotación de empleados, mediante la celebración de un contrato de trabajo a plazo o indefinido, según las prescripciones generales de la legislación laboral. La evidente ventaja que reporta para el trabajador la posible formalización de una relación laboral estable, y el carácter netamente transitorio de los servicios prestados mediante EST, movió al legislador a incluir una norma que en forma expresa declara nula la estipulación de toda cláusula en el contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la usuaria a la finalización de dicho contrato, como lo indica el nuevo artículo 183-Q.¹⁴¹

5.3. Relaciones entre la EST y el trabajador.

5.3.1. El contrato de trabajo de servicios transitorios.

Junto con la celebración del contrato de puesta a disposición entre la EST y la usuaria, es necesaria la existencia un contrato de trabajo entre aquella y el trabajador que será suministrado. Será en virtud de este contrato que la EST tendrá -formalmente- el carácter de empleador del trabajador suministrado a lo largo de toda la duración de la misión que preste en la usuaria.

¹⁴¹ Necesaria era la manifestación expresa del legislador en este sentido, toda vez que, al ser el contrato de puesta a disposición un contrato civil o comercial celebrado entre privados, se habrían admitido cláusulas de esta naturaleza.

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

5.3.1.1. El contrato de trabajo de servicios transitorios es por tiempo definido

Es ésta la característica más saliente de este contrato en nuestra legislación, tomando distancia del modelo español que admite el contrato con carácter indefinido o con duración determinada coincidente con el contrato de puesta a disposición¹⁴², al igual que en Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Portugal y Gran Bretaña. Aún mayor resulta la distancia con el modelo alemán, en que la ley impone la celebración de un contrato laboral por tiempo indefinido entre la EST y el trabajador temporal.

De esta forma, el legislador nacional concibe el contrato de trabajo transitorio sólo con duración definida, bien sea que el plazo se pacte expresamente en el contrato o bien fluya de la naturaleza de los servicios prestados en la usuaria, lo que supone que antes de la celebración de este contrato es necesario el acuerdo contractual entre la EST y la usuaria materializado en el contrato de puesta a disposición que determinará los puestos de trabajo a ser cubiertos mediante trabajadores transitorios. A medida que se requiera la ocupación en las labores indicadas en aquel

¹⁴² El Artículo 10.1 Ley 14/1994 de España, en forma expresa señala que este contrato puede concretarse “por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición”. A mayor abundamiento, el numeral 3 del mismo artículo, permite que en un mismo contrato de trabajo se pacte la cobertura de una pluralidad de contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que estos estén a firme al momento del contrato de trabajo y respondan a los supuestos legales de procedencia.

contrato se irán suscribiendo los contratos de trabajo transitorios. Es por esta misma razón que el inciso final del mismo artículo 183-R sienta la obligación de la EST de remitir a la usuaria una copia del contrato de trabajo transitorio.

5.3.1.2. Caso en que muta de definido a indefinido el contrato y la titularidad del empleador.

El artículo 183-F prevé dos consecuencias en caso que el trabajador continúe prestando servicios en la usuaria después de expirado el contrato de trabajo de servicios transitorios.

- El contrato de trabajo pasa de duración definida a ser uno de carácter indefinido. Esta disposición sigue la lógica del artículo 159 inciso cuarto del Código del Trabajo que transforma en indefinido el contrato de trabajo de duración definida en caso de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado su plazo.
- Cambia la titularidad del empleador. Ya no será empleador la EST con quien celebró el contrato el trabajador, sino la usuaria a que presta sus servicios. Esta verdadera sustitución de empleador es radical; la antigüedad del trabajador se cuenta, para todos los efectos legales, desde la fecha del inicio de la prestación de servicios a la usuaria. Esta segunda consecuencia se justifica por la duración limitada que necesariamente tiene el contrato de trabajo entre el trabajador y la EST.

5.3.1.3. Requisitos del contrato de trabajo de servicios transitorios.

1. Debe celebrarse por escrito.

Dicha escrituración debe ser realizada dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador a la usuaria. Cuando la duración de los servicios sea inferior a cinco días, la escrituración debe hacerse dentro de dos días de iniciada la prestación de los servicios.

2. El contrato debe contener, a lo menos, las menciones que exige el artículo 10 del Código del Trabajo.

Cabe destacar las menciones indicadas en los numerales 3 y 6 de dicho artículo, esto es, la determinación de la naturaleza de los servicios y el lugar o ciudad en que hayan de prestarse y el plazo del contrato. Esta última estipulación no es de la esencia del contrato de trabajo, ya que en el derecho laboral común su omisión implica que el contrato sea indefinido; en el caso particular de las EST, la omisión de esta cláusula no tiene el mismo efecto, entendiéndose que la duración del contrato de trabajo coincidirá con la terminación de la labor a prestar en la usuaria.

3. Una copia de este contrato debe ser enviada por la EST a la usuaria en que el trabajador prestará -o presta ya- sus servicios.

La ley no fija plazo, pero lo lógico será que las usuarias diligentes exijan el contrato antes que el trabajador transitorio inicie sus servicios, puesto que en caso que este contrato no se halle dentro de los supuestos legales de procedencia, se reputará a la usuaria como empleadora del trabajador cedido.

4. Debe celebrarse en virtud de alguno de los presupuestos legales que permiten la celebración del contrato de puesta a disposición contemplados en el artículo 183-Ñ.

Es necesario que la labor especificada en el contrato de trabajo de servicios transitorios coincida con algunas de las causas indicadas en el contrato de puesta a disposición y que obviamente ésta se encuentre dentro de aquellas prescritas por el artículo referido.

La sanción a la infracción de esta norma, vuelve a tener la particularidad de hacer recaer en la usuaria la calidad de empleador directo del trabajador cedido. El artículo 183-U nos dice que “Los contratos de trabajo celebrados en supuestos distintos a aquellos que justifican la contratación de servicios transitorios de conformidad con el artículo 183-Ñ, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley, excluyendo a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2º. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan.”

En realidad esta disposición sanciona algo más que el contrato de trabajo de servicios transitorios indebido. Sanciona toda maniobra contractual concertada entre la empresa usuaria y la EST con fines fraudulentos, buscando disfrazar una relación de trabajo permanente con el ropaje de un empleo transitorio. A primera vista aparece un tanto ilógico que se responsabilice a la usuaria por la infracción cometida en un contrato en que en estricto sensu -contrato de trabajo entre la EST y el trabajador- no tiene injerencia. Sin embargo, con el fin de evitar toda complicidad entre ambas empresas a objeto de menoscabar los derechos del trabajador, el legislador optó por poner de cargo de la usuaria velar

por la observancia de la transparencia en este tipo de relaciones, tanto de su propia actividad como de la EST con que contrata.

Un posible problema de interpretación podría surgir en caso de aplicar esta sanción. ¿La usuaria se reputará empleadora del trabajador cedido con carácter definido o indefinido? Parece poco probable que la usuaria esté dispuesta a asumir la calidad de empleador frente a esta situación manteniendo al trabajador en su puesto tras la constatación de la infracción; peor aún, el trabajador transitorio quedaría desprovisto de todo vínculo con su empleador formal -la EST- pudiendo en algún caso ser preferible mantener ese vínculo en vez de reemplazar forzosamente al sujeto empleador por la usuaria. Tal vez habría sido más simple y lógico establecer como sanción la responsabilidad solidaria de la usuaria, así tendría el trabajador dos patrimonios en que hacer efectivos sus eventuales obligaciones incumplidas nacidas de una relación que, en todo caso, tiene una duración bien acotada en el tiempo.

Por último, cabe indicar que esta norma es complementada por el nuevo inciso primero del artículo 478 del Código del Trabajo -inciso sustituido por el artículo 6º de la ley en estudio- que sanciona con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 UTM, al empleador que simule la contratación de trabajadores por medio de terceros.

5.3.2. Derechos del trabajador cedido respecto de la EST.

1. Tiene derecho a recibir la remuneración convenida por el puesto de trabajo a desarrollar, y que se indica en el contrato de trabajo transitorio.

No se establece en nuestro país la equiparación salarial entre los trabajadores cedidos y los dependientes de la usuaria, como sí lo hace el Derecho Español, Argentino y Colombiano como lo veremos en el capítulo siguiente.

2. Indemnización compensatoria del feriado.

El trabajador transitorio tiene derecho a recibir una indemnización compensatoria del feriado, siempre que haya prestado servicios, continua o discontinuamente, en virtud de uno o más contratos de trabajo celebrados con la misma EST, durante a lo menos 30 días dentro de los 12 meses siguientes a la fecha del primer contrato.

El monto de esta indemnización es el equivalente a la remuneración íntegra de los días de feriado que proporcionalmente le correspondan al trabajador según los días trabajados en la respectiva anualidad. Para determinar la antedicha remuneración, es necesario calcular el promedio de lo devengado por el trabajador durante los últimos 90 días efectivamente trabajados, o bien el promedio de los días efectivamente trabajados en caso de haber laborado menos de 90 días dentro de la anualidad.

Es preciso hacer hincapié que la naturaleza de esta indemnización es de carácter compensatorio del feriado, no previendo nuestra legislación una indemnización por término del contrato de servicios transitorios, como sí lo establece el derecho español¹⁴³ y francés.¹⁴⁴

¹⁴³ Recordemos que en España el contrato de trabajo entre la EST y el trabajador puede ser por tiempo indefinido o definido coincidente con la duración de la misión en la usuaria. De celebrarse con el primer carácter, a la finalización del contrato serán aplicables las indemnizaciones que según el derecho común laboral correspondan. En caso de pactarse

Se reafirma la conclusión anterior al observar el artículo 183-Z, según el cual en la remuneración pactada entre la EST y el trabajador se considera la gratificación legal, el desahucio, las indemnizaciones por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, y cualquier otro concepto que se devengue en proporción al tiempo servido, salvo la compensación del feriado que establece el artículo 183-V. En otros términos, en forma indirecta se señala que no se contempla la existencia de indemnización por término del trabajo de servicios transitorios, lo que guarda plena concordancia en nuestro sistema dado el carácter definido que necesariamente debe tener aquel.¹⁴⁵

3. Fuero maternal.

El artículo 183-AE establece que las trabajadoras contratadas para prestar servicios transitorios en una usuaria “gozarán del fuero maternal señalado en el inciso primero del artículo 201, cesando de pleno derecho al término de los servicios en la usuaria.” Dado el carácter temporal de la relación laboral entre la trabajadora y la EST así como de los servicios que preste aquella en la usuaria a raíz de esa relación, la ley mantiene el fuero maternal de la trabajadora transitoria por el tiempo de duración de este contrato. Si bien la ley habla de mantener el fuero maternal hasta el término de “los servicios en la usuaria”, necesariamente este tiempo

por tiempo determinado, a la finalización del contrato de puesta a disposición el trabajador tiene derecho a recibir por concepto de indemnización una suma equivalente a 12 días de salario por cada año de servicios o a la parte proporcional correspondiente.

¹⁴⁴ En Francia la ley prevé el derecho del trabajador a una indemnización por término del contrato para compensar la precariedad en el empleo, cuya cuantía varía de acuerdo a la duración de la misión y el salario del trabajador, sin que pueda ser inferior a un 10 o 15% de la retribución bruta del trabajador según los casos.

¹⁴⁵ Tal como en los contratos a plazo fijo regidos por las normas generales del Código del Trabajo, cuando se produce la terminación por vencimiento del plazo convenido no procede indemnización.

coincide con la duración pactada (o prorrogada) en el contrato de servicios transitorios entre la EST y la trabajadora.

En caso de que por alguna de las causales que establece el proyecto se determine que la trabajadora es dependiente de la usuaria -y ya no de la EST- son aplicables las normas generales sobre fuero maternal, cuya duración se extiende desde el principio del embarazo hasta el año siguiente a la expiración del descanso maternal según lo prescrito por el artículo 201 del Código del Trabajo.

5.3.3. Obligaciones de la EST con sus trabajadores.

1. Cumplir con las obligaciones salariales y previsionales.
2. Pagar al trabajador la indemnización compensatoria del feriado cuando corresponda.
3. Deben proporcionar capacitación, cada año calendario, al menos al 10% de los trabajadores que pongan a disposición en el mismo período.

5.4. Relaciones entre la usuaria y el trabajador transitorio.

5.4.1. Funciones de organización y dirección.

La característica más saliente del trabajo prestado a través de EST consiste en la comunión de un empleador “formal” que recae en la EST y un empleador “real” cuya titularidad recae en la usuaria que se beneficia de los servicios del trabajador. A diferencia de la subcontratación laboral, en que se suministra un producto, obra o servicio determinado, en este tipo de relación

laboral lo que se suministra es “mano de obra” con carácter transitorio, de tal forma que el trabajador cedido se integra transitoriamente a la dotación de la usuaria. En razón de esta especial circunstancia, es obvio que las facultades de dirección y control del trabajador cedido son ejercidas por la empresa usuaria durante la prestación de servicios en su ámbito.

Esta facultad está expresamente consagrada en el artículo 183-X que en su inciso primero nos dice que la usuaria tiene “la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios.” Esto se traduce en que la usuaria puede impartir órdenes al trabajador cedido, siempre que se refieran a las actividades especificadas en el contrato de trabajo transitorio.

Con el fin de hacer más efectiva esta facultad de la usuaria, el trabajador transitorio queda sujeto al acatamiento del reglamento de orden, seguridad e higiene de la empresa usuaria, debiendo entregarse al trabajador un ejemplar impreso del mismo. (183-K inciso primero)

Cabe hacer presente que no se traslada a la usuaria la potestad disciplinaria sobre el trabajador cedido, quedando ella radicada en su empleador (EST). Aunque no se establezca expresamente en la ley -como si ocurre en España- en caso que la usuaria considere que por parte del trabajador se ha producido un incumplimiento contractual, podrá poner en conocimiento de la EST dicha situación a fin de que ésta adopte las medidas disciplinarias que correspondan.

Limitaciones a esta facultad:

1. En primer lugar, y aún cuando no se señale por la ley en forma expresa, no debe extenderse la aplicación de esta potestad al campo disciplinario sobre el trabajador; ésta solo puede ser ejercida por la EST.
2. La usuaria debe respetar las condiciones pactadas entre el trabajador cedido y la EST relativas a la prestación de los servicios, tales como la duración de la jornada de trabajo, los descansos diarios y semanales, la naturaleza de los servicios, el lugar de prestación de los mismos y lo relativo a las horas extraordinarias.¹⁴⁶
3. En el ejercicio de las facultades de organizar y dirigir el trabajo, la usuaria debe respetar las garantías constitucionales de los trabajadores, especialmente cuando puedan afectar su intimidad, su vida privada o su honra. En virtud del debido resguardo del derecho a la intimidad del trabajador cedido, la usuaria debe mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de esta forma de relación laboral. (Nuevo artículo 183-Y).

5.4.2. Obligaciones de la empresa usuaria con los trabajadores cedidos.

5.4.2.1. La responsabilidad subsidiaria de la usuaria.

La empresa usuaria responde subsidiariamente de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las empresas de servicios

¹⁴⁶ El inciso tercero del artículo 183-X establece que solo pueden pactarse horas extraordinarias entre el trabajador y la EST al tenor del artículo 32 del Código del trabajo.

transitorios a favor de los trabajadores de éstas, tal como lo indica el inciso primero del artículo 183-AB.

Esta solución dista del modelo español, que sienta un sistema mixto de responsabilidad subsidiaria y solidaria de acuerdo a si la usuaria cumple o no con los presupuestos lícitos de puesta disposición.¹⁴⁷ En Argentina la distancia es aún mayor, puesto que en este país la usuaria es solidariamente responsable con la ETT por todas las obligaciones laborales.

A. Naturaleza de las prestaciones cubiertas por esta responsabilidad.

Son dos los tipos de obligaciones de que responde subsidiariamente la usuaria:

i. Obligaciones laborales.

En ellas se comprende la remuneración del trabajador transitorio. No precisa la ley si acaso se extiende a las eventuales indemnizaciones por término anticipado del contrato celebrado entre la EST y el trabajador suministrado y a la sustitutiva del aviso previo. Siguiendo el sentido amplio que la jurisprudencia -en especial la administrativa- ha dado a las “obligaciones laborales”, también estarían comprendidas estas indemnizaciones.

¹⁴⁷ En España la empresa usuaria responde subsidiariamente de las obligaciones salariales y de seguridad social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y solidariamente en caso de realizar dicho contrato fuera de los presupuestos legales.

ii. Obligaciones previsionales.

Se refieren a las obligaciones de afiliación y cotización de previsión y salud, y también a las contempladas en la Ley N° 16.744 de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

B. Cuando procede la responsabilidad de la usuaria.

Dada su naturaleza subsidiaria, será necesario que el trabajador agote los medios de cobro contra su empleador -EST- antes de hacer exigible el cumplimiento de las obligaciones arriba señaladas contra la usuaria.

