



Informe Jurídico

DE LA CONSTRUCCIÓN

**Actualización de
la Jurisprudencia
Administrativa sobre la
Ley de Subcontratación**

**Procedimiento
Simplificado
Ampliaciones Viviendas
Sociales y Construcciones
en Zona de Catástrofe**

COORDINACIÓN DE ASESORÍAS
Y ESTUDIOS LEGALES
DE LA GERENCIA DE ESTUDIOS
Cámara Chilena de la Construcción
Marchant Pereira Nº 10, Piso 3
Providencia, Santiago.
Teléfono 376 3385 / Fax 371 3431
www.camaraconstruccion.cl

2

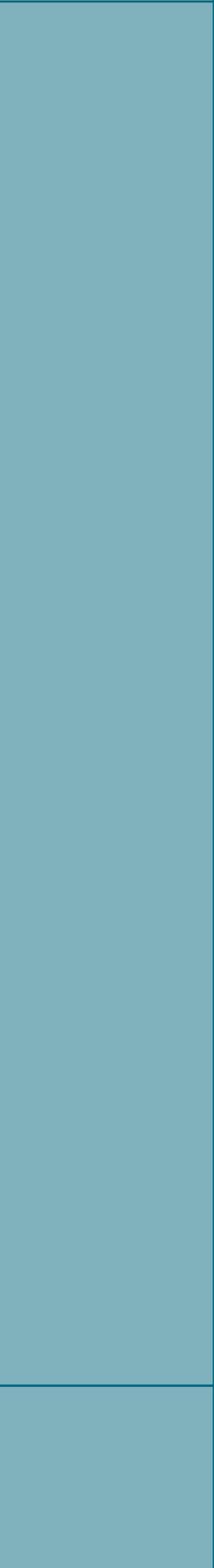
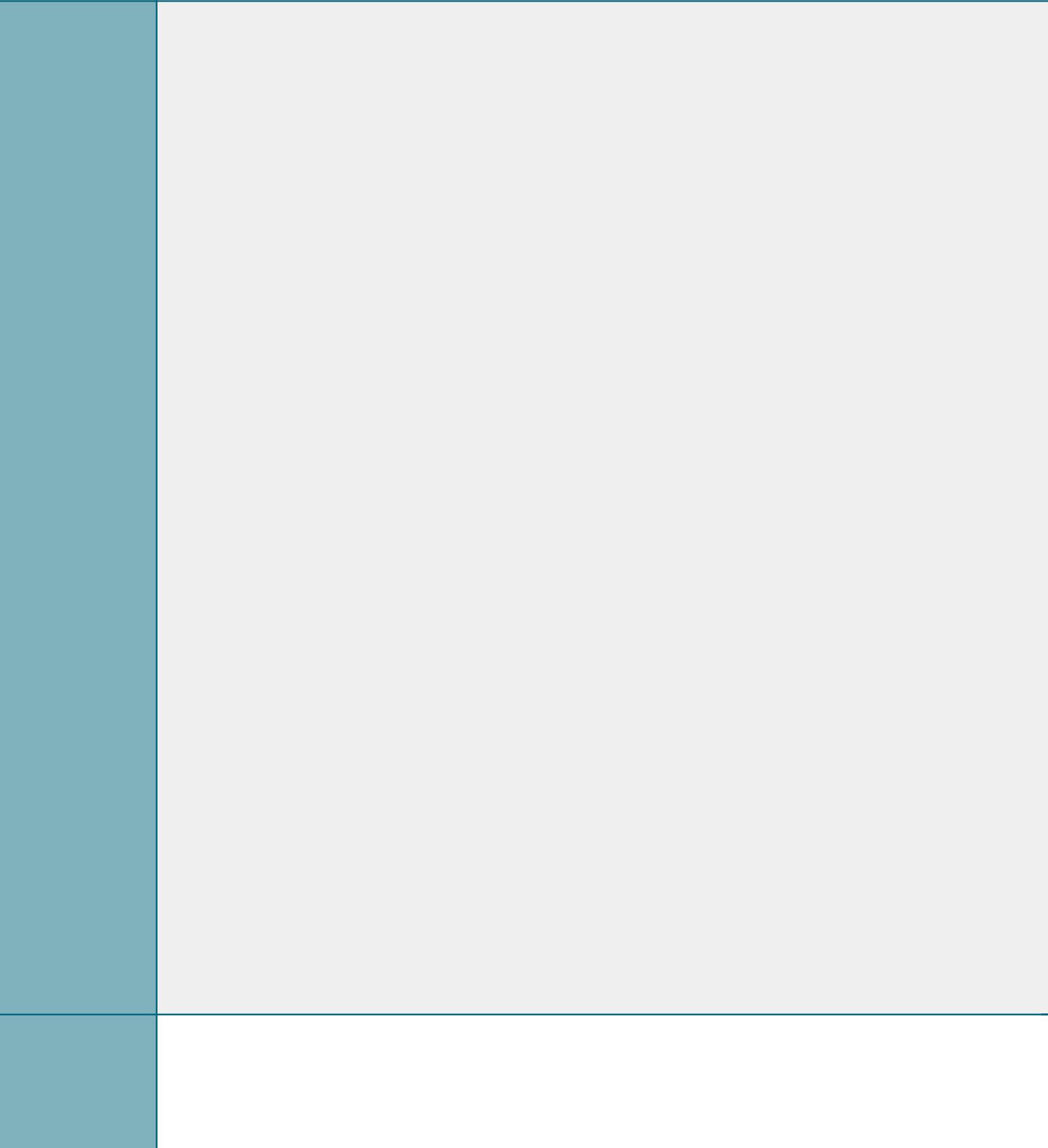
m a r z o 2 0 0 8

RESUMEN EJECUTIVO

La aplicación de la denominada “Ley de Subcontratación” ha presentado algunas dificultades. Lo anterior obedece a la existencia de zonas ambiguas que han generado numerosas dudas sobre la correcta forma de aplicar la Ley. Esta situación, la Cámara Chilena de la Construcción la ha venido representando desde antes de la entrada en vigencia a las autoridades de Gobierno y luego de ello a la Dirección del Trabajo y a la Superintendencia de Seguridad Social – SUSESO, para que, en uso de sus facultades, indicaran la correcta interpretación de los preceptos ambiguos, lo que hicieron todo el año 2007 mediante Circulares de la SUSESO y Dictámenes de la Dirección del Trabajo, los que les dimos a conocer en distintos Informes Jurídicos y Seminarios durante el año.

En este Informe sólo se analizan los dictámenes y circulares que se relacionan con el sector construcción, con el objeto de informar a los Socios, orientarlos en un mejor cumplimiento de la Ley, como actualizarlos en las materias sobre las cuales las autoridades ejercerán su fiscalización. Se analizan los dictámenes de la Dirección del Trabajo N° 2.468/053, de 9 de julio de 2007, y N° 3.267/069 de 27 de agosto de 2007. Asimismo, se analiza la circular N° 2.378 de 30 de mayo de 2007, de la SUSESO.

Los documentos que comentamos, complementan y precisan conceptos relacionados con la aplicación práctica de la Ley N° 20.123 sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación.



ACTUALIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA SOBRE LA LEY DE SUBCONTRATACIÓN

INTRODUCCIÓN



El presente Informe Jurídico expone a los Sres. Socios la forma como se ha venido regulando la aplicación de la Ley de Subcontratación mediante dictámenes de la Dirección del Trabajo y de la Superintendencia de Seguridad Social.

Cabe tener presente que la Dirección del Trabajo, con el objeto de aclarar conceptos que hubieren generado dificultades en su interpretación, dictó con fecha 10 de enero de 2007 el Dictamen N° 141/05 que fijó el sentido y alcance de los artículos 183-A, 183-B, 183-C y 183-D del Código del Trabajo; y Dictamen N° 4.786/090, en que ese Organismo se pronuncia respecto de la exigencia establecida a las Empresas de Servicios Transitorios, las cuales tienen la obligación de constituir una garantía permanente a nombre de la Dirección del Trabajo. Ambos fueron materia del Informe Jurídico N° 1 del año 2007.

Como una forma de responder a las distintas dudas que se presentaban al momento de hacer aplicables las disposiciones de la ley, en materia de higiene y seguridad, la Dirección del Trabajo solicitó un pronunciamiento de la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO) respecto de algunos aspectos de estas materias, los cuales fueron resueltos a través de circulares N° 27.756 de 30 de abril de 2007 y N° 29.543 de 07 de mayo de 2007, documentos que fueron analizados en el Informe Jurídico N° 3, también de 2007.

Sin embargo, la aplicación de la Ley de Subcontratación ha generado interpretaciones ambiguas, por lo que tanto la Dirección del Trabajo como la SUSESO han continuado emitiendo dictámenes que complementan la jurisprudencia administrativa ya mencionada.

Destacan por su relación con el sector construcción, Dictámenes de la Dirección del Trabajo Nº 2.468/053, de 9 de julio de 2007, y Nº 3.267/069 de 27 de agosto de 2007.

Por otra parte, la SUSESO emitió la circular Nº 2.378 de 30 de mayo de 2007, en la que complementa las instrucciones impartidas mediante circular Nº 2.345, de 10 de enero de 2007, respecto de las obligaciones impuestas a las empresas por los incisos cuarto y quinto del artículo 76 de la Ley Nº 16.744, en virtud de lo establecido en la Ley Nº 20.123.

Estos últimos tres documentos son analizados en el presente Informe Jurídico.

ANÁLISIS GENERAL

1. Dictámenes de la Dirección del Trabajo

a. Ordinario Nº 2.468/053 de 9 de julio de 2007

Este Dictamen se emitió para dar respuesta a una necesidad de la Dirección del Trabajo, en uso de sus facultades, de complementar el Dictamen Nº 141/05, de 10 de enero de 2007, precisando las siguientes materias:

1. Si la circunstancia de que el contratista tenga un supervisor a cargo de los trabajadores subcontratados determina por sí sola la existencia de trabajo en régimen de subcontratación.

A este respecto, la Dirección del Trabajo ha señalado que la labor del supervisor involucra el ejercicio efectivo de determinadas atribuciones respecto del personal subcontratado, entre ellas, las de supervigilar, impartir instrucciones pertinentes y efectuar controles. Por esta razón, al supervisor le corresponde desarrollar un papel activo y autónomo, lo que implica que su labor no puede estar subordinada a las decisiones de la empresa principal, ya que, de ser así, podría interpretarse que su función no la realiza por cuenta del contratista sino de la empresa principal.

Esta situación podría derivar en la figura de la simulación que sería sancionable de acuerdo a lo dispone el artículo 478 del Código del Trabajo.

Por lo anterior, para la Dirección del Trabajo la sola circunstancia de que el contratista designe a un supervisor a cargo de sus trabajadores, no basta para entender que se está en presencia de trabajo en régimen de subcontratación, siendo necesario para ello, además, que dicho supervisor ejerza

con autonomía de la empresa principal y en forma efectiva y directa las atribuciones derivadas del vínculo de subordinación o dependencia que une a aquél con el personal subcontratado.

2. Límites a que está sujeta la empresa principal en el ámbito de la relación existente entre ella y los trabajadores de los contratistas, en términos de no configurar a su respecto una relación laboral, cuando la prestación de servicios de dichos trabajadores se realiza en las dependencias de aquella.

Respecto de este punto, el Ordinario N° 141/05, de 10 de enero de 2007, en letra d), establece expresamente que las obras o servicios deben ser ejecutados por el contratista con trabajadores de su dependencia. Además, el mismo dictamen concluye que *“la prestación de servicios de los trabajadores del contratista debe ejecutarse bajo un vínculo de subordinación y dependencia respecto de éste, el cual, conforme a la doctrina y jurisprudencia administrativa vigentes se traduce, entre otros aspectos, en el derecho del empleador a dirigir al trabajador impartándole órdenes e instrucciones, principalmente acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores y en el deber del trabajador de acatar y obedecer las mismas”*.

Más adelante, agrega el Dictamen que *“es el contratista, en su carácter de empleador, el que estará dotado de la facultad de supervigilar a los trabajadores que se desempeñen en las obras o servicios que realiza para la empresa principal, como asimismo, para impartirles las instrucciones que estime pertinentes y ejercer los controles necesarios para tales efectos, sin que corresponda a la empresa principal injerencia alguna al respecto”*.

En concordancia con lo anterior, se debe concluir que **la empresa principal no se encuentra legalmente facultada para ejercer respecto de los trabajadores del contratista atribución alguna en materia de instrucciones, dirección, supervigilancia y control que se derivan de todo vínculo de subordinación o dependencia.**

Lo anterior no significa, para la Dirección del Trabajo, desconocer a la empresa principal el ejercicio de determinadas atribuciones, siempre que éstas no se traduzcan en alguna de las manifestaciones del vínculo de subordinación y dependencia, como que la empresa principal exija a los trabajadores del contratista el cumplimiento de medidas mínimas de control de ingreso u otras necesarias para la seguridad y buen funcionamiento de la misma, las que no implican el ejercicio de atribuciones propias del vínculo de subordinación o dependencia que pudieren atribuirle la calidad de empleadora de los mismos.

En este mismo sentido, para la Dirección del Trabajo no implica manifestaciones de subordinación o dependencia la aplicación de normas de educación, de buenas costumbres y de comportamiento o trato cotidiano que necesariamente deben existir entre los trabajadores del contratista y aquellos que ejercen cargos de jefatura en la empresa principal.

En definitiva, cuando el trabajo en régimen de subcontratación se realiza dentro de las dependencias físicas de la empresa principal, se genera una interacción entre los trabajadores de la empresa principal y los subcontratados, lo que determina la existencia de una relación de convivencia y de coordinación mínima entre ambos grupos de trabajadores, por lo que, para el ente fiscalizador es perfectamente posible que la empresa principal requiera circunstancialmente a los trabajadores del contratista el respeto de normas de comportamiento y otras que tengan por objeto una mayor eficiencia y el mejor desarrollo de los servicios subcontratados.

3. Procedencia jurídica de que la empresa principal externalice faenas propias del giro.

Por medio de este Dictamen, la Dirección del Trabajo confirma su posición respecto de que el artículo 183-A del Código del Trabajo no establece restricciones ni limitaciones respecto a las obras o servicios que la empresa principal puede externalizar, circunstancia que autoriza para afirmar que no existe impedimento jurídico alguno para que ésta subcontrate obras, faenas o servicios propios de su giro.

La opinión anterior se sustenta, entre otras razones, en lo dispuesto por el artículo 66 bis de la Ley 16.744, incorporado por el artículo 7º de la Ley Nº 20.123, que impone a los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de obras, faenas o servicios propios de su giro, obligaciones específicas en materia de higiene y seguridad, las que se encuentran reglamentadas en el decreto supremo Nº 76, publicado en el Diario Oficial de 18 de enero de 2007, las cuales no resultan exigibles si las obras o servicios subcontratados se refieren a actividades accesorias o complementarias.

4. Propiedad de los elementos a usar por el contratista para la realización de las obras o servicios encargados por la empresa principal.

Al respecto, el Dictamen en comento es claro al señalar que, de acuerdo al texto del inciso 1º del artículo 183-A del Código del Trabajo, no es requisito el que las obras o servicios que realiza el contratista para la empresa principal sean ejecutadas con elementos de propiedad de aquél.

b. Ordinario N° 3.267/069 de 27 de agosto de 2007

Este Dictamen fue evacuado por la Dirección del Trabajo en respuesta a una consulta efectuada por una empresa contratista, que solicitó un pronunciamiento que determinara el límite de las facultades de la empresa principal en relación con los antecedentes documentales que puede solicitar al contratista en conformidad con el artículo 183-C del Código del Trabajo, como asimismo en materia de retención de los fondos adeudados a éste en virtud del mismo artículo.

Por último, se solicitó un pronunciamiento acerca de las facultades que asisten a la empresa principal respecto del personal subcontratado.

1. Sobre la primera situación, la Dirección del Trabajo ha señalado que en el evento de que la empresa principal lo solicite, el contratista se encuentra obligado a informarle el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de sus trabajadores, sea a través de un certificado emitido por la Inspección del Trabajo respectiva o por otros medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento, bastando la presentación de los mencionados certificados para que se entienda cumplida la obligación impuesta al contratista.

Sin perjuicio de lo anterior, en opinión de la Dirección del Trabajo, no hay inconvenientes para que, a través del acuerdo contractual que en virtud del artículo 183-A debe celebrar con el o los contratistas, exija a éstos la presentación de determinada documentación laboral y o previsional u otros antecedentes de sus dependientes, en la medida que estos últimos no importen una vulneración al artículo 154 del Código del Trabajo, norma que exige al empleador mantener reserva respecto de la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso en virtud de la relación laboral que los une.

2. En lo que respecta a la retención de los fondos adeudados al contratista en caso de que éste no acredite oportunamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, la Dirección del Trabajo ha manifestado que el derecho de retención está limitado a las sumas que el contratista adeude a su personal, por lo que no resulta jurídicamente procedente que la empresa principal ejerza este derecho por montos mayores a los que representan las sumas adeudadas.

Sin perjuicio de lo anterior, a juicio del Organismo Fiscalizador, no existiría inconveniente en que en el acuerdo contractual respectivo, las partes convengan expresamente la facultad de la empresa principal de retener sumas por conceptos distintos a los ya analizados.

3. Por último, respecto de la consulta acerca de las facultades que asisten a la empresa principal respecto del personal subcontratado, el Dictamen reitera lo expuesto en el punto 1.2 del Ordinario N° 141/05, de 10 de enero de 2007, el cual establece expresamente que las obras o servicios deben ser ejecutados por el contratista con trabajadores de su dependencia.

Atendido lo anterior, la empresa principal no se encuentra legalmente facultada para ejercer respecto de los trabajadores del contratista, sea en forma directa o indirecta, atribución alguna en materia de instrucciones, dirección, supervigilancia y control que se derivan de todo vínculo de subordinación o dependencia, como tampoco para aplicar sanciones a dicho personal, toda vez que, como ya se expresara, éstas corresponden en forma exclusiva al contratista, en su calidad de empleador del mencionado personal.

No obstante, este Dictamen reproduce en esta parte lo expresado en el Ordinario N° 2.468/053 de 9 de Julio de 2007, comentado más arriba, en el sentido de que no implicarían manifestaciones propias del vínculo de subordinación o dependencia las relaciones que emanan de normas de educación, de buenas costumbres y de comportamiento o trato cotidiano que necesariamente deben existir entre los trabajadores del contratista y aquellos que ejercen cargos de jefatura en la empresa principal.

2. Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia de Seguridad Social – SUSESOS

a. Circular N° 2.378, de 30 de mayo de 2007, que complementa instrucciones impartidas mediante circular N° 2.345, de 10 de enero de 2007, respecto de las obligaciones impuestas a las empresas por los incisos cuarto y quinto del artículo 76 de la ley N° 16.744, en virtud de lo establecido en la Ley N° 20.123.

La SUSESOS, mediante Circular N° 2.345, de 10 de enero de 2007, impartió instrucciones a las empresas acerca del procedimiento a seguir cuando uno de sus trabajadores sufre un accidente del trabajo grave o fatal, así como a los organismos administradores del Seguro Laboral, a través de dicha Circular y del oficio Ord. N° 15.762, de 14 de marzo de 2007, acerca de la asistencia técnica que deben otorgarle a sus empresas adheridas o afiliadas en estos casos.

En esa circular se señalaba la obligación de suspender en forma inmediata las faenas afectadas y, de ser necesario, permitir a los trabajadores evacuar el lugar de trabajo; informar inmediatamente de lo ocurrido a la Inspección del Trabajo (Inspección) y a la Secretaría Regional Ministerial de Salud (Seremi) que corresponda.

Atendido que se han presentado dudas y diferencias de criterio en la aplicación de alguno de los conceptos contenidos en la citada circular, es que por medio de la norma en comento se han querido hacer algunas precisiones:

- a.** La Ley N° 20.123 establece qué accidentes son los que se deben informar tanto a la Inspección del Trabajo como a la Seremi de Salud, al disponer que se deberán informar los accidentes del trabajo fatales y graves, es decir, aquellos definidos en el inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 16.744, a saber:

“Para efectos de esta ley se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte”.

- b.** En lo que se refiere a los accidentes del trabajo que se han definido como “graves”, se precisan los conceptos “maniobras de reanimación” y “maniobras de rescate”.

Maniobras de reanimación: conjunto de maniobras encaminadas a revertir un paro cardiorrespiratorio, con la finalidad de recuperar o mantener las constantes vitales del organismo. Estas pueden ser básicas (no se requiere de medios especiales y las realiza cualquier persona debidamente capacitada); o avanzadas (se requiere de medios especiales y las realizan profesionales de la salud entrenados).

Maniobras de rescate: aquellas que permitan sacar al trabajador del lugar en que quedó, cuando éste se encuentre impedido de salir por sus propios medios.

Por otra parte, respecto del procedimiento establecido a seguir en estos casos, es claro que el empleador deberá efectuar la denuncia ante a la respectiva Seremi de Salud, así como ante la respectiva Inspección del Trabajo, y que podrá requerir el levantamiento de la suspensión de las faenas informando a la Inspección y a la Seremi que corresponda, cuando haya subsanado las causas que originaron el accidente.

Al respecto, la Circular precisa que la reanudación de faