



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Ugarte Cataldo, José Luis

Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores

Ius et Praxis, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 11-29

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19712102>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista Ius et Praxis, 12 (1): 11 - 29, 2006

I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores.

José Luis Ugarte Cataldo¹

¹ Abogado, Profesor de Derecho, Universidad de Talca y Alberto Hurtado. Recibido el 21 de abril de 2006 y aceptado el 28 de junio de 2006.

Resumen

Las relaciones laborales triangulares puede adoptar, en lo fundamental, dos modalidades: la subcontratación laboral y el suministro de trabajadores por la vía de una empresa de trabajo temporal. La primera se refiere a la situación en que una empresa, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido. La segunda, en cambio, consiste en que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores (empresa suministradora o de trabajo temporal), pone a disposición de otra empresa (denominada usuaria), por el pago de un precio determinado, los servicios laborales de sus empleados, reteniendo para sí la calidad formal de empleador.

En Chile, mientras la figura de la subcontratación laboral data de antiguo, y está regulada en la legislación vigente, el caso del suministro es distinto: sólo en los últimos años se presenta como un fenómeno de relevancia para la comunidad jurídica nacional, en directa relación con el momento de moda que vive la denominada descentralización productiva, que no se encuentra, por lo demás, reconocida en nuestra legislación laboral.

La regulación de ambos tipos de relaciones triangulares es el objetivo al que va a la dirigido nueva ley de subcontratación: por una parte, se

reconoce y regula por primera vez en Chile la figura del suministro de personal a través de lo que denomina empresas de servicios transitorios, y se perfecciona, por otra, la regulación de la subcontratación laboral mediante nuevas normas sobre la responsabilidad del dueño de la obra.

Descriptores

Subcontratación laboral, suministro de trabajadores, relaciones triangulares de trabajo, empresas de servicios transitorios, contrato de puesta a disposición, responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra.

Abstract

The triangular labour relations could basically adopt two modalities: labour subcontracting and the supplying of workers by a temporary company employment. The first refers to a situation where a company, holding a job contract or task hires another company denominated contractor, through a civil or commercial contract so that it can execute on its own account and risk with its own workers, a specified job or service, which later in turn can hire another company, denominated subcontractor so that it can carry out the work or the required service. The second on the other hand consists of a company whose line of business corresponds to the supplying of workers (Supplier Company or temporary labour) and remains in disposition of another company to do the labour services of its owners for a fixed price, retaining thus the formal quality of an employer.

In Chile, while the image of the subcontractor dates from antiquity and is regulated in the current legislation, the case of the supplier is different: only in the last years a phenomenon of relevance is presented for the national judicial community in direct relation to the momentary popularity experienced by the so called productive decentralization which is not found, for that matter, recognized in our labor legislation.

The regulation of both types of triangular relations is the objective to which the new law of subcontracting is directed: on one hand, for the first time in Chile, the image of the supplier of persons through the company of temporary services is recognized and regulated. On the other hand the regulation of the labor subcontractor is improved through new norms about the responsibility of the owner of the task.

Key words

Labor subcontractor, supplier of workers, triangular work relation, company of temporary services, contract at disposal, job owner's subsidiary responsibility.

I.- Aspectos generales.

Las relaciones laborales triangulares se refieren a aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica tres partes: dos empresas que se vinculan para la prestación de servicios comerciales entre ambas, y el trabajador que en la prestación de servicios subordinados queda posicionado entre ambas.

Están de moda en Chile y en el mundo. Así las cifras indican que en el 2004 el 50.5 por ciento de las empresas señala haber recurrido a la subcontratación laboral, cifra que en 1999 llegaba a 42.9 por ciento. De este modo en Chile una de cada dos empresas tiene algún tipo de relación laboral triangular².

Asimismo, mientras se calculaba que 1984 existían 3 empresas de servicios de suministro de personal, en la actualidad es posible contar más de 150, que cubren a un 7.3 por ciento de la fuerza laboral con aproximadamente unos 220.000 trabajadores suministrados³. Dicha expansión del trabajo temporal no es, obviamente, una exclusividad de Chile. Con cifras al año 2000, es posible percibir la presencia de empresas dedicadas al suministro en diversos países que tienen regulada legalmente la figura: en Alemania habían registradas 2499 empresas del rubro, 430 en España y en Gran Bretaña más de 5000.

Las relaciones laborales triangulares son el resultado del proceso de externalización empresarial.

La externalización, como forma de implementación de la descentralización productiva, tiene dos facetas fundamentales: por una parte, produce un adelgazamiento de la estructura productiva de la empresa, a través de una nueva concepción de la estructura organizativa en la que se renuncia al crecimiento interno, popularizada bajo la expresión *downsizing*, y por otro lado, se genera una modificación en la estructura laboral de la empresa, dando lugar al fenómeno del *outsourcing* o triangulación laboral.

Es el fenómeno de la trilateralidad laboral, que se produce cuando la actividad

desplazada hacia fuera de la empresa, es asumida por una empresa, en principio, distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de esta última, que prestan servicios en los hechos para ambas.

Ahora, la trilateralidad laboral puede adoptar, en lo fundamental, dos modalidades: la subcontratación laboral y el suministro de trabajadores por la vía de una empresa de trabajo temporal.

La primera se refiere a la situación en que una empresa, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido.

La segunda, en cambio, consiste en que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores (empresa suministradora o de trabajo temporal), pone a disposición de otra empresa (denominada usuaria), por el pago de un precio determinado, los servicios laborales de sus empleados, reteniendo para sí la calidad formal de empleador.

En Chile, mientras la figura de la subcontratación laboral data de antiguo, y esta regulada en la legislación vigente, el caso del suministro es distinto: sólo en los últimos años se presenta como un fenómeno de relevancia para la comunidad jurídica nacional, en directa relación con el momento de moda que vive la denominada descentralización productiva, que no se encuentra, por lo demás, reconocida en nuestra legislación laboral.

II.- La regulación del suministro de trabajadores y la subcontratación laboral.

En ese sentido, ¿cuáles son las diferencias que es posible trazar entre la subcontratación y el suministro de trabajadores?.

En lo conceptual es posible advertir las siguientes diferencias:

- a.) En la subcontratación la potestad de mando es ejercida efectivamente por la empresa contratista o subcontratista, en el suministro de trabajadores dicho poder es ejercido por la empresa usuaria del suministro.
- b.) En la subcontratación el objeto del contrato civil o comercial entre la empresa principal y la empresa contratista o subcontratista es la

ejecución de una obra o la prestación de un servicio para el cumplimiento de una etapa productiva, en el suministro de trabajadores la relación entre la empresa usuaria y la empresa suministradora sólo tiene por objeto el suministro de trabajadores.

La diferencia entre suministro de trabajadores y subcontratación desde el punto de vista jurídico es fundamental: la figura de subcontratación laboral ha sido expresamente contemplada por el legislador en el artículo 64 y 64 bis del Código del Trabajo, mientras que la figura del suministro de trabajadores en los términos explicados, es completamente extraña a nuestro orden laboral, que no la reconoce.

El artículo 64 del Código del Trabajo, se refiere a la figura en que una empresa, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido. En este caso, se requiere que todas las empresas utilicen sus propios trabajadores, no existiendo suministro de mano de obra propiamente tal.

En consecuencia, los problemas de los trabajadores en ambas figuras son distintos: en la subcontratación los problemas pasan por el cumplimiento efectivo de la legislación existente, especialmente de la responsabilidad subsidiaria de la mandante o empresa principal, y en la equiparación de las condiciones salariales entre estos trabajadores y los que están directamente contratados por la empresa dueña de la obra.

A estas figuras se refiere nueva legislación conocida públicamente como ley sobre subcontratación laboral⁴.

La regulación propuesta para la subcontratación no es sino una reforma de la legislación vigente (art. 64 y 64 bis del Código del Trabajo), mejorando los derechos de los trabajadores ya existentes. En cambio, en el caso del suministro el proyecto viene a ser la primera regulación de los derechos de los trabajadores cedidos en Chile, centrándose aquí la gran utilidad legislativa del proyecto de ley actualmente en el debate.

III.- La nueva ley sobre subcontratación laboral: de la responsabilidad subsidiaria a la solidaria.

La regulación de la subcontratación consagra como eje principal la responsabilidad subsidiaria en cadena de la empresa principal o mandante, con respecto a los derechos laborales de los trabajadores de sus contratistas⁵. En los mismos

términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos (artículo 64). Además el dueño de la obra también responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad en contra del contratista.

En el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, así como cuando el dueño de la obra, empresa o faena fuere demandado subsidiariamente conforme a lo previsto en el artículo 64, éste **podrá retener** de las obligaciones que tenga a favor de aquél, el monto de que es responsable subsidiariamente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas

La nueva ley tiene como idea central el reforzamiento de la protección laboral del trabajador subcontratado por medio del perfeccionamiento de las reglas ya existentes en la materia (artículo 64 y 64 bis CT). Dichas reglas, como acabamos de reseñar, tienen como herramienta fundamental la asignación al dueño de la obra o mandante de una responsabilidad jurídica subsidiaria (opera sólo en caso de que el deudor principal, esto es, el empleador no cumpla con el pago de las obligaciones laborales, dotando al dueño de la obra del beneficio de excusión).

Esta responsabilidad subsidiaria es para el mandante y dueño de la obra de carácter indirecto, en cuanto su exigibilidad depende no de un hecho propio, sino de un hecho ajeno: el no cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de la empresa contratista. En ese sentido, el esquema legal de protección laboral del trabajador de empresas contratista y subcontratista se construye sobre un modelo simple: en primer lugar, responsabilidad jurídica directa de la empresa contratista, y por tanto deudor principal de las obligaciones laborales, y en segundo lugar, en defecto de la anterior, la responsabilidad jurídica subsidiaria e indirecta por parte del dueño de la obra o mandante.

Precisamente a perfeccionar este modelo simple de responsabilidad subsidiaria e indirecta de la empresa mandante o dueña de la obra, va dirigido la nueva legislación. Está perfecciona estas regulaciones en los siguientes sentidos:

1.- Se incorpora por primera vez en la legislación laboral chilena un concepto de lo que se denomina trabajo "en régimen de subcontratación", que pone acento en dos aspectos fundamentales: a.) debe existir un contrato entre el mandante y la empresa contratista, que puede ser de cualquier naturaleza jurídica y que debe tener por objeto la ejecución de una obra o servicio, sin restringir el tipo de obra o servicio de que se trata, y b.) que la empresa contratista realice dicha obra o servicio, por su cuenta y riesgo y ejerciendo el mando de su propios trabajadores. Se excluyen del régimen de subcontratación las obras o servicios esporádicos u ocasionales.

De no cumplirse con las condiciones a.) o b.), la situación respectiva no podrá ser calificada de trabajo en "régimen de subcontratación", sino que, como lo declara expresamente el artículo 183 A, debe ser considerado el dueño de la obra como empleador y responder legalmente como tal.

2.- Se establece un modelo de responsabilidad laboral que perfecciona el vigente:

2.1.- Se consagra la responsabilidad subsidiaria y en cadena del mandante o dueño de la obra. El dueño de la obra o mandante responderá subsidiariamente con respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a sus empresas contratistas. También responderá en la misma calidad en caso de las obligaciones laborales que afecten a las empresas subcontratistas, cuando estas no puedan exigirse de las empresas contratistas en su calidad de responsable subsidiario inmediato.

2.2.- Se establece una responsabilidad subsidiaria amplia. La ley soluciona cuestiones que se habían debatido en la jurisprudencia judicial: primero, el mandante responderá de todas las obligaciones laborales y previsionales, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral, y segundo, dicha responsabilidad quedará limitada temporalmente al periodo durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para el mandante (art. 183 B).

2.3.- Se establece una responsabilidad directa del mandante en materia de seguridad e higiene. En efecto, el mandante tiene la obligación, junto al contratista, de disponer de todas medidas necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores subcontratados en la faena respectiva (Art. 183 E).

2.4.- Se establece una responsabilidad solidaria. La ley establece, como mayor novedad en la materia, un agravamiento de la responsabilidad del mandante, pero no por un hecho del contratista (como sería, por ejemplo, el no pago de las obligaciones laborales), sino por un hecho suyo: debe responder solidariamente por no haber ejercidos los derechos de control que la ley le otorga (art.183 D). Si ejerce los derechos de control, el empleador queda en la misma situación actual; responde subsidiariamente, si no los ejerce, su responsabilidad se agrava, respondiendo solidariamente.

La justificación de este norma legal es buscar incentivar el sistema de autocontrol del cumplimiento de la legislación laboral: el mandante ve agravado su grado de responsabilidad de subsidiaria a solidaria por el hecho propio de no ejercer los derechos que la ley le otorga -de información y retención-. Estos derechos van

dirigidos, precisamente, a velar por el respeto de los derechos del trabajador en régimen de subcontratación.

Es obvio que la posición jurídica prevalente del mandante respecto del contratista, reforzada legalmente por la atribución legal de los derechos de información y retención, justifican plenamente que debe verse agravada su responsabilidad cuando, por su propia falta de diligencia en el ejercicio de esos derechos, el pago de las obligaciones laborales y provisionales se vea en situación de no ser integrados.

3.- Se reconfiguran los derechos de control que la ley laboral le otorga al mandante respecto de la empresa contratista: el derecho de información y derecho de retención (art. 183 CT).

El mandante tiene derecho a ser informado por el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, tanto de los trabajadores del contratista como del subcontratista. En dicho caso, el cumplimiento deberá acreditarse o por certificados emitidos por la Inspección del Trabajo o por medios idóneos que garanticen dichos derechos⁶.

En caso de que no se acredite el cumplimiento, el mandante debe ejercer el derecho de retención de las obligaciones que tenga a favor del contratista o subcontratista respectivo, el monto de que es responsable subsidiariamente, debiendo **pagar con dicha retención al trabajador o institución provisional acreedora** (art. 183 CT).

Antes estos derechos se establecían en único interés del mandante en cuanto le permite cautelar su eventual situación de responsabilidad subsidiaria, siendo su ejercicio de algún modo facultativo o voluntario. En la ley de subcontratación se les reconfigura y pasan al mismo tiempo de cautelar el interés del mandante a proteger los derechos del trabajador: su falta de ejercicio efectivo genera para el mandante, a modo de consecuencia jurídica, una intensificación de su responsabilidad: de subsidiaria a solidaria.

De este modo, la ley genera un sistema de protección del trabajador en régimen de subcontratación que opera en dos niveles: primero, la responsabilidad directa del contratista en su calidad de empleador, y segundo, la responsabilidad indirecta del mandante en calidad de tercero responsable subsidiariamente, quien, además, y aquí el gran aporte de la reforma legal en estudio, responde de las obligaciones laborales que corresponda, en caso de no haber ejercido oportunamente los derechos de control que la ley le otorga, ahora en calidad de tercero responsable solidariamente.

IV.- El debate legal sobre el suministro de trabajadores.

Los problemas del suministro son más graves que la subcontratación. No puede determinarse quien es el empleador para efectos legales laborales, y la empresa usuaria no se hace responsable ni directamente ("los contratos están suscritos con la suministradora" alegan en los Tribunales y hasta ahora la Corte Suprema los apoya al inhabilitar en sus fallos sobre la materia a la Dirección del Trabajo por "carecer de competencia legal"), ni indirectamente como responsables solidarios o subsidiarios (porque no existe ninguna norma legal que los obligue como sí ocurre en la subcontratación). Además quedan una serie de derechos constitucionales y laborales, en el aire, sin poder ser ejercidos, especialmente los de carácter colectivo, no se pueden sindicalizar ni negociar colectivamente con la empresa usuaria donde trabajan porque no son sus empleados.

Son por así decirlo, los trabajadores ideales para la usuaria: no tiene contrato formal de trabajo con ella, no hay que responder por sus derechos laborales ni previsionales, no se sindicalizan y no negocian colectivamente, y por si fuera poco, si solicitan la intervención de la autoridad administrativa, los Tribunales de Justicia consolidan toda esta situación declarando que la Inspección del Trabajo carece de competencia en esta materia.

¿Cómo se soluciona esta sui generis situación legal - una tierra de nadie- en la que se encuentran los trabajadores suministrados por empresas de trabajo temporal?.

Esa pregunta no tenía respuesta en la ley laboral en Chile. Como decía en una nota de prensa el Presidente de la Confederación de Trabajadores del Comercio "estos trabajadores trabajan sin Dios ni ley" (Diario Siete, 5 de Enero del 2006).

En efecto, dicha figura no estaba reconocida por nuestro legislador: los trabajadores tiene día a día, cara a cara, una relación laboral con un empleador "real" (empresa usuaria), quien no obstante no asume ninguna responsabilidad y que al momento de plantear sus exigencias laborales los reenvía a tratar con un empleador "fantasma" (empresa de trabajo temporal), y cuando reclaman la protección de la Dirección del Trabajo para que haga exigible el cumplimiento de las disposiciones laborales respectivas frente al empleador real, dicha acción se ve paralizada mediante declaraciones de incompetencia de los Tribunales de Justicia, obtenidas por la vía de la acción de protección, quedando la acción fiscalizadora, entonces, centrada en la empresa de trabajo temporal, quien, paradójicamente, no tiene mayor contacto laboral diario y permanente con el trabajador, salvo firmar el contrato de trabajo y en algunos casos, para el pago de las remuneraciones.

Lo extraño y precario de la peculiar situación que los trabajadores suministrados, hizo plantear la temática acerca de buscar e introducir una posible regulación legal en nuestro orden laboral para el suministro de trabajadores, que permitiera resolver las inquietudes que esta figura genera: ¿puede ser considerado empleador una empresa que no tiene mayor contacto laboral con los

trabajadores?, ¿es correcto que la empresa que recibe día a día la prestación de servicios no asuma ninguna responsabilidad en el ámbito laboral?, ¿el suministro de trabajadores requiere que la labor suministrada sea sólo transitoria?, ¿cómo se ejercen los derechos colectivos de los trabajadores suministrados, especialmente la sindicalización y la negociación colectiva?, ¿qué ocurre con las diferencias salariales entre los trabajadores suministrados y los contratados directamente por la empresa usuaria?, ¿quién responde en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales?.

De no haberse regulado esta figura, el suministro de trabajadores en Chile habría seguido presentando rasgos que abiertamente perjudican al trabajador cedido:

- a.) A través de esta figura se genera una vía de restricción de los derechos laborales para los trabajadores suministrados frente a la empresa usuaria, especialmente la posibilidad de negar a dichos trabajadores que formen parte de sindicatos y de negociaciones colectivas dentro de la empresa. Son en alguna medida trabajadores excluidos de la libertad sindical efectiva.
- b.) Es difícil de sostener que la empresa usuaria, donde el trabajador temporal presta sus servicios diariamente y respecto de la cual tiene deberes laborales, no tenga ninguna responsabilidad legal frente al trabajador. Cabe señalar, sin embargo, como veremos más adelante, que esta objeción del trabajo temporal ha sido superada, en la legislación comparada mediante el establecimiento de la responsabilidad laboral solidaria de la empresa usuaria o, en su defecto, la responsabilidad subsidiaria.
- c.) El trabajo suministrado como se da en la realidad laboral chilena corresponde a un caso paradigmático de precarización del empleo, que se traduce en la diferencia de estabilidad laboral que existe entre el trabajador permanente y el suministrado. Aún los más benevolentes con esta figura señalan que aunque el empleo suministrado no es forzosamente sinónimo de trabajo precario, no deja de ser un paliativo insuficiente para muchos temporeros que buscan una situación estable.
- d.) Existe una notable discriminación laboral en materia de suministro en Chile: mientras los trabajadores contratados directamente por la usuaria gozan de cierta estabilidad laboral, asociada a beneficios y garantías laborales, los trabajadores suministrados, en muchas ocasiones, haciendo la misma labor o desempeñando la misma función, reciben un trato sensiblemente distinto, asociado a menos beneficios (tanto materiales como económicos), menos garantías (existe mucha contratación a honorarios) y peores salarios.

Precisamente estas, entre otras, razones hicieron que se prohibiera inicialmente en las legislaciones laborales nacionales el suministro o cesión de trabajadores, prohibición adicionalmente refrendada a nivel internacional con el Convenio de la OIT sobre agencias de colocación (N°96). Sólo en la década de los noventa comenzó a ganar carta de legitimidad, como una forma de buscar flexibilizar las relaciones de trabajo, permitiendo que las empresas recurrieran a otras empresas en búsqueda de mano de obra por razones temporales, sin necesidad de contratar directamente a dichos trabajadores. Así diversos países que hasta fines de los ochenta prohibían esta figura, comenzaron a reconocerla y regularla: España en 1994, Italia en 1997 y en nuestro propio entorno Colombia en 1990⁷.

Además se le reconoció como figura legítima en el ámbito de la legislación internacional del trabajo con el Convenio N° 181 de la OIT, sobre agencia privadas de empleo (1997).

La recepción, sin embargo, siempre bajo la premisa fundamental de que para el Derecho del Trabajo las relaciones triangulares no son normales, éste sólo las acepta a título de excepción, justificándolas tradicionalmente desde un punto de vista económico, y que cuando las establece, reconoce la posibilidad de este tipo de relaciones de trabajo en tanto que excepción a un principio general.

En ese contexto, Chile se encontraba casi como una excepción en el plano internacional, ya que no se reconocía esta figura, cuestión que precisamente pretende ser salvada por la ley objeto de este artículo.

V.- La ley sobre suministro de trabajadores: las empresas de servicios transitorios.

La nueva ley reconoce y regula por primera vez en Chile la figura del suministro de personal a través de lo que denomina empresas de servicios transitorios.

La regulación se centra en tres ejes fundamentales:

Primero, se regula las empresas de servicios transitorios (EST) para garantizar que no se trata de simples artificios jurídicos, que tengan por objeto servir sólo de medio de las empresas usuarias para evadir obligaciones laborales.

Segundo, se regula la cesión del trabajador propiamente tal, esto es, la relación entre la EST, la empresa usuaria y los trabajadores suministrados, para garantizar que el suministro tenga un carácter transitorio, evitando que se transforme en una forma permanente de contratar trabajadores por parte de las empresas usuarias.

Tercero, se regula la situación jurídica de la empresa usuaria con el objetivo fundamental de establecer un mecanismo de responsabilidad para que esta

responda por las obligaciones laborales del trabajador.

Estas tres líneas de regulación modificarán el actual panorama del suministro de trabajadores: donde las EST no tiene que cumplir ningún requisito en particular (lo que facilita las suministradoras de papel o artificiales), el suministro de trabajadores es permanente (lo que permite que por años trabajadores laboren para la usuarias sin derechos sobre estas), y por ultimo, no hay regulación de la situación jurídica de las empresas usuarias (lo que genera una suerte de impunidad legal en materia laboral no respondiendo por ninguna obligación laboral ni siquiera a titulo de responsable subsidiario).

Revisemos estas líneas de regulación:

5.1. - Las empresas de servicios transitorios.

a.) Las empresas que desarrollen el suministro de recursos humanos tendrán por ley un objeto social único (art. 183 F) y no podrá ser filiales o coligadas de la empresa usuaria (art. 183 I). Hoy las usuarias crean en muchas ocasiones sus propias empresas de suministro sólo con el objeto de que los trabajadores no tengan contratos con ella, por eso es posible en Chile encontrar en un mismo centro de trabajo, decenas de empresas suministradoras actuando para una sola usuaria, como ocurre, por ejemplo, con las multitiendas (art. 183 I).

b) Las empresas de trabajo temporal deberán constituir una garantía para el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales, mediante un depósito a través de instrumentos financieros constituidos a nombre de la Dirección del Trabajo, contra el cual se pagarían las obligaciones laborales o previsionales pendientes de la empresa de trabajo transitorio. La garantía tiene un monto de 250 UF aumentada por cada trabajador suministrado en 1 UF por sobre 100 trabajadores, 0.7 UF por sobre 150 y 0.3 por sobre 200.

La garantía es una exigencia común en el derecho comparado: se exige cauciones monetarias en Italia, Portugal, España, Argentina y Colombia.

c.) A efectos de permitir una adecuada información y publicidad sobre estas empresas así como supervisar el cumplimiento de los requisitos de constitución, éstas debieran registrarse ante la Dirección del Trabajo.

Dicho registro será requisito necesario para el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios, y la cancelación de la inscripción en dicho registro importará la extinción de la respectiva empresa de

servicios transitorio. La exigencia de registro público de la ETT es una regla en el derecho comparado: se exige en Alemania, España, Italia, Gran Bretaña, Irlanda, Colombia, Argentina.

5.2.- El contrato de puesta a disposición y el trabajador transitorio.

a.) El suministro de trabajadores debe ser transitorio, y basado en requerimientos excepcionales de una empresa usuaria. Hasta ahora el suministro en Chile ha sido permanente, pudiendo extenderse por varios años que el trabajador preste servicios a la empresa usuaria sin que se genere un vínculo jurídico entre ambos.

La regulación, por tanto, precisa las causas específicas que permitan el suministro:

- 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;
- servicios temporales, tales como aquellos derivados de organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros eventos extraordinarios;
- proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados;
- período de inicio de actividades en empresas nuevas, el que no podrá exceder de 180 días contados desde la suscripción del primer contrato de trabajo, cualquiera sea el tipo de éste;
- aumentos ocasionales o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria;
- aumentos estacionales de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria;
- trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria;

Podría considerarse que las causales son extremadamente ambiguas y amplias, lo que es en cierta medida cierto, pero la transitoriedad del suministro viene efectivamente garantizada por el tiempo máximo que

de duración de la cesión del trabajador: de 90 hasta 180 días según el caso de que se trate, sin posibilidades de renovación (art.185).

Al igual que en el derecho comparado, el suministro es siempre transitorio: en Bélgica el contrato sólo puede tener una duración máxima de tres a seis meses, en Dinamarca no puede exceder de tres meses y no es renovable, en Alemania el plazo máximo es entre nueve meses y un año, y en el resto de los casos, como en Francia, si bien no se fija tiempo máximo, se le liga a que la tarea o función a desempeñar sea transitoria.

b.) El suministro de trabajadores se restringe en relación al tipo de actividad que puede desempeñar el trabajador cedido, prohibiendo el proyecto de ley que se utilice esta figura en los casos que señala: para realizar tareas de alto directivo (gerentes y subgerentes que tengan poder de representación de la empresa), para ser cedidos a otras empresas usuarias y especialmente se prohíbe el suministro para el reemplazo de trabajadores en huelga dentro de una negociación colectiva⁸.

5.3.- Situación legal de la empresa usuaria.

a.) Se le reconoce la calidad de empleador a la empresa de servicios transitorios con respecto a los trabajadores suministrados o cedidos, por lo que debe responder legalmente de todas las obligaciones laborales y previsionales que correspondan.

De acuerdo a las reglas generales esa calidad no le corresponde: como no hay excepción al artículo 3 del Código del Trabajo, la ETS no debería ser considerada empleador, ya que el mando y la dependencia corresponde a la empresa usuaria. La nueva ley altera las reglas generales, considerando empleador a quien no ejerce el mando y la subordinación, a cambio de una regulación que garantice los derechos de los trabajadores.

b.) La ley considera un régimen de responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores suministrados, equiparando en esta materia a los trabajadores suministrados y los trabajadores en régimen de subcontratación.

Se trata de una norma fundamental: hasta ahora las empresas usuarias no tenían ningún tipo de responsabilidad respecto de los trabajadores suministrados, encontrándose aquí una de las razones más evidentes de la situación de precariedad laboral de estos

trabajadores.

c.) Se establece una responsabilidad directa de la empresa usuaria en materia de higiene y seguridad: el proyecto señala que será de responsabilidad directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Ley N° 16.744, especialmente las medidas de prevención de riesgos que deba adoptar respecto de sus trabajadores permanentes.

d.) La ley cierra el andamiaje normativo descrito con un sistema de sanciones en contra de la empresa usuaria en casos de infracción y de fraude a la ley:

En el primer caso, la usuaria responde por infracción a la ley laboral cuando contrate a un trabajador de servicios temporarios por intermedio de empresas no inscritas en el registro que para tales efectos llevará la Dirección del Trabajo. La sanción será, aparte de la multa que corresponda, que el trabajador respectivo se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común (art. 183 AA).

En el segundo caso, la usuaria responde por fraude a la ley laboral cuando ha celebrado contratos de trabajo en supuestos distintos a aquellos que justifican la contratación de servicios temporarios, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley, considerándose el trabajador 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 (artículo 183 U).

VI.- Notas finales: algunos aspectos pendientes.

En ese sentido, para concluir, una propuesta como la descrita arriba, recoge las líneas más avanzadas de regulación del fenómeno del suministro en el derecho comparado, atendido que durante la década de los noventa se ha producido su legalización dentro de buena parte de los países del mundo, bajo las directrices del Convenio N° 181 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre agencias privadas de empleo.

A pesar del notable avance que el proyecto representa tanto para los trabajadores suministrados como los subcontratados en Chile, existen ciertos puntos pendientes que deberían ser objeto de debate en futuras reformas a la ley definitivamente aprobada.

Dichos puntos pendientes son fundamentalmente los siguientes:

En primer lugar, el denominado problema de la equiparación salarial, que es un problema común al trabajo en régimen de subcontratación como al suministro de trabajadores. Uno de los aspectos más relevantes en el debate público del tema en Chile respecto de ambas figuras de trabajo triangular corresponde a las sensibles y discriminatorias condiciones de trabajo, especialmente salariales, en que se desempeñan los trabajadores subcontratados o suministrados respecto de los trabajadores directos de la empresa dueña de la obra o de las empresas usuarias que realizan el mismo trabajo.

En rigor, las propuestas del Gobierno no han buscado solucionar directamente este problema de las diferencias remuneracionales entre los tipos de trabajadores. El ley de subcontratación laboral, ni en su versión original, ni en las últimas indicaciones al proyecto aprobado por el Senado, recoge ni da respuesta a este problema: aún con ese proyecto transformado en ley, sigue siendo plenamente legal establecer condiciones de remuneraciones inferiores para trabajadores subcontratados o suministrados, a pesar de realizar el mismo trabajo que los directamente contratados por las empresas principales.

La ley no tiene ninguna norma destinada a solucionar este problema de discriminación laboral, referida principalmente a las remuneraciones.

Una solución, políticamente muy interesante y novedosa, expresión de un derecho fundamental en lo laboral de no-discriminación arbitraria ("a igual trabajo, igual remuneración"), y que evita de paso que el negocio de la triangulación laboral se centre en la precariedad laboral, sería derechamente exigir en que se incorpore al proyecto de ley la denominada **"equiparación salarial para igual trabajo", de modo tal que, de realizar la misma tarea, el trabajador subcontratado o suministrado tenga derecho a recibir igual remuneraciones que el trabajador directamente contratado por la empresa mandante o usuaria.**

Esta regla legal ya existe en el derecho comparado. En España, la ley 29/1999, de 16 de julio de 1999, estableció la denominada *"equiparación salarial"* entre los trabajadores directo y los suministrados por vía de una empresa de trabajo temporal: *«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»*⁹. Y en el mismo sentido, el artículo 79 de la Ley N° 50, que 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".

En segundo lugar, y para concluir, cabe señalar que un aspecto especialmente problemático, aunque menos urgente que el anterior, en el caso del suministro de trabajadores que este proyecto legaliza, corresponde al difícil escenario que enfrenta el ejercicio de derechos colectivos del trabajo, particularmente la sindicalización y la negociación colectiva.

Los trabajadores suministrados prestan servicios en diversas empresas usuarias, sin conexión entre ellas, y las condiciones de trabajo no están determinadas por su empleador común (la empresa suministradora), sino por las empresas usuarias donde prestan servicios, las que tienen sus propios sindicatos y regulaciones colectivas.

La ley no aborda este punto, y sería deseable en el futuro buscar una formula para facilitar el ejercicios de derechos constitucionales del trabajador, especialmente la libertad sindical, donde una formula interesante a explorar sería atribuir al sindicato de la empresa usuaria cuando exista la representación sindical de estos trabajadores, si ellos se lo solicitan, y en todas aquellas materias referidas a condiciones comunes de trabajo que afecten a este tipo de trabajadores, aunque sin incluir la negociación colectiva con la usuaria, ya que en el esquema legal vigente, dicho derecho siempre debería ejercerse ante el empleador, esto es, ante la empresa de servicios transitorios.

² Datos ENCLA 2004, Dirección del Trabajo.

³ ECHEVERRIA, M et alt. El Otro Trabajo, Cuaderno de Investigación 7, Dirección del Trabajo.

⁴ Se trata de un proyecto de ley de corta pero azarosa vida. Originalmente concebido en la Dirección del Trabajo, con la consulta de los actores involucrados tanto empresariales como sindicales, se refería sólo al suministro de trabajadores. El Gobierno lo presento a su discusión parlamentaria en 1999 dentro del marco de las denominadas reformas laborales, pero fue finalmente retirado de la misma en el Senado, porque, como indica la historia la ley 19.759, la materia fue considerada "de suyo compleja", lo que haría "necesario escuchar a los distintos sectores involucrados en la normativa propuesta, lo que no es posible con la detención y profundidad necesaria, dada la urgencia con que se está despachando este iniciativa legal". A esa altura, y dentro de la tramitación de la reforma laboral, se le había agregado el acápite de la subcontratación laboral.

El proyecto de ley fue repuesto en el año 2002, pero en su debate en el Senado fue objeto de numerosos recortes y restricciones, que alteraron profundamente el

sentido original de la propuesta rebajando ostensiblemente su finalidad protectora de los trabajadores. Por lo mismo, el proyecto aprobado en el Senado no representa un avance significativo en la protección de los trabajadores ni subcontratados, ni suministrados. Por lo mismo, el Gobierno ha repuesto prácticamente el proyecto original de 1999, que le han repuesto su carácter tutelar original, y que acaba de ser aprobado en la Cámara de Diputados en los primeros días de Enero del 2006.

⁵ No hay responsabilidad directa del mandante porque no es el empleador. Por ello, legalmente hablando no corresponde que en el caso de Codelco, conflicto que acelero el proyecto de subcontratación, se acuerde el pago de un bono a los trabajadores de las empresas contratistas, ya que las remuneraciones del trabajador son un asunto sometido al acuerdo de las partes del contrato de trabajo, esto es contratista y trabajadores.

⁶ El artículo 183 C señala que el Ministerio de Trabajo dictará un reglamento que regulará la forma y mecanismos que adoptaran esos medios idóneos a los que se refiere la ley.

⁷ Regulan el suministro de trabajadores diversos países, entre otros : Alemania (ley 1976), España (ley 14/1994), Irlanda (Employment Agencies Act 1991), Argentina (Ley N° 24.013/1991), Colombia (Ley N° 50/1990).

⁸ Norma común en el derecho comparado: se prohíbe el suministro en situación de huelga de la empresa usuaria en España, Gran Bretaña, Italia, Francia.

⁹ En rigor, se trata de una norma habitual en el derecho comparado: existe equiparación salarial entre el trabajador suministrado y el trabajador directo en la misma función en Bélgica, Italia, Francia, Portugal y en Colombia.