Llama la atención que el legislador no haya establecido una norma similar a la del inciso cuarto del artículo 183-B relativa al trabajo en régimen de subcontratación y que permite al trabajador entablar a un mismo tiempo la demanda contra su empleador directo y contra todos aquellos que puedan responder de sus derechos. El establecimiento de una norma de esa naturaleza habría evitado las futuras discusiones que de seguro se producirán. Hemos de esperar que la jurisprudencia de nuestros Tribunales complementen a bien este vacío, permitiendo al trabajador demandar en forma coetánea a todos quienes puedan responder de sus derechos, y no dando lugar a la injusta tesis del “doble juicio”.

C. Limite temporal de esta responsabilidad.

La responsabilidad subsidiaria de la usuaria está limitada al período en que el trabajador deba prestar servicios en ella de acuerdo a lo estipulado en el contrato de trabajo transitorio.

Es notable la falta de una disposición que permita a la usuaria retener de las obligaciones que tenga con la EST el monto de las obligaciones laborales y previsionales incumplidas por ella con los trabajadores cedidos y de que pueda responder subsidiariamente, como sí está expresamente facultada la empresa mandante en el caso del trabajo en régimen de subcontratación.

5.4.2.2. Responsabilidad directa de la usuaria por la seguridad e higiene en el trabajo. (artículo 183-AB)

La empresa usuaria es directamente responsable del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias sobre el Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Ley N° 16.744, en especial en lo referente a las medidas de prevención de riesgos. Se trata de hacer responsable a la empresa usuaria de la protección de la vida y salud no sólo de sus trabajadores propios, sino de todos los que laboren en ella, sin importar su dependencia.

Con el fin de especificar las obligaciones de la usuaria en la materia, el mismo artículo establece que compete a aquella:

- i. Velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad en las empresas en que trabajen más de 25 personas sin importar su dependencia. Asimismo en las empresas mineras, industriales o comerciales que ocupen a más de 100 trabajadores, sin importar su dependencia, la usuaria deberá además

velar por la constitución y funcionamiento de un Departamento de Prevención de Riesgos Profesionales.¹⁴⁸

- ii. En caso de producirse un accidente o enfermedad que pueda ocasionar incapacidad para el trabajo o la muerte del trabajador transitorio, la empresa usuaria debe informar de inmediato y a un mismo tiempo la ocurrencia del siniestro a la EST y al organismo administrador al que se halla afiliada o adherida aquélla. Esta exigencia es obvia considerando que es la usuaria la que tomará conocimiento directo del hecho antes que la EST.
- iii. En concordancia con su deber de velar por el cumplimiento de las debidas condiciones de higiene y seguridad en relación a todos sus trabajadores, el inciso tercero del artículo en comento pone de cargo de la usuaria el eventual pago de las indemnizaciones por los daños que genere todo accidente o enfermedad profesional sufrida por el trabajador transitorio por culpa o dolo de la usuaria.

Dos alcances son pertinentes en relación a estas obligaciones.

- No se contempla en la ley expresamente la obligación de la usuaria de informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, lo que cobra relevancia en un sistema como el nuestro que no exime de esta forma de relación laboral a las actividades que puedan

¹⁴⁸ En realidad la única innovación en este aspecto, radica en el hecho que para establecer la concurrencia del número de trabajadores necesarios para generar la obligación de crear y mantener estos Comités y Departamentos, se considera a todos los trabajadores que presten servicios en la usuaria, sin importar si ellos son dependientes de ella o de empresas contratistas, subcontratistas o de servicios transitorios.

resultar especialmente peligrosas para la seguridad o salud del trabajador.¹⁴⁹

En todo caso la ley pone de cargo de la EST la constatación del estado de salud del trabajador compatible con la actividad específica a desempeñar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 183-Z, inciso final.

- No se pronuncia la ley sobre quien es responsable de los recargos de las prestaciones de Seguridad Social en caso de accidente del trabajo o enfermedad profesional del trabajador cedido que tengan lugar en el centro de trabajo de la usuaria. En España la ley hace responsable de ellas a la usuaria siempre que su causa radique en la falta de medidas de seguridad e higiene. Al no establecerse en nuestra ley disposición alguna al respecto será la EST, como empleadora directa, la que responda del recargo.

5.5. El control de la Dirección del Trabajo.

El nuevo artículo 183-G incluido por el Proyecto, sienta la competencia de la Dirección del Trabajo en relación a su rol fiscalizador del funcionamiento del trabajo a través de EST de una manera amplia. Señala dicho artículo “La dirección del Trabajo fiscalizará el cumplimiento de las normas de este Párrafo 2º en el o los lugares de la prestación de los servicios, como en la empresa de servicios transitorios. Asimismo, podrá revisar los contenidos del Contrato de Servicios Transitorios o puesta a disposición entre ambas

¹⁴⁹ Bien distinta es la situación en España. El numeral 1 del artículo 16 de la Ley 14/1994, establece “Con carácter previo de la prestación de servicios, la empresa usuaria deberá informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo así como las medidas de protección y prevención contra los mismos”

empresas, a fin de fiscalizar los supuestos que habilitan la celebración de un contrato de trabajo de servicios transitorios.”

No sólo se permite a la Dirección del Trabajo la fiscalización en terreno de las usuarias y EST, sino también la revisión del contenido de los contratos civiles o comerciales entre esas empresas que tengan por objeto el suministro de trabajadores y de los contratos de trabajo entre el trabajador y la EST constatando si se cumplen o no los presupuestos legales que permiten esta forma de relación laboral. Esta norma deja en claro la competencia del ente administrativo para no dejar en manos de la jurisprudencia alguna interpretación que le restara eficacia a su labor.¹⁵⁰

Las facultades de la Dirección serían incluso más amplias que las expresadas recientemente -que se limitan al examen de los contratos de trabajo transitorio y de puesta a disposición- puesto que podría exigir la documentación necesaria a fin de determinar si una EST es o no matriz, filial, coligada, relacionada o si tiene algún interés directo o indirecto, participación o relación societaria con alguna de las usuarias a que presta servicios, en razón de lo prescrito por el artículo 183-I.

A este respecto es interesante un fallo emitido por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 3987-2004, que se pronunció por la negativa de un recurso de protección interpuesto por dos empresas en contra de la Directora Regional del Trabajo de la misma ciudad, alegando la ilegalidad y arbitrariedad de la entidad en el requerimiento de senda

¹⁵⁰ Debemos recordar que al no haber estado legalizado hasta hoy el trabajo a través de EST, la Dirección del Trabajo hacía recaer en la usuaria el carácter de empleador en razón del principio de la “primacía de la realidad”, imponiendo sanción por la falta de escrituración del contrato de trabajo. A esa fiscalización seguían presentaciones de recursos de protección que terminaban ritualmente con sentencias de nuestro más alto Tribunal que declaraban la incompetencia de la autoridad administrativa de calificar los hechos y la consecuente sanción a las usuarias.

documentación de ambas empresas a fin de determinar si existía o no relación entre ambas que diera lugar a la vulneración del artículo 478 del Código del Trabajo (simulación o fraude laboral). Las razones dadas para pronunciarse por la negativa del recurso así como las actuaciones que terminaron por ser consideradas conforme a derecho por la Corte, nos permiten obtener luces acerca de la forma en que la Dirección del Trabajo llevará a efecto la fiscalización de la norma del artículo 183-I. Entre los argumentos dados por la recurrida, cita el Ordinario N° 922-25 de 11 de marzo de 2003 de la Directora Nacional del Trabajo que a fin de determinar la existencia de la infracción del citado artículo instruye a los fiscalizadores obtener la identificación del proceso laborativo o empresarial que vincule a los entes investigados. Para ello, dice la instrucción, debe averiguar la estructura de la propiedad tanto física como funcional y la estructura de la administración laboral. De esta forma, el fallo no objetó la fiscalización de la Dirección del Trabajo que se concretó en la exigencia a las empresas de entregar “sus escrituras sociales; los pagos de patentes; los títulos de dominio de todas las sociedades; los vehículos de que son dueñas; los títulos de dominio de los inmuebles que ocupan; acreditar quien paga las patentes municipales; quien es dueño de los equipos computacionales y de los programas; una lista de todos los trabajadores que han pasado por las empresas y que actualmente laboran; lista de asistencia; contratos de trabajo; forma en que se pactan las remuneraciones; flujos de caja; ingresos y egresos; todos los antecedentes contables.”¹⁵¹

El citado fallo, si bien se pronuncia a raíz de la acción fiscalizadora de la Dirección del Trabajo para velar por el cumplimiento del artículo 478, no dista de la acción que el mismo ente deberá ejercer a fin de examinar si existe o

¹⁵¹ Revista Laboral Chilena. Abril de 2004. Págs. 62 y 63.

no la indebida relación entre una EST y algunas de las usuarias a que presta servicios. Será interesante observar si la jurisprudencia observará con la misma amplitud de la sentencia aludida las facultades de los entes fiscalizadores, a falta de una norma legal que establezca en forma clara y precisa el ejercicio de dicha función, sin que se afecten los derechos de los fiscalizados o incluso las relaciones comerciales que, por estrategia, las empresas mantienen bajo resguardo.

