



Reconocimiento de situaciones de riesgo frente a las normas
relativas a la Subcontratación y Trabajos Transitorios.

Subcontratación v/s Suministro de mano de obra.

Procedimiento y Recomendaciones.

Proyecto Aprobado Próximo a ser Promulgado y Publicado.

Objetivo de este Memorandum.

El Proyecto de Ley de Subcontratación y Trabajo Transitorio introducirá importantes cambios a la legislación laboral, en lo relativo a los trabajos en el régimen de subcontratación y trabajo transitorio, hace aconsejable a las empresas que, desde ya, adopten medidas, tanto para conocer mejor la realidad en que éstas se encuentran frente a estos dos tipos de contratos, como asimismo, para explorar los riesgos a que puede estar expuesta con motivo de esta nueva normativa. La Ley empezará a regir 90 días después de su promulgación en el Diario Oficial, por lo que esperamos será en todo caso este año 2006. Analizaremos en este memorándum las materias que deberían ser objeto de una preocupación en las empresas, como asimismo, las modificaciones será aconsejables implementar en los contratos vigentes entre empresas denominadas “Empresas Principales” y aquellas prestadoras de los servicios, que ocupan trabajadores que deben desempeñarse en la obra o faena de propiedad de las Empresas Principales (Dueña de la obra, empresa o faena). Lo importante será diferenciar un subcontrato, en que los contratistas asumen obligaciones, por su cuenta y riesgo, de aquellas situaciones en que lo que se contrata es un mero suministro de mano de obra. Solo para recordar la diferencia entre uno y otro sistema, diremos que en el subcontrato, la Empresa Principal, responderá de las obligaciones del contratista o subcontratistas con sus trabajadores, en forma solidaria o subsidiaria, dependiendo del caso. En el contrato de suministro de mano de obra, en cambio, si no se cumplen con las condiciones en que estos pueden tener lugar, los trabajadores del suministrador serán considerados empleados, directamente de la empresa donde prestan los servicios, que se conoce como “Usuaría”. Lo anterior, sin perjuicio de las multas que se puedan aplicar a las empresas que dan los servicios y a las que los reciban.

1. **Faenas o servicios subcontratados.** Nos referimos en este caso a los servicios o faenas que las empresas encargan a terceros, que son prestados por “cuenta y riesgo”

de dichos terceros, que comúnmente se denomina “Contratistas”, y por los cuales se les pagan honorarios o un precio.

Ejemplos de estos servicios o faenas son múltiples pero podríamos mencionar los siguientes:

- (i) Contratos de ejecución y especialidades que celebra una empresa constructora , con otra , especialista en la función contratada;
- (ii) Labores de vigilancia contratadas a empresas especializadas;
- (iii) Servicio de suministro de alimentación que prestan empresas de ese rubro;
- (iv) Labores de aseo y jardines que se contratan a empresas especializadas en jardines y aseo;
- (v) Servicios de soporte técnico de mantención y reparación de computadores;
- (vi) Servicios de administración de personal, contratados con empresas que se encargan del cálculo, determinación y pago de remuneraciones y beneficios a personal de empresas que requieren dichos servicios;
- (vii) Servicios de reparación y mantención de maquinarias y equipos industriales;

2. **Identificación de Funciones en servicios o faenas subcontractadas.** El Proyecto prohíbe la contratación de servicios con terceros que signifique un mero suministro de personal salvo que este sea hecho por empresas autorizadas y registradas, y siempre, tratándose de obras de carácter temporal. La infracción a esta prohibición puede acarrear serias consecuencias para las empresas que usan los servicios (Usuarias) y para las empresas Suministradoras que presten servicios en forma no autorizada, por lo que, para evaluar los riesgos, es importante diferenciar que tipo de servicios se recibirá. Esta identificación de las funciones que están subcontractadas, es por lo tanto fundamental. Si de este análisis se llega a la conclusión que lo único que se requiere es un suministro de mano de obra y el tercero no asume responsabilidad alguna respecto de la labores que hagan sus trabajadores, podremos, con seguridad, estar frente a un contrato de suministro de mano de obra, esto es, de aquellos que solo deben darse en forma temporal y por empresas autorizadas. A continuación podemos enunciar los elementos mas importantes que las empresas deberían considerar en la contratación de servicios a un tercero, y el análisis de cada uno de ellos ayudará a decidir en que situación se encuentran:

- (i) Descripción de la ciencia, arte o técnica que requiere tener el tercero para poder prestar los servicios contratados;
- (ii) Descripción de las funciones que debe ejecutar el tercero;



