



RELACIONES LABORALES TRIANGULARES: LA SUBCONTRATACIÓN Y EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN LA NUEVA LEY CHILENA

José Luis Ugarte*

Sumario: 1 Las Relaciones Triangulares de Trabajo; 2 La Regulación del Suministro de Trabajadores Y la Subcontratación Laboral; 3 La Nueva Ley sobre Subcontratación Laboral: de la Responsabilidad Subsidiaria a la Solidaria; 4 El Debate Legal sobre el Suministro de Trabajadores; 5 La Ley sobre Suministro de Trabajadores: Las Empresas de Servicios Transitorios; 6 Aspectos Pendientes: ¿Y La Igualdad de Condiciones?.

Palabras-chave: relación laboral triangular; externalización; trilateralidad laboral; subcontratación; suministro de trabajadores.

1 LAS RELACIONES TRIANGULARES DE TRABAJO

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 triangular¹.

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.

*Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Alberto Hurtado y Diego Portales, Santiago, Chile.

¹Datos ENCLA 2004, Dirección del Trabajo.

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 databa de antiguo, y estaba regulada en la legislación vigente (artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo), el caso del suministro era distinto: sólo en los últimos años se presentaba como un fenómeno de relevancia para la comunidad jurídica nacional, en directa relación con el momento de moda que vive la denominada descentralización productiva.

2 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.

Los problemas de los trabajadores en ambas figuras son distintos: en la subcontratación la identidad del empleador es indiscutible y los problemas pasan por el cumplimiento efectivo de la legislación existente, especialmente de la responsabilidad subsidiaria de la mandante o empresa principal, y la equiparación de las condiciones salariales entre estos trabajadores y los que están directamente contratados por la empresa dueña de la obra. En el suministro el problema es más grave: no se tiene certeza respecto de quien debe entenderse como el empleador, y en consecuencia,

respecto de quien se ejercen los derechos de los trabajadores suministrados.

A estas figuras se refiere nueva legislación conocida públicamente como ley sobre subcontratación laboral (Ley 20.123).²

La nueva regulación para la subcontratación no es sino una reforma de la legislación anterior (art. 64 y 64 bis del Código del Trabajo), mejorando los derechos de los trabajadores ya existentes. En cambio, en el caso del suministro las nuevas normas vienen a ser la primera regulación de los derechos de los trabajadores cedidos o suministrados en Chile.

La nueva normativa sobre relaciones triangulares cambia la mirada jurídica sobre el problema de las relaciones laborales: éstas no son, como lo pretendía la dogmática laboralista clásica, relaciones privadas, que sólo interesen a los particulares involucrados, sino que se tratan, en rigor, de relaciones de poder que tienen incidencia directa en el reparto de la riqueza generada del esfuerzo y la cooperación social, de modo tal, que la normativa jurídica debe generar puntos de

²Se 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 presentó 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 representaba un avance significativo en la protección de los trabajadores ni subcontratados, ni suministrados. Por lo mismo, el Gobierno repuso en el 2005 prácticamente el proyecto original de 1999, con su carácter tutelar inicial, y que acabado, al final de cuentas, siendo la Ley N° 20.123 del 2006.

equilibrio que mejoren la posición del sujeto afecto a dicha relación de poder que es el trabajador.

Por ello, el eje central de la nueva regulación es en el caso de la subcontratación a la empresa principal, y en el caso del suministro, la empresa usuaria. Aquí está el dominio de las relaciones de poder que existen en los procesos de externalización, aquí debe estar, entonces, el centro de imputación de responsabilidades y sanciones por lesiones a los derechos de los trabajadores.

3 LA NUEVA LEY SOBRE SUBCONTRATACIÓN LABORAL: DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA A LA SOLIDARIA

La nueva regulación de la subcontratación presenta como puntos centrales los siguientes: 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:

1.1 - Debe existir un contrato entre la empresa principal y la empresa contratista, que puede ser de cualquier naturaleza jurídica y que debe tener por objeto la ejecución por parte de esta última de una obra o servicio en el mandante, sin restringir el tipo de obra o servicio de que se trata.

La definición legal entiende que la obra o servicio debe realizarse en el dueño de la obra, cuestión que, obviamente, no dice relación con el espacio físico del mismo, sino con que la obra o servicio de que se trata sea parte del ciclo productivo de la empresa que la encarga³.

Quedan excluidos del régimen de subcontratación: a.) los contratos entre empresas cuyo objeto no sea la ejecución de una obra o servicios, sino que sólo una obligación de dar, como por ejemplo, una compraventa, y b.) quedan excluidos, por así disponerlo la propia ley, las obras o servicios esporádicos u ocasionales prestados a la empresa dueña de la obra.

1.2 - La empresa contratista debe realizar dicha obra o servicio, por su cuenta y riesgo y ejerciendo el mando de su propios trabajadores. Aspecto clave: la subordinación de los trabajadores debe quedar radicada en la empresa contratista o subcontratista, y en ningún caso, en el dueño de la obra.

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, de intermediación o suministro laboral, debiendo ser considerado el dueño de la obra como empleador y responder legalmente como tal.

³Así lo ha entendido la Dirección del Trabajo que el Dictamen 141/005, del 10.01.2007, señala que "que lo verdaderamente sustancial en este aspecto es que la empresa principal sea la dueña de las respectivas obras o faenas en las que deban desarrollarse los servicios o ejecutarse las labores subcontratadas, independientemente del lugar físico en que éstas se realicen. En otros términos, estaremos en presencia de trabajo subcontratado, en tanto se trate de actividades pertenecientes a la organización de la empresa principal, aún cuando los trabajos, tareas o labores que implique la ejecución de la o las obras o servicios, se desarrollen en recintos o instalaciones ajenos a la empresa principal, dueña de la respectiva obra, empresa o faena".

En ese sentido, el establecimiento de un concepto legal de subcontratación genera algunos comentarios:

En primer lugar, es una empresa arriesgada, en la que ha fracasado un su oportunidad la propia Organización Internacional de Trabajo, y que genera los más variados debates doctrinales, pero que parece salvado con propiedad en la ley de subcontratación⁴.

Precisamente uno de los aspectos a destacar es que el legislador chileno ha construido una noción amplia de subcontratación, evadiendo algunas disputas doctrinales un tanto artificiales acerca de lo que es la institución de la subcontratación.

La subcontratación laboral, como comprobó rudamente la OIT, no tiene ninguna esencia pura que el legislador de cualquier origen deba respetar. De modo tal, que debates propios de la doctrina extranjera o de otras áreas del derecho nacional, no deben, y así fue en este caso, limitar la construcción laboral del concepto de subcontratación.

Nuestro legislador ha optado por construir una noción amplia de subcontratación laboral, que no coincide con la figura del mismo nombre en el derecho civil, porque no se exige la existencia de dos

contratos iguales entre las diversas empresas (contrato base = subcontrato), pero tampoco con los contornos de esta figura en el laborismo extranjero, que en general exigen la duplicidad de contratos civiles o mercantiles entre las empresas y en todo caso, generalmente restringen el concepto sólo a aquellos casos donde el objeto del contrato que liga a las empresas es una actividad principal de la empresa mandante.

En efecto, en Chile no tienen lugar el debate doctrinario:

a) acerca de la necesidad de la duplicidad de contratos de igual naturaleza jurídica entre las empresas (civil o mercantil), para que exista propiamente subcontratación. Nuestra ley exige sólo un contrato no laboral entre las empresas (principal y contratista) y uno laboral entre el contratista y el trabajador, para que se configure la figura de la subcontratación regulada por el Código del Trabajo y operen las responsabilidades legales que correspondan⁵.

b) acerca del tipo de actividades que son objeto del contrato civil o mercantil entre las empresas, en cuanto estas forman o no parte de actividades esenciales o principales de la empresa mandante. Nuestra ley no hace ninguna distinción sobre el tipo de actividad

⁴La OIT después de varios intentos fracasados, dio por cerrado en 2003, sin éxito, el debate sobre el concepto de subcontratación, debido a las diferencias conceptuales existentes en los diversos sistemas legales. Al respecto ver AMEGLIO, E. "Vicisitudes del proyecto de convenio internacional sobre trabajo en régimen de subcontratación", AAVV Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, FCU, Uruguay, 2000.

⁵A falta de una definición legal expresa, en Uruguay este ha sido uno de los puntos en el debate y el resultado es que "la doctrina y la jurisprudencia no han logrado un acuerdo sobre la noción o concepto de subcontratación o intermediación". CASTELLO, A. Responsabilidad Solidaria en el Derecho del Trabajo, FCU, Uruguay, 2004, p 44.

desarrollada por la empresa contratista, de modo tal que concurriendo los requisitos legales, existirá una situación de subcontratación laboral, ya sea que se trate de una actividad esencial o principal o que se trate nada más de una periférica o accesorio, y operarán las responsabilidades laborales previstas por la ley para la empresa principal⁶.

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 (artículo 183 D). 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.

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). La herramienta fundamental es la asignación al dueño de la obra o empresa principal 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

⁶Cuestión que nos ahorra el espinudo debate acerca de que debe ser considerado y que no actividad principal de la empresa mandante y de ese modo cuando hay o no subcontratación laboral. Caso paradigmático de esto es el atiborrado debate doctrinal español acerca de la noción de "propia actividad" a la que hace referencia el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, como elemento constitutivo del concepto de subcontratación, y que deja afuera del mismo a actividades periféricas o no esenciales. Ver RIVERO, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo", en AAVV Descentralización productiva y nuevas formas de organizar la producción, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, MTAS, España, 2000. El ahorro en nuestro caso no es total, ya que la ley de subcontratación, con poco tino conceptual, reformando el artículo 66 de la Ley N° 16.744, ha hecho innecesariamente alusión a la actividad principal en materia de higiene y seguridad, específicamente en relación a las empresas principales: las que tengan más de 50 trabajadores subcontratados dentro "propio giro", deberán implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo. El Reglamento sobre la materia (DS N° 76, del 2007), con menos tino aún, ha definido actividad del giro propio como aquella actividad "destinada a que la empresa principal desarrolle sus operaciones o negocios" (artículo 4). Como es fácil de advertir, es difícil pensar en una actividad que no este destinada a que la principal haga su negocio, por lo que si la norma legal busca acotar su propia aplicación sólo a lo "esencial" de la actividad de la principal, el Reglamento se encarga, por la amplitud de la expresión "destinada", que ello definitivamente no resulte.

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.

2.2 - Se establece una responsabilidad subsidiaria amplia

La ley soluciona cuestiones que se habían debatido en la jurisprudencia judicial: primero, la empresa principal 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 de la empresa principal en materia de seguridad e higiene

La empresa principal 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). Ahora, el dueño de la obra que contrate o subcontrate *con otros la realización de una obra, faena o servicios*

propias de su giro y por esa vía se emplee a más de 50 trabajadores, *deberá vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, debiendo para ello implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados*⁷.

2.4 - Se establece una responsabilidad solidaria

La ley establece, como mayor novedad en la materia, un eventual 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 (artículo 183 B). Si ejerce los derechos de control, la empresa principal queda en la misma situación anterior a la nueva ley: responde subsidiariamente, si no los ejerce, y sólo en ese caso, su responsabilidad se agrava, respondiendo solidariamente.

Más allá, entonces, del error mediático que se ha producido sobre la materia, señalándose que hay un cambio en el tipo de responsabilidad en la materia que ahora pasa a ser solidaria, error debido quizás a la histeria colectiva que la

⁷Ello supone, dice el artículo 7 transitorio de la Ley N° 20.123, la elaboración por parte de la empresa principal de un "reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas, en el que se establezca como mínimo las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas, a fin de garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas". De este modo, en estos casos, aparte del reglamento interno de orden higiene y seguridad del dueño de las obras y de los contratistas, debe elaborarse un reglamento especial de coordinación de acciones de seguridad, a cargo y de responsabilidad de dueño de la obra. Dicha materia, la de seguridad e higiene en el ámbito de la subcontratación, ha quedado regulada por el Decreto Supremo N° 76, del 18.01.2007.

ley ha producido en el ámbito empresarial, parece claro que el régimen general de responsabilidad en materia de la empresa principal sigue siendo la responsabilidad subsidiaria, dependiendo de su propia conducta el mantenerse en esa situación. Sólo en el caso que no ejerza los derechos de control, como forma de sanción, la ley agrava su responsabilidad a solidaria.

La justificación de esta 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 de la empresa principal 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 a la empresa principal respecto de la empresa contratista:

el derecho de información y derecho de retención (art. 183 CT).

La empresa principal tiene derecho a ser informada 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 derechos⁸.

En caso de que se informe la existencia de una deuda laboral o previsional, la empresa principal debe ejercer el derecho de retención de las obligaciones que tenga a favor del contratista o subcontratista respectivo, por 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.

⁸El 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. El reglamento fue dictado con fecha 20.01.2007, y correspóndela N° 319 del Ministerio del Trabajo, donde se regula la certificación vía Inspección del Trabajo o vía entidad competente (empresa privada de certificación laboral).

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.

4 EL DEBATE LEGAL SOBRE EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES

Los problemas del suministro eran más graves que la subcontratación. No podía 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 quedaban 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 colectiva-

mente con la empresa usuaria donde trabajan porque no son sus empleados.

Eran por así decirlo, los trabajadores ideales para la usuaria: no tienen contrato formal de trabajo con ella, no hay que responder por sus derechos laborales ni previsionales, no se sindicalizaban y no negocian colectivamente, y por si fuera poco, si solicitaban la intervención de la autoridad administrativa los Tribunales de Justicia consolidaban 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 servicios transitorios?

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 tenían día a día, cara a cara, una relación laboral con un empleador "real" (empresa usuaria), quien no obstante no asumía ninguna responsabilidad y que al momento de plantear sus exigencias laborales los reenviaba a tratar con un empleador "fantasma" (empresa de trabajo temporal), y cuando reclamaban la protección de la Dirección del Trabajo para que hiciera exigible el cumplimiento de

las disposiciones laborales respectivas frente al empleador real, dicha acción se veía 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 servicios transitorios, quien, paradójicamente, no tenía 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 trabaja-

dores en Chile habría seguido presentando rasgos que abiertamente perjudican al trabajador cedido:

a) 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.

b) 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.

c) 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 1990⁹.

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 vino a ser solucionada por la Ley N° 20.123, que conocido popularmente como de subcontratación, su propósito principal es regular el suministro de trabajadores.

5 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

⁹Regulan 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).

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 modifican el panorama del suministro de trabajadores en Chile anterior a la ley N° 20.123: donde las EST no tenían que cumplir ningún requisito en particular (lo que facilitaba la existencia de suministradoras de papel o artificiales), el suministro de trabajadores era permanente (lo que permitía que por años trabajadores laboren para la usuarias sin derechos sobre estas), y por último, no había regulación de la situación jurídica de las empresas usuarias (lo que generaba una suerte de impunidad legal en materia laboral no respondiendo por ninguna obligación laboral ni siquiera a título de responsable subsidiario).

Revisemos estas líneas de regulación:

5.1 Las empresas de servicios transitorios

A estas empresas se le reconoce la calidad de empleador 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 EST 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.

La regulación de las EST exige que:

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 transitorios. 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

El centro de la regulación sobre el suministro de trabajadores lo constituye el denominado contrato de "puesta a disposición", figura jurídica civil o mercantil celebrada entre la empresa usuaria y la empresa de servicios transitorios, que opera como sustento legal a la cesión legal de trabajadores, y respecto del cual operan dos mecanismos claves de la nueva regulación: la causalidad del suministro (el contrato debe justificarse en una causa legal), y la transitoriedad del mismo (la ley lo somete a un plazo máximo)

El contrato a puesta disposición debe estar escriturado dentro del plazo de 5 días de comen-

zando el suministro del trabajador para la usuaria, salvo que dure menos de ese lapso de tiempo, en cuyo caso la escrituración debe realizarse dentro de 2 días, y debe mencionar, con carácter obligatorio, las siguientes menciones: la individualización de las partes deberá hacerse con indicación del nombre, domicilio y número de cédula de identidad o rol único tributario de los contratantes. En el caso de personas jurídicas, se deberá, además, individualizar al o los representantes legales. Además, deberá indicar la causal invocada para la contratación de servicios temporarios de conformidad con el artículo siguiente, los puestos de trabajo para los cuales se realiza, la duración de la misma y el precio convenido.

Respecto de esta figura cabe señalar lo siguiente:

5.2.1 - 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, las que deben constar en el contrato de "puesta a disposición":

a) suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, des-cansos de maternidad o feriados;

b) eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza;

c) proyectos nuevos y especificos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados;

d) período de inicio de actividades en empresas nuevas;

e) aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; o

f) 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: en los casos de la letra de 90 hasta 180 días según el caso de que se trate, sin posibilidades de renovación.

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.

5.3 - Situación legal de la empresa usuaria

Aunque la empresa usuaria no corresponde al empleador desde el punto de vista legal, la normativa vigente le exige que asuma determinadas responsabilidades:

a) 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, ya que hasta ahora las empresas usuarias no asumían 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.

b) El suministro de trabajadores se restringe en relación al tipo de actividad que puede desempeñar el trabajador cedido, prohibiendo la 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 colectiva¹⁰.

¹⁰Norma común en el derecho comparado: se prohíbe el suministro en situación de huelga de la empresa usuaria en España, Gran Bretaña, Italia, Francia.

c) Se establece una responsabilidad directa de la empresa usuaria en materia de higiene y seguridad: la ley 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).

6 ASPECTOS PENDIENTES: ¿Y LA IGUALDAD DE CON- DICIONES?

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 la ley 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. La ley de subcontratación laboral no da respuesta a este problema: 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.

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 períodos 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*¹¹. 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.

¹¹En 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.

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 fórmula para facilitar el ejercicios de derechos constitucionales del trabajador, especialmente la libertad sindical, donde una fórmula 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.

Una fórmula, quizás, sería la adoptada en Estados Unidos, país tan admirado por los enemigos del Derecho del Trabajo, donde la Junta Nacional de Relaciones de Trabajo (NLRB), decidió que los trabajadores de la empresa central y los externos de empresas suministradoras (agencias de empleo) que prestaban servicios bajo su mando, constituían una sola unidad de negociación colectiva, aunque tuvieran empleadores distintos¹².

¹²M.B Sturgis, Inc. and Textile Processors, Service Trade, Health Care, Professional and Technical Employees International Union Local 108. National Labour Relations Board, vol 331, num. 173, 25.08.2000. El criterio central de esta decisión es lo que se denomina en la jurisprudencia de esa Oficina "la comunidad de intereses" presente en trabajadores que se desempeñan en el mismo proceso productivo.