CAPÍTULO V: ALGUNOS DESAFÍOS PENDIENTES DE LA NUEVA LEGISLACIÓN.

Independiente de algunos puntos críticos de la Ley 20.123 que se han abordado a lo largo de su estudio en esta memoria, existen tres grandes desafíos que han quedado pendientes y que, a nuestro juicio, son muy relevantes a fin de subsanar la precariedad del empleo que generan las dos formas de triangulación laboral estudiadas.

1. La equiparación salarial.

El Proyecto ya convertido en Ley de la República que es objeto de estudio de esta memoria, no se hace cargo de las sensibles desigualdades en las condiciones de trabajo, especialmente salariales que pueden darse en una empresa usuaria entre trabajadores dependientes de ella y trabajadores subcontratados o transitorios aún cuando cumplan la misma función. Ni en el Proyecto original enviado por el Ejecutivo al Parlamento ni en ninguna de las indicaciones hechas por alguno de estos entes se ha pretendido terminar con esta verdadera discriminación arbitraria que hace vulnerables a los trabajadores transitorios de tener un empleo de igual responsabilidad pero menos retribuido que aquellos contratados directamente por la empresa en que presta sus servicios.

El derecho comparado se ha hecho cargo de esta realidad, estableciendo la denominada “equiparación salarial para igual trabajo”¹⁵², de modo que el trabajador suministrado tiene derecho a recibir igual remuneración que el trabajador directamente contratado por la usuaria que

¹⁵² UGARTE, José. El suministro de trabajadores: El confuso debate a propósito de un Proyecto de Ley. Op. Cit. Pág. 70.

preste iguales servicios. Así lo contemplan legislaciones del primer mundo como Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Portugal y España; y también algunos países vecinos como Argentina y Colombia.¹⁵³

Interesante resulta el caso de España, que en su primera regulación sobre EST, la Ley 14/1994 no contemplaba la equiparación salarial. Tras un largo proceso de discusión, en el que los convenios colectivos impulsados por los sindicatos lograron en cierta medida la igualdad salarial, se produjo la modificación del texto normativo en el año 1999, en virtud de la Ley 29 del mismo año que modificó el artículo 11.1 de la Ley 14/1994, estableciendo que “Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo.”¹⁵⁴

Ha quedado como un gran tema pendiente la equiparación de las condiciones de trabajo entre todos los que laboren en una empresa cumpliendo las mismas tareas, con lo que se lograrían dos objetivos:

¹⁵³ El artículo 79 de la Ley N° 50 de Colombia, dispone “Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.”

¹⁵⁴ El texto original del artículo 11.1 de la Ley 14/1994, establecía que el trabajador cedido tenía derecho a ser remunerado “de conformidad con lo que establezca el convenio colectivo aplicable a las E.T.T. o, en su defecto, en el convenio colectivo correspondiente a la empresa usuaria”. En razón de esto, las E.T.T. recién legalizadas se lanzaron a negociar convenios colectivos de empresa a fin de evitar la aplicación del convenio colectivo de la empresa usuaria y, con ello, la equiparación retributiva. La modificación eliminó la aplicación del convenio colectivo de la E.T.T. haciendo sólo aplicable la de la empresa usuaria, consagrando la igualdad salarial. SALA FRANCO, Tomás. Op. Cit. Pág.116

- Terminar con este tipo de discriminación arbitraria que afecta los derechos de los trabajadores, influyendo incluso en el rendimiento de trabajadores poco motivados frente a esta desigualdad. Ello impide que la subcontratación de personal se transforme en un mero artificio para bajar los costos de producción de la empresa.
- Evitar la competencia feroz entre las EST centrada sólo en los precios de sus servicios, poniendo como valor de mayor relevancia la calidad del trabajo realizado a través de este tipo de empresas.

2. El ejercicio de derechos colectivos del trabajo.

En el continente europeo, precursor de la regulación del trabajo a través de EST, la negociación colectiva ha siempre estado un paso adelante que los textos positivos en el establecimiento de protecciones para los trabajadores cedidos; fue ella la que reguló esta actividad antes que existiera siquiera una ley que contemplara esta forma de empleo, y es el mecanismo que antecede el perfeccionamiento de las leyes existentes, siendo paradigmático en este contexto el caso español.¹⁵⁵

Nuestra ley N^o 20.123 no se pronuncia en norma alguna sobre lo que ocurre con el ejercicio de derechos colectivos de trabajadores de EST, en particular en lo referente a la sindicalización y la negociación colectiva. El primer problema es el de la sindicalización, puesto que los trabajadores dependientes de la EST se hallan dispersos prestando servicios en diversas

¹⁵⁵ Tras la aprobación de la Ley 14/1994, que no estableció la equiparación salarial entre trabajadores de la usuaria y de la EST, los sindicatos negociaron con las asociaciones de empresas usuarias una serie de cláusulas que limitaban la utilización de ETT sólo a las que garantizaran condiciones salariales iguales a las de los trabajadores de las usuarias. Finalmente esta situación se vio plasmada positivamente por la ley 29/1999.

usuarias sin que exista conexión entre ellas, dificultando la organización que requiere la formación del sindicato de la EST, lo que se ve agravado por el carácter transitorio que necesariamente tiene el contrato que une al trabajador con aquella. Por otra parte, de hacer efectivo el derecho a la sindicalización, ella pierde gran parte de su eficacia, puesto que un nivel importante de sus demandas versarán sobre las condiciones de trabajo y ellas se imparten por la empresa usuaria que no es formalmente su empleador. Además de estos problemas, en nuestro sistema la organización sindical de la empresa es la única que tiene iniciativa negociadora vinculante para el empresario, no pudiendo el trabajador transitorio recurrir a la representación de una Organización sindical central a fin de forzar un proceso negociador, como si ocurre en Europa.¹⁵⁶ Además de todo lo expuesto, en nuestro sistema el resultado de un eventual proceso negociador sólo afecta a quienes participaron del grupo negociador o del sindicato al momento de su suscripción, lo que es incompatible con la alta rotación de los trabajadores transitorios, haciendo inocua la acción sindical. Todas estas evidencias de la precaria situación sindical que en general impera en nuestro país, sumado al nulo tratamiento sobre el tema en esta forma específica de relación laboral, lleva a afirmar la enorme dificultad -si no imposibilidad- que en nuestro ordenamiento jurídico el Convenio Colectivo aparezca como fuente de regulación del trabajo a través de EST, con lo que de seguro quedará limitada a la fuente legal.¹⁵⁷

Habría sido interesante que el Proyecto en alguna norma hubiese atribuido al sindicato de la empresa usuaria representación sindical de los

¹⁵⁶ El artículo 13 de la Ley 14/1994 de España, dispone “En ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimados para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las Organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la Comisión negociadora cuando de ella formen parte tales Organizaciones.”

¹⁵⁷ VERGARA DEL RÍO, Mónica. Op. Cit. Pág.59.

trabajadores cedidos en caso de ser solicitado por éstos, en todo lo relativo a las condiciones de trabajo comunes que afecten a este tipo de trabajadores,¹⁵⁸ aunque sin incluir la negociación colectiva, dada la imposibilidad legal de ejercer este derecho ante un ente diferente al empleador.

3. Un nuevo concepto de empresa.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla en la legislación laboral el concepto de “grupo empresarial”, que es absolutamente válido en la vida económica moderna y en nuestra propia realidad nacional. A diferencia de lo ocurrido en otros ordenamientos, el concepto de empresa adoptado por nuestro legislador laboral es bastante limitativo, al establecer que toda empresa debe estar dotada de una “individualidad legal determinada”.¹⁵⁹ Al referirse a los “grupos de sociedades”, el Catedrático español Tomás Sala Franco, señala que las diferentes sociedades que la integran tienen como elemento común, a pesar de ser distintas desde una perspectiva jurídico-formal, el actuar “con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar más allá de aquella pluralidad una cierta unidad económica.”¹⁶⁰ La falta de una definición legal de empresa que sea más acorde a la realidad económica que permita ampliarla a organizaciones que formalmente aparecen divididas pero que responden a una misma unidad económica, han permitido -y permiten- la fragmentación empresarial con fines oscuros,

¹⁵⁸ El artículo 17.1 de la Ley 14/1994 de España, indica que los trabajadores cedidos a la usuaria, tienen derecho a presentar, a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria, reclamaciones sobre las condiciones de ejecución de su actividad laboral.

¹⁵⁹ Así lo establece el inciso tercero del artículo 3 del Código del Trabajo.

¹⁶⁰ SALA FRANCO, Tomás y otros. Derecho del Trabajo. 10^º edición. 1996. Turant lo Blanc Libros. Pág. 253. Citado por WALKER, Errázuriz Francisco. Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque Institucional. I parte. En Revista Laboral Chilena. Julio de 1998. Pág. 70.

tendientes a eludir obligaciones laborales y previsionales por medio de la interposición de terceros en las relaciones de trabajo que debiesen darse directamente entre el trabajador y quien se beneficia de sus servicios.

3.1. La fallida inclusión de un nuevo concepto de empresa.

A raíz de las razones antes señaladas, durante la tramitación del Proyecto de la Ley N° 20.123 en el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados y por iniciativa de los partidos oficialistas, se incluyó el artículo 183 ter que establecía una definición de empresa aplicable al trabajo en régimen de subcontratación y en empresas de servicios transitorios en los siguientes términos “Para todos los efectos del presente Título, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos”. De la lectura de esta disposición se aprecia cierta similitud con la definición de empresa establecida en el artículo 3 del Código del Trabajo, pero con dos diferencias sustanciales, ya que por un lado prescinde de la individualidad legal como elemento delimitador de la empresa; y por otro en vez de hablar de un conjunto de medios personales, materiales o inmateriales. “ordenados bajo una dirección”, dice “ordenados bajo un empleador”.

Mediante este nuevo concepto -que habría sido aplicable sólo a estas materias- se pretendía lograr la determinación del empleador atendiendo al criterio económico y no la individualidad legal que responde a una mera formalidad que no se condice necesariamente con la realidad. Con esta concepción de la empresa, si la usuaria o mandante constituyen, en los hechos, entes económicos distintos, estaríamos en presencia de subcontratación lícita; por el contrario, si el dueño de la obra, empresa o

faena o usuaria por decisión propia organiza los medios personales, materiales e inmateriales para alcanzar sus objetivos empresariales, considerando a un contratista o a una EST con quien comparte elementos que evidencian una misma organización común, se estará frente a un caso de subcontratación o suministro de personal de carácter irregular, considerándose a toda esta organización -por muy fraccionada o dividida que esté en diferentes razones sociales- como un mismo empleador, que en forma directa debe responder frente a su trabajador dependiente, subcontratado o suministrado.

Esta forma de concebir la empresa -y al empleador- atendiendo al principio de la “primacía de la realidad” recogía y hacía suyos los criterios jurisprudenciales emanados de los Tribunales de Justicia,¹⁶¹ que ante la

¹⁶¹ Sobre este particular, nos permitimos citar la sentencia emitida por la Excma. Corte Suprema de fecha 2 de mayo de 2002, Rol N° 4877-01, que aplica el principio de primacía de la realidad de forma tal que prescinde de la individualidad legal como elemento determinante para la determinación de la empresa y, con ello, amplía el de empleador. En el caso específico, un conjunto de trabajadores demandaron a su empleador directo -Soler y Cía.- y subsidiariamente a la empresa -Bata S.A.- que había otorgado la concesión de uno de sus locales a la primera y en las que prestaban sus servicios, exigiendo la aplicación de la responsabilidad subsidiaria del artículo 64 del Código del Trabajo, en razón de su despido al expirar dicho contrato de concesión. Tras sentar que resulta de toda lógica la aplicación de la responsabilidad subsidiaria de la concedente, en su sentencia de reemplazo, la Corte va más allá tratando de determinar la real vinculación de ambas empresas a efectos de deslindar responsabilidades por sus asalariados señalando: “Sexto: Que no obstante lo que ya se ha asentado, en la especie se hace necesario analizar la vinculación verdaderamente existente entre la concedente y la concesionaria a objeto de precisar con equidad las obligaciones por las cuales será responsable la subsidiaria...” “Octavo: Que sobre la base de lo anotado es dable concluir que es Bata S.A.C. la que actúa en el local entregado a la empresa concesionaria. En efecto, determina todas y cada una de las condiciones de la venta de los productos que ella misma proporciona, en el lugar que predetermina, al precio que señala, con las instalaciones, logos y formularios que entrega. En fin, es la concedente la que realiza la actividad productiva, valiéndose de la concesionaria sólo para los efectos de tener una entidad a cargo para que contrate a los trabajadores que deban colaborar en la venta que a ella le interesa...” “Noveno: Que, en tales condiciones, utilizando la lógica y la experiencia, aplicando la equidad y los principios rectores del derecho laboral, considerando el beneficio que la concedente ha obtenido de la prestación de los servicios de los demandantes, no queda a este Tribunal, sino hacer responsable a la demandada subsidiaria de todas las prestaciones a que ha sido condenada la empleadora directa, en tal calidad de subsidiaria, por cuanto no podría establecerse una concurrencia al pago indistintamente de la una o de la otra, atendida a la forma en que se ha demandado.” Este último considerando

presencia de elementos organizacionales comunes entre distintos sujetos de derecho, son considerados como una sola a efectos del cumplimiento de los derechos que derivan de la terminación del contrato de trabajo para el trabajador, debiendo responder todas ellas indistintamente.¹⁶²

A pesar de la férrea oposición de los parlamentarios de la Alianza por Chile a la coexistencia de dos conceptos de empresa en un mismo cuerpo normativo, las mayorías oficialistas permitieron su aprobación. Ante ello, los senadores de aquella coalición requirieron del Tribunal Constitucional un pronunciamiento al respecto, obteniendo como resultado la declaración de su inconstitucionalidad, pero no por alguna de las razones de fondo esgrimidas por los senadores requirentes, sino por haberse trasgredido las normas constitucionales sobre el proceso de formación de ley, puesto que al modificar normas sobre seguridad social o que incidan en ella tanto del sector público como privado, conforme al artículo 62 inciso cuarto N° 6 de la Carta Fundamental, su iniciativa debe necesariamente emanar del Presidente de la República, y en el caso específico la norma fue agregada por la Cámara de Diputados en Segundo Trámite Constitucional.

Aún cuando el fallo del Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el fondo del asunto, resulta interesante observar los argumentos esgrimidos por los requirentes y por los defensores de la norma,¹⁶³ ya que plasma las

citado deja en claro que el más alto Tribunal determinó que en realidad la concedente y concesionaria conformaban una sola empresa en el negocio en que prestaban sus servicios los trabajadores demandantes, razón por la cual estima que Bata S.A.C. es responsable directa junto con Soler y Cía. -en el fondo lo considera el mismo empleador- de las obligaciones nacidas a raíz de los despidos; pero en razón de haberse demandado la responsabilidad subsidiaria, no queda otra alternativa al máximo Tribunal que dar lugar a la misma, so pena de incurrir en causal de extrapetita. Revista Laboral Chilena. Mayo 2003. Págs. 50-56.

¹⁶² INFORME DE LA COMISIÓN DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Senado de la República. 16 de junio de 2006. Op. Cit.

¹⁶³ Por instrucciones de la Presidenta de la República, la Ministra Secretaria General de la Presidencia se encargó de formular observaciones al requerimiento ante dicho Tribunal.

diferentes razones para la procedencia o improcedencia de la reformulación de un nuevo concepto de empresa y su correspondencia con nuestra Constitución Política, cuestión que volverá a ser debatida mas pronto que tarde.

Los requirentes señalaron la violación de varios preceptos constitucionales:¹⁶⁴

1. Violaría el artículo 1º inciso 3º de la CPR, al desconocer la autonomía organizativa de que las empresas gozan en su calidad de “grupo intermedio”, fusionándolas de hecho con una o más entidades distintas.

A ello se responde que la autonomía de los grupos intermedios se garantiza sólo para el cumplimiento de fines lícitos, lo que no ocurre cuando una empresa, abusando de su identidad legal, intenta ocultar su vinculación laboral con sus trabajadores a través figuras o entramados societarios de diferente naturaleza para evitar, dolosamente, el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales.

2. Vulneraría el artículo 19 Nº 15 -dicen los requirentes- de la CPR, toda vez que al facultarse al intérprete judicial y administrativo considerar a entidades distintas como una sola organización, impone la asociación obligatoria, llegando a atribuir a una de ellas trabajadores de otra sin atender a la existencia o inexistencia de la relación laboral, vulnerando la libertad de asociación.

¹⁶⁴ Los argumentos que se dan a continuación se contienen en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de agosto de 2006. Rol Nº 534-2006. Tribunal Constitucional [en línea] < <http://www.tribunalconstitucional.cl/site/roles/ROL0534.pdf> > [consulta: 30 agosto 2006]

En contra se sostiene que no se trata de imponer forzosamente la asociatividad, sino de reconocer las relaciones entre empresas con distintas entidades legales que permitan atribuirle una organización común a fin de hacer efectivos los derechos laborales de los trabajadores que les presten servicios.

3. Vulneraría el artículo 19 N° 16, de la CPR, ya que por medio de una ficción administrativa y/o judicial, se puede determinar que entidades empresariales distintas son en realidad una misma, obligando a una empresa a asumir una relación laboral con trabajadores ajenos, trasgrediendo la libertad de contratación.

En contra se dice que la libertad contractual no puede servir para la utilización de subterfugios destinados a encubrir lo que en los hechos ocurra, permitiendo que el empleador eluda sus obligaciones a través de un artificio jurídico; ello atentaría contra el principio de la realidad.

4. Afectaría asimismo el artículo 19 N° 21 de la CPR, que consagra la libertad de desarrollar cualquier actividad económica lícita, puesto que se limita la libre administración de la unidad económica, permite que por un mero acto administrativo se confundan patrimonios, imponiendo obligaciones de otros entes jurídicamente distintos que pueden incluso pertenecer a otros propietarios. Peor aún, la autoridad podría llegar a desconocer la propia existencia de una empresa contratista, desconociendo las relaciones laborales que tenga con sus trabajadores, en caso de estimar que ella forma parte de una empresa principal o extraña.

Defendiendo la norma se sostiene que el derecho constitucional citado debe ejercerse respetando las normas laborales y previsionales de los trabajadores; Resulta inadmisibles que en nombre de dicha libertad se permita al empresario valerse de instrumentos e instituciones permitidos por el ordenamiento jurídico -como la personalidad jurídica- para vulnerar aquellos.

5. Atentaría también contra el artículo 19 N° 24 de la CPR, toda vez que la norma impone obligaciones dinerarias que no han sido contraídas por la empresa, ni provienen de sanciones, ni tienen origen en la responsabilidad solidaria o subsidiaria consagrada en la ley y son jurídicamente imprevisibles, vulnerando el derecho de uso, goce y disposición del dominio sobre la entidad empresarial.

En contra se ha dicho que en materia de derechos laborales se admite una intervención legal más amplia en el ámbito privado que otras ramas del derecho, razón por la cual algunas obligaciones que nacen a raíz de una convención particular como el contrato de trabajo, tengan también su origen en la ley, la que a su vez debe responder a la relación real que existe entre quien pone su trabajo a disposición de otra y la que ejerce la autoridad y don de mando sobre la primera y es beneficiaria de sus servicios.

6. Por último, los requirentes sostenían que se contraviene el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, ya que por medio de ella se faculta a una autoridad -ni siquiera se limita a la ley- para afectar derechos constitucionales en su esencia, ya que “impone asociaciones forzosas, obliga a asumir obligaciones ajenas, prohíbe administrar libremente una

actividad económica y suplanta la voluntad del propietario, disponiendo de sus bienes”.

En contra se dice que si no se vulnera el libre ejercicio de los derechos antes mencionados, con menor razón se vulneran esos mismos derechos en su esencia. Se añade que la norma se justifica ante la necesidad de hacer efectiva la responsabilidad legal del empleador para con sus trabajadores, que sólo puede hacerse realidad mediante el ejercicio de las potestades de aplicación que corresponden a la autoridad administrativa y judicial.

A juicio de quienes impulsaron la inclusión del nuevo concepto de empresa, la sentencia del Tribunal Constitucional representa un retroceso, ya que con su promulgación se habría logrado impedir cualquier forma de vulneración de los derechos laborales de los trabajadores a través de posibles resquicios que pueda dejar abierta la nueva ley.

Por el contrario, los senadores patrocinantes del requerimiento, han dicho que con el fallo se impide transformar a las empresas en entes “amorfos e indefinidos”, creando una enorme incerteza jurídica para los actores económicos que podría frenar el crecimiento. Señalan también que no es necesario crear esta peligrosa ficción a fin de impedir que las empresas utilicen figuras de papel u otros subterfugios para eludir sus responsabilidades, puesto que la nueva normativa establece en forma clara un sinnúmero de sanciones para quienes utilicen indebidamente las relaciones triangulares de trabajo, lo que queda de manifiesto por el simple hecho que la redefinición de empresa no se contemplaba en el Proyecto original del Ejecutivo, siendo incluida recién en el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados.

3.2. La nueva propuesta.

Inmediatamente de producida la declaración de inconstitucionalidad del pretendido nuevo concepto de empresa, un grupo de diputados de la Concertación de Partidos por la Democracia, propuso a la Cámara un Proyecto de Ley que establece un nuevo concepto de empresa, que tiene por finalidad permitir “determinar la relación laboral existente entre un trabajador y una determinada empresa, pudiendo ésta constar de una o más sociedades”.

El artículo único del Proyecto, reza lo siguiente:

“Sustitúyase el inciso 3º del Código del Trabajo por el siguiente: “Para todos los efectos de legislación laboral se entenderá por empresa aquél capital o conjunto de capital perteneciente a una persona natural o jurídica, o bien, a un grupo de personas naturales o jurídicas que se dediquen a una misma actividad comercial o a actividades comerciales relacionadas entre sí, esté o no el capital subdividido en una o más sociedades de cualquier clase, y debiendo estar destinado a producir algún tipo de utilidad a través de la prestación de servicios personales de personas ajenas a la propiedad de dicho capital”.¹⁶⁵

El concepto de empresa propuesto en el Proyecto pretende definirla desde el punto de vista del capital, prescindiendo de su individualidad legal y de sus medios de producción. Se busca lograr la determinación con mayor precisión de la relación entre un trabajador y un determinado capital, sin importar si éste se encuentra subdividido en distintas sociedades.

¹⁶⁵ CAMARA de diputados [en línea] < www.camara.cl > Boletín N° 4456-13 [consulta: 20 octubre 2006]

Este proyecto dista bastante del fallido artículo 183 ter; mientras éste sólo quitaba la individualidad legal como elemento determinante de la empresa y pretendía hacer aplicable el concepto sólo al Trabajo en Régimen de Subcontratación y en EST, el nuevo Proyecto significa un distanciamiento absoluto del concepto del artículo 3º del Código del Trabajo al establecer como único elemento determinante el capital y haciéndolo aplicable al derecho laboral común.

Veremos el destino de esta nueva propuesta que resulta bastante más “agresiva” que la fracasada inclusión de un nuevo concepto de empresa, lo que dificultará enormemente los consensos necesarios para la aprobación de una norma tan novedosa como ésta. De seguro en la discusión pertinente aflorarán los argumentos ya esgrimidos ante el Tribunal Constitucional, organismo que finalmente deberá hacerse cargo de ellos, pronunciándose en cuanto al fondo de su procedencia. Sin duda que una modificación tan revolucionaria como la propuesta necesitará de un lato proceso de estudio, cuestión que no podría haberse dado a propósito y en medio de la tramitación de otro Proyecto de Ley como el que ha sido objeto del presente trabajo.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

Las profundas transformaciones sufridas en el mundo durante el pasado siglo y que se hacen cada vez más patentes en el presente, imprimiendo a la economía moderna un dinamismo y fluidez tan altos como los riesgos del fracaso en los negocios alimentados por la feroz competencia, han hecho a las empresas redefinir sus procesos productivos con el fin de adaptarse a los cambios constantes del mercado. Para ello se han valido de prácticas que implican la salida del modelo clásico de relación laboral, dejando de tener ésta las características que fueron motivo de inspiración y regulación del Derecho Laboral en sus inicios. De la clásica forma de trabajo claramente bilateral, en que el trabajador desempeña sus servicios en el lugar físico de asiento de su empleador y con derechos y deberes recíprocos entre esos dos sujetos, se ha pasado a formas triangulares de relación de trabajo; las empresas entienden que resulta ineficiente desarrollar todas y cada una de las fases de sus procesos productivos, por lo que recurren a terceros a fin de que les proporcione partidas completas de alguna de las fases de su cadena de producción. Del mismo modo, para hacer frente a necesidades transitorias de mano de obra, recurren a un tercero a fin de que les suministre personal que cubra dicha carencia de personal. .

Ante estas formas de empleo poco regladas, la OIT ha sido una importante fuente orientadora que, aún sin lograr consensos que en forma concreta obliguen a los Estados miembros a adoptar determinadas regulaciones, ha hecho aportes que tienden a definir las formas de empleo en que se requiere especial atención para la protección de los trabajadores. Dicho organismo, en su afán por lograr este objetivo, ha diferenciado dentro de la “subcontratación” a aquella que tiene por fin la ejecución de una obra o

servicio por una parte, y a aquella que tiene por objeto el trabajo mismo (o mano de obra) por otra.

Los países europeos, en un principio se mostraron reacios a admitir estas formas de relación laboral -en especial la subcontratación de mano de obra- por el alto nivel de precarización que implicaban, no concibiendo admisible conferir estatus legal a una situación que resulta altamente riesgosa para la estabilidad laboral. Pero con el tiempo, primero a nivel sindical y jurisprudencial, y luego a nivel legislativo, acogieron la idea de regular estas situaciones que, en los hechos, ponían al trabajador en la más absoluta desprotección al estar completamente al margen de la ley.

El derecho nacional ha conocido desde las primeras leyes del trabajo la consagración de normas referentes a la subcontratación, pero hasta hoy sólo se limitaban a establecer la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena. En lo que al suministro transitorio de trabajadores se refiere, nuestro legislador se mostró con una pasividad sorprendente por largo tiempo; Tanto en Europa como en nuestros países vecinos, el fenómeno en cuestión ya gozaba de regulación legal en la primera mitad de la década del noventa, pues la fuerza de los hechos obliga a reconocer la existencia legal de esta actividad, lo que a su vez permite su reglamentación que va en beneficio directo del trabajador.

Con la dictación de la Ley N° 20.123, por vez primera en nuestra legislación se trata de manera sistemática la subcontratación y de manera inédita el suministro temporal de personas en las empresas. Dicho cuerpo normativo, que modifica el Código del Trabajo, y cuya promulgación se logró tras una larga serie de desencuentros, indicaciones y hasta un veto presidencial, regula ambas actividades de forma separada, con la debida

adecuación normativa de otras leyes que se ponen en acción frente a la subcontratación y EST.

Los esfuerzos del legislador por definir el fenómeno del trabajo en régimen de subcontratación, junto con consagrar un sistema mixto de responsabilidad solidaria-subsidiaria del empresario principal, en razón de su nivel de diligencia en la labor de control por el respeto de quienes prestan sus servicios en sus faenas, y con la delimitación más precisa de las obligaciones cubiertas por dicha responsabilidad, representan un gran avance en materia de subcontratación. A nuestro juicio, el efecto -y finalidad- de la nueva normativa será la tendencia de las empresas mandantes a contratar directamente a los trabajadores dependientes de los contratistas que prestaban servicios para aquélla, debido a la responsabilidad solidaria impuesta por la ley -que sólo muta a subsidiaria con el ejercicio del derecho de retención, lo que implica el aumento en los costos de administración del mandante en su rol fiscalizador- y a la imposibilidad de la empresa principal de impartir órdenes a los trabajadores del contratista -resulta difícil pensar en empresas mandantes que actualmente no impartan órdenes a los trabajadores subcontratados-; o bien, en el caso de los mandantes que no asuman la conducta recién aludida, estos se verán instados a contratar empresas que den cuenta de solvencia y una intachable conducta laboral hacia sus empleados a fin de ponerse a resguardo de la eventual responsabilidad en que podrían incurrir.

El cambio más relevante, por su carácter inédito, lo representa la legalización de las empresas de servicios transitorios, cuyo funcionamiento fuera de la ley generaba una menguada situación en los derechos del trabajador y una enorme incertidumbre jurídica en las empresas que desarrollaban tal actividad. La nueva ley establece las definiciones de cada

uno de los actores que intervienen en la provisión temporal de trabajadores; establece la excepcionalidad de esta forma de empleo, delimitando en forma precisa los casos de su procedencia lícita; fija los derechos y deberes de los tres sujetos que son protagonistas de la relación; precisa las formas prohibidas de empleo a través de estas empresas, otorgando a la entidad administrativa fiscalizadora atribuciones amplias con el fin de observar el apego a la ley; y establece sanciones tanto para las EST como para las usuarias, que en ocasiones tienden a castigar al infractor atribuyéndole la calidad de empleador que de acuerdo al derecho común le cabría.

Como se aprecia, la nueva regulación legal trata de forma sistemática, ordenada y separada estas dos formas de empleo, con un gran nivel de detalle y que otorga amplias armas para las entidades administrativas y judiciales a fin de hacer cumplir estas modalidades de trabajo con pleno respeto a los derechos laborales, fijando reglas que impidan la utilización torcida de la misma.

Sin embargo, el nivel de precisión del legislador no ha sido perfecto, ya que numerosas disposiciones nos generan amplias dudas de interpretación. En el caso de la subcontratación no nos queda clara, entre otras ambigüedades, la verdadera extensión de las indemnizaciones cubiertas por la responsabilidad solidaria, ni la forma en que efectivamente operará en la práctica la certificación de la Inspección del Trabajo sobre cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales. En relación al trabajo prestado a través de EST, tampoco tenemos alguna referencia acerca de cómo podría operar la sanción que sustituye a la EST por la usuaria como empleadora en caso de trasgresión a las normas sobre EST, en especial por el carácter indefinido que según la ley además pasa a tener dicho contrato de trabajo; también desconocemos el alcance de la responsabilidad subsidiaria

de la empresa usuaria, toda vez que ella se limita a decir que cubre las obligaciones laborales y previsionales y no entrega a aquella las facultades de información y retención como en la subcontratación; mucho menos queda claro cómo la jurisprudencia administrativa, y luego la judicial determinarán la relación o interés directo o indirecto en que podría incurrir una EST con una usuaria, en especial considerando la amplitud de la norma y la drástica sanción que genera.

Finalmente, han quedado fuera de la ley, sin haber sido discutidos siquiera, los sensibles puntos sobre la situación de los derechos colectivos de los trabajadores de EST, lo que evidencia el nulo esfuerzo del legislador por mejorar la ya menguada situación sindical en nuestro país. Aún más sensible resulta la carencia de toda norma sobre la equiparación salarial entre trabajadores que presten similares servicios, tema abordado por numerosas legislaciones incluyendo la de algunos países vecinos; lo más probable es que esta laguna provoque una competencia entre las EST radicada sólo en los precios de sus servicios, reduciendo a una mera función de rebaja de costos de producción esta forma de tercerización. Por último, la inclusión a mitad de camino de un nuevo concepto de empresa, demostró que tal modificación requiere de una discusión profunda y bien fundamentada; en todo caso la virtud de la fracasada intentona ha sido dejar de manifiesto el anacronismo de nuestra ley laboral en un punto tan sensible que ya ha sido asumido, como muchas otras materias desde antiguo, por el derecho comparado.

BIBLIOGRAFÍA

ABELUIK, René. Las obligaciones. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.1993.

AMEGLIO, EDUARDO. La regulación de las empresas de empleo temporal en Argentina, Colombia y Uruguay. En: Cuaderno de investigación N° 10, ¿Empresa sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Dirección Del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. Junio 1999. Págs. 39 - 55.

ARGENTINA. Ley de Contrato de Trabajo. [en línea] < http://www.trabajo.gba.gov.ar/delegaciones/biblioteca_deles/LN20744.pdf > [consulta: 30 julio 2006]

BRONSTEIN, Arturo. La Subcontratación Laboral. Versión revisada de ponencia presentada por el autor en el Seminario Internacional sobre El Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio, celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. [en línea] < <http://www.oit.or.cr/oit/papers/subcontrat.pdf> > [consulta: 26 julio 2006]

CAMARA DE DIPUTADOS. Chile. Boletín N° 4456-13. [en línea] < www.camara.cl > [consulta: 20 octubre 2006]

CHILE. Ministerio de Justicia. Código del Trabajo. Octava Edición Oficial. Editorial Jurídica de Chile. 2003.

CHILE. Ministerio de Justicia. Código Civil. Decimocuarta Edición Oficial. Editorial Jurídica de Chile. 2003.

CHILE. Ministerio de Justicia. Código de Comercio. Decimoquinta Edición Oficial. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

CHILE. Ministerio de Justicia. Código Tributario. Decimonovena Edición Oficial. Editorial Jurídica de Chile. 2004.

COLOMBIA. Código Sustantivo del trabajo. [en línea] < http://www.secretaria.senado.gov.co/leyes/c_sustra.htm > [consulta: 30 julio 2006]

CORTE SUPREMA. Sentencia de 4 de diciembre de 2003. [en línea] <<http://auca.cl/jurisprudencia/2004/11/responsabilidad-subsidiaria-laboral.html>> [consulta: 10 octubre 2006]

CORTÉZ, CLAUDIO. La responsabilidad subsidiaria en el trabajo prestado en régimen de subcontratación. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2002.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Encuesta Laboral (ENCLA). Departamento de Estudios. Santiago, Chile. 2005.

ECHEVERRÍA, MAGDALENA; SOLÍS, VALERIA y URIBE-ECHEVARRÍA, VERÓNICA. El Otro Trabajo. El suministro de personas en las empresas. Cuaderno de investigación N° 7. Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. 1998.

ECHEVERRÍA, MAGDALENA. Los riesgos laborales de la subcontratación. Aporte al debate Laboral N° 19. Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. 2006.

ECHEVERRÍA, MAGDALENA. El sentido de regular la subcontratación y las empresas de servicios transitorios. En: Revista Laboral Chilena. Mayo 2006. Santiago, Chile. Págs. 86 - 88.

ESPAÑA. Estatuto de Trabajadores. [en línea] < <http://www.ugt.es/DatoBasico/estatutoseptiembre05.pdf> > [consulta: 30 julio 2006]

ESPAÑA. Ley 14/1994 [en línea] < http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/l14-1994.html > [consulta: 28 julio 2006]

ESTER, MARÍA; HENRIQUEZ, HELIA y UGARTE, JOSÉ LUIS. Protección de los trabajadores. Estudio Nacional de Chile. 1999. [en línea] < http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/ll/er_back.htm > [consulta: 25 julio 2006]

FLORES, NAYA; LUCIO, YULY y SEPÚLVEDA CRISTIÁN. Responsabilidad del empleador en el derecho laboral chileno. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2005.

FORNO, FRANCISCO. La subcontratación en Chile: problemática jurídico labora. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Adolfo Ibáñez. Viña del Mar, Chile. 1999.

GUMUCIO, JUAN. Modificaciones al régimen de responsabilidad subsidiaria por obligaciones de contratistas y subcontratistas. (Ley N° 19.666). En: Revista Laboral Chilena. Abril 2000. Santiago, Chile. Págs. 91 - 93.

HERNÁNDEZ, MARTÍN. Antecedentes para un estudio cuantitativo del suministro de trabajadores. En: Cuaderno de investigación N° 10, ¿Empresa sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Dirección Del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. Junio 1999. Págs. 149 - 175.

KOCH, CARLOS. Proyecto de Ley que regula la Subcontratación y la Provisión de Servicios Temporales. En: Revista Laboral Chilena. Agosto 2002. Págs. 84 - 92.

LÓPEZ, DIEGO. La desregulación versus una nueva Regulación de las relaciones laborales. En: Revista Laboral Chilena. Mayo 2000. Santiago, Chile. Págs. 80 - 85.

LÓPEZ, JORGE. Los Contratos, Parte General. Tomo I. 2ª Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998.

OIT. La Relación de Trabajo. Informe V (1). Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. 2006. Ginebra, Suiza. [en línea] < <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf> > [consulta: 25 julio 2006]

OIT. La Relación de Trabajo. Informe V (2B). Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. 2006. Ginebra, Suiza. [en línea] < <http://www.ilo.org/>

[public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-2b.pdf](http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-2b.pdf) > [consulta: 25 julio 2006]

OIT. La Relación de Trabajo: Ámbito Personal. Reunión de Expertos sobre los trabajadores en situaciones en las cuales necesitan protección. Documento técnico de base. Ginebra, Suiza. 15-19 de mayo de 2000. [en línea] < <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/ifpdial/publ/mewnpr/index.htm> > [consulta: 26 julio 2006]

PALAVENCINO, CLAUDIO. La contratación a honorarios en la Administración Pública. El Estado como fuente de empleo precario. En: Revista Laboral Chilena. Julio 2000. Santiago, Chile. Págs. 75 - 81.

RAZETO, MANUEL y SANCHEZ FRANCISCO. Determinación del empleador en las relaciones laborales mediadas por un tercero. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2005.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. 2001. Vigésima Edición. Editorial Espasa Calpe. Madrid, España.

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Tomo LXXXVIII. Septiembre-Diciembre, 1991. Santiago, Chile.

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Tomo XCI. Enero-Abril, 1994. Santiago, Chile.

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA Y GACETA DE LOS TRIBUNALES. Tomo XCVIII. Mayo de 2002. Santiago. Chile.

REVISTA LABORAL CHILENA. Septiembre-Octubre de 2003.

REVISTA LABORAL CHILENA. Abril 2004. Santiago, Chile.

REVISTA LABORAL CHILENA. Abril 2005. Santiago, Chile.

SALA FRANCO, TOMÁS. La regulación legal de las empresas de trabajo temporal (E.T.T.) en algunos países Europeos. En: Cuaderno de investigación N° 10, ¿Empresa sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Dirección Del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. Junio 1999. Págs. 84 - 102.

SALA FRANCO, TOMÁS. Las empresas de trabajo temporal tras cuatro años de su implantación legal en España. En: Cuaderno de investigación N° 10, ¿Empresa sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Dirección Del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. Junio 1999. Págs. 103 - 129.

SENADO DE LA REPÚBLICA. Chile. Boletín N° 2.943-14. [en línea] < www.senado.cl > [consulta: 26 julio 2006]

TAPIA, FRANCISCO. La responsabilidad subsidiaria en el contrato de trabajo. En: Revista Laboral Chilena. Enero. 1994. Santiago, Chile.

TORRES, ROBERTO. La Reforma Laboral, los Contratistas y las Empresas de Servicios Transitorios. I Parte. En: Revista Laboral Chilena. Julio 2001. Santiago, Chile. Págs. 72 - 79.

TORRES, ROBERTO. La Reforma Laboral, los Contratistas y las Empresas de Servicios Transitorios. II Parte. En: Revista Laboral Chilena. Agosto 2001. Santiago, Chile. Págs. 80 - 87.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Chile. Sentencia de fecha 21 de agosto de 2006. Rol N° 534-2006. [en línea] < <http://www.tribunalconstitucional.cl/site/roles/ROL0534.pdf> > [consulta: 30 agosto 2006]

UGARTE, JOSÉ LUIS. El suministro de trabajadores y el trabajo temporal. ¿Empresas sin trabajadores? En: Cuaderno de investigación N° 10, ¿Empresa sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Dirección Del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. Junio 1999. Págs. 16 - 38.

UGARTE, JOSÉ LUIS. El suministro de trabajadores: el confuso debate a propósito de un Proyecto de Ley. En: Revista Laboral Chilena. Abril 2006. Santiago, Chile. Págs. 70 - 74.

VERGARA DEL RÍO, MÓNICA. Las empresas de trabajo temporal en Europa. Organización sindical y negociación colectiva. En: Cuaderno de investigación N° 10, ¿Empresa sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Dirección Del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. Junio 1999. Págs. 56 - 71.

VICENTE SANZ, PILAR. Las empresas de trabajo temporal en España. El derecho positivo. En: Cuaderno de investigación N° 10, ¿Empresa sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Dirección Del Trabajo, Departamento de Estudios. Santiago, Chile. Junio 1999. Págs. 130 - 148.

WALKER, FRANCISCO. Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque institucional. I Parte. En: Revista Laboral Chilena. Julio 1998. Págs. 69 - 78.

WALKER, FRANCISCO. Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque institucional. En: Revista Laboral Chilena. Agosto 1998. Págs. 71 - 77.

ANEXO

Texto completo de la Ley N° 20.123 que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, promulgada el 5 de octubre de 2006, y publicada el 16 de octubre del mismo año.