- (iii) Análisis de los procedimientos que deberá seguir el tercero para la ejecución de las obras o prestación los servicios contratados:
 - (iv) Con quien se relacionarán y de quien recibirán instrucciones los empleados del tercero que trabajarán en la empresa para el cumplimiento del contrato;
 - (v) Descripción de las obligaciones, objeto de los contratos de prestación de servicios, que permitan claramente percibir que su incumplimiento puede ser sancionado como una violación del mismo y dar lugar a indemnización de perjuicios;
 - (vi) Lugar de prestación de los servicios. Este es un tema al que nos referiremos en el número 4 siguiente, por la complejidad que puede tener
3. **Elementos de la Subcontratación Claramente Definidos.** Si como consecuencia de tener claramente definidos los elementos indicados en el número anterior, de ello se puede concluir que no hay un mero suministro de mano de obra, sino que, por el contrario, estamos frente a ejecución de obras o servicios concretos, no debería haber preocupación de eventuales aplicaciones de multas o de que los trabajadores de las empresas que prestan los servicios sean considerados como empleados de las empresas usuarias. Esteremos frente a una verdadera subcontratación y por consiguiente serán aplicables las normas de la subcontratación y no las de suministro de mano de obra.
4. **Lugar de prestación de los servicios.** Si los servicios son prestados en los recintos de las empresas que reciben los servicios (Empresa Mandante o Principal), y se cumplen los demás requisitos de la subcontratación, no hay duda que podemos estar tranquilos con estos contratos. Diferente podría ser el caso en que los servicios que se subcontratan prestados fuera del recinto de la empresa mandante. Si se lee con detención la definición de contratos en el régimen de subcontratación que contiene el Art. 183-A del Código del Trabajo, recién incorporado por la Ley, podría aparentemente concluirse que, el lugar de prestación de los servicios debe necesariamente ser en los recintos de la empresa. En efecto dicho artículo, que contiene una suerte de definición de contratista, lo identifica como el que “..... se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada “Empresa Principal”, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas.”

De esta redacción, que no estaba en el proyecto original de la ley, se ha pretendido que los servicios que se prestan fuera de la empresa no serían servicios de subcontratación y que podrían entonces caer en la forma residual que dicho artículo tienen en su inciso siguiente que dispone: “**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.”

Creemos que no debiera ser esta la respuesta a esta hipótesis, ya que muchos servicios, respecto de los cuales no pueden existir dudas que son objeto de verdaderos subcontratos, serán efectivamente prestados fuera de los recintos de la empresa que recibe los servicios. Este será el caso de los trabajos subcontratados para la reparación de alumbrado eléctrico, los que empresas contratistas ejecutan para las empresas distribuidoras en la vía pública. Por otra parte, hay servicios, que siempre se prestarán fuera de los recintos de la empresa que recibe los servicios y que no configuran ni una subcontratación ni un suministro de personal. Considérese que las empresas que prestan servicios domiciliarios como agua, gas o luz, normalmente tienen trabajadores que trabajan en sus propias faenas industriales, esto es fuera de las instalaciones de la empresa que recibe este suministro. Nadie puede pretender que por esta circunstancia, el que reciba el suministro, debe ser responsable de las obligaciones laborales o previsionales de la empresa suministradora de los servicios. Por consiguiente, podremos concluir que, el lugar en que se presten los servicios, puede llegar a ser irrelevante, aunque lo normal es que los subcontratos tendrán efecto dentro de las instalaciones de la empresa. Por el contrario, pareciera que lo que normalmente ocurrirá es que cuando los servicios son prestados fuera de los recintos de la empresa, estaremos fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre subcontratación, limitándose la relación que se produzca a una solamente comercial o civil.

5. **Modificación de contratos existentes.** En materia laboral, conforme a un adagio jurídico, las cosas son lo que son y no lo que se dice que son. Esto significa que, de nada valen las estipulaciones o cláusulas contractuales que dicen enfáticamente ciertas cosas si estas, en la realidad resultan ser de otra forma. Será el juez laboral quien debe decidir, en los casos que le corresponda conocer, si los hechos, o la calificación de estos, corresponde a lo que se estipula en los contratos. Pero ello no significa que lo que se diga en los contratos sea del todo irrelevante. En efecto, la claridad de los contratos parece cobrar especial interés en el caso de los subcontratos y los hechos que configuran una subcontratación, especialmente para diferenciarlo de uno de suministro de mano de obra. Será importante dejar constancia en los contratos, mediante la modificación de los mismos, o mediante la celebración de nuevos contratos, que los elementos de la subcontratación, queden debidamente reflejados en ellos. Dicho de otra forma, elementos como los que se mencionan en el N° 2, i) a vi) de este informe, deben estar reflejados en los contratos para que exista la debida concordancia entre los hechos y los contratos.
6. **Formalidades contractuales recomendables.** Siguiendo con la idea indicada en el número anterior, puede ser recomendable que en los contratos se incorporen cláusulas que claramente tiendan a demostrar que existe una real prestación de servicios por cuenta y riesgo de la empresa contratista. Estas cláusulas pueden ser, a vía de ejemplo las siguiente:

- (i) Exigir garantías contractuales, como boletas bancarias o pólizas de seguro, para asegurar a las empresas el correcto cumplimiento de las obligaciones del contrato;
- (ii) Facultar al del Contratista para reemplazar el personal que emplee en el cumplimiento del contrato, con o sin la autorización o conocimiento previo de la empresa
- (iii) Someter a la decisión de árbitros de las disputas entre las partes, y no dejarlas simplemente entregadas a la justicia ordinaria, ya que estas cláusulas son propias de los contratos comerciales;
- (iv) Evitar, en lo posible, determinar el pago a la empresa contratista únicamente a la remuneración que esta hace a sus trabajadores más un plus.

7. **Control del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales.** Es claro que la responsabilidad de la empresa principal o mandante, que tiene desde ahora el carácter de “solidaria”, se disminuye o se elimina si esta ejerce un eficaz control en el sentido que los trabajadores que laboran en sus recintos o en sus faenas estén al día en sus derechos laborales y previsionales. Esto obliga a la empresa mandante o principal a controlar el cumplimiento de las obligaciones para con los trabajadores, pero ello siempre ha sido así. Si hay control del cumplimiento, disminuye el riesgo que trabajadores de terceros puedan accionar por obligaciones incumplidas. Lo mismo pasa respecto de las obligaciones emanadas de los accidentes del trabajo. Hoy día, esto es, aún antes de la entrada en vigencia de la Ley, esta responsabilidad ha sido creada por la jurisprudencia de los tribunales. Estos, en forma reiterada, aunque no unánime, hacen aplicables las normas sobre responsabilidad subsidiaria a las indemnizaciones por accidente del trabajo y de las indemnizaciones por años de servicios, aunque estas últimas limitadas al tiempo que trabajan en las empresas, obras o faenas. Ejemplo de los controles que podrán adoptarse en las empresas son los siguientes:

- (i) Control de todos los trabajadores que ingresen a los recintos de la empresa, sean estos empleados directos o de los contratistas o subcontratistas;
- (ii) Incluir en los contratos con los contratistas la obligación de estos de acreditar, documentalmente, que se están cumpliendo con las obligaciones laborales y previsionales respecto de sus empleados;
- (iii) Obtener autorización de las empresas contratistas y subcontratistas para revisar, vía Internet, el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales. Esto permite, con una fácil utilización de las herramientas de Internet que proporcionan las AFP; Isapres, Mutuales, Cajas de Compensación y otras entidades, obtener información sobre el cumplimiento o incumplimiento laboral y/o previsional;

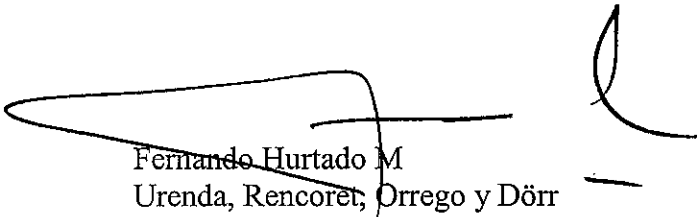
- (iv) Solicitar a las Inspecciones del Trabajo u otras entidades idóneas que se crearán, los certificados de cumplimiento de las obligaciones laborales y provisionales.
- (v) Controlar la utilización de los adecuados elementos de seguridad para los trabajadores de los contratistas y subcontratistas de modo de evitar o disminuir el riesgo de accidentes del trabajo; y
- (vi) Velar por que los seguros que cubran los accidentes dentro de las empresas, amparen a cualquier persona que se encuentre en ella, sean estos empleados o no. De esta forma, en caso de un siniestro, podrá buscarse una solución convenida con los afectados o con las familias de estos si se tratare de accidentes fatales. Esto podrá lograrse mediante la contratación de seguros o bien, asegurándose que cuando sean los contratistas o subcontratistas quienes contraten dichos seguros, consideren a la empresa como “asegurado adicional”.

8. **Casos dudosos de subcontratación o de suministro de mano de obra.** Esto es algo que podrá darse con frecuencia ya que la subcontratación propiamente tal y el suministro de personal, pueden presentar situaciones dudosas, ambiguas y limítrofes. En efecto, el suministro de mano de obra, es también, al igual que los subcontratos, un contrato de prestación de servicios, de carácter comercial o civil y crea por lo tanto obligaciones entre las partes. Lo que ocurra con los trabajadores que intervengan en estos servicios es lo que regula el Código del Trabajo, y serán los jueces del trabajo y la autoridad laboral administrativa (Dirección del Trabajo) los que deberán resolver en caso de dudas. En efecto, los siguientes ejemplos pueden ilustrar esta situaciones:

- (i) Una empresa X requiere el suministro de 100 trabajadores para hacer una excavación, necesaria en una faena de la construcción. Los contrata a la empresa Y quien los envía y cobra un precio por ese suministro, que cubre el valor de los jornales más una diferencia que es la utilidad del contratista. Podría sostenerse que ese contrato, regula efectivamente las obligaciones que la empresa Y asume, y que, además de suministrar personal asume obligaciones como que los trabajadores sean competentes; que tengan un rendimiento determinado por hora; que estén en buenas condiciones de salud u otros requisitos u obligaciones que tiendan a identificar los servicios “por cuenta y riesgo” de la empresa suministradora. Sin embargo, difícilmente dicho contrato podrá pasar el test que lo exima de ser un contrato de suministro de mano de obra. Por ello, esta empresa debería recurrir a empresas registradas y usar los servicios solo para faenas transitorias;
- (ii) por el contrario, un suministro de ingenieros mecánicos para la reparación de turbinas o maquinaria altamente sofisticada, ingenieros que deben contar con certificaciones de sus competencias, y con fuertes sanciones para las empresas contratistas si los ingenieros no cumplen con las calificaciones o eficiencias ofrecidas, podría estimarse que está mas cerca de ser un contrato de prestación de servicios, normal, esto es, distinto a uno de suministro de mano de obra.

- (iii) Será importante para definir en que situación nos encontramos, el análisis de las labores a desempeñar por los trabajadores. A mayor complejidad de los mismos, mas probable es que se logre asimilar el contrato a uno de subcontratación y no de mero suministro.
9. **Posibles efectos por el incumplimiento.** En caso de incumplimiento a las normas de suministro de mano de obra, esto es, cuando los servicios que se convienen como subcontrato, en definitiva son de mero suministro, pueden presentarse las siguientes situaciones:
- (i) Que la Dirección del Trabajo (a través de las Inspecciones del Trabajo) multe a las empresas suministradoras de mano de obra y/o a las empresas que reciben a los trabajadores. Si hay contratos bien preparados que, formalmente expliciten que se trata de algo distinto al mero suministro de mano de obra, entonces podrá accionarse mediante un recurso de protección en contra de la Inspección del Trabajo que intervenga en la multa. También se pueden presentar este tipo de recursos en caso de que se pidan antecedentes que demuestren la suscripción de contratos de trabajo directos entre los trabajadores y las empresas usuarias, bajo apercibimiento de multas. De esta forma, la acción por parte de la Inspección del Trabajo, podría no prosperar si tribunales, conociendo de estos recursos, anulan dichas multas.
- (ii) Que los trabajadores presenten demandas ante los tribunales. Esta opción es difícil para los trabajadores mientras estén trabajando, por cuanto arriesgan sus fuentes laborales. Debe tenerse presente que esta misma situación ha existido por años en la legislación laboral Chilena y este riesgo no ha creado problemas significativos a las empresas, si los trabajadores son oportunamente remunerados y se ha cumplido respecto de ellos las demás normas laborales y previsionales. En estos casos, el finiquito que obtengan al término de la relación laboral debiera incluir en el la indemnización por años de servicios y liberar a la empresa Usuaria y con ello se disminuye el riesgo de nuevas demandas.
- (iii) Que los sindicatos accionen, pidiendo descuentos de cuotas sindicales de las remuneraciones de los trabajadores suministrados, que hayan ingresado a dichos sindicatos por considerarse ahora, empleados de la Usuaria. Este parece ser el riesgo mas complicado, ya que los sindicatos son manejados por los dirigentes, que gozan del fuero laboral, y estos pueden sentirse atraídos para presionar de esta forma a las empresas, aumentando con ello la recaudación y la sindicalización. En todo caso no debemos olvidar que la sindicalización es una decisión personal de los trabajadores y éstos no pueden ser obligados a pertenecer a los sindicatos.
- (iv) Por último, serán los tribunales de justicia los que en definitiva deberán resolver el destino que tendrá esta ley. Es posible que estos interpreten la ley de una forma amplia, esto es, concluyendo que situaciones, aún en un área gris, sean

calificados como verdaderos subcontratos y no suministro ilegal de trabajadores, si proceder de otra forma crea situaciones incontrolables, a nivel de las empresas. Lo anterior, especialmente si respecto de los trabajadores involucrados, se ha dado cumplimiento a las obligaciones laborales y previsionales, por lo que éstos no están desprotegidos.



Fernando Hurtado M
Urenda, Rencoret, Orrego y Dörr

Santiago, 6 de Septiembre de 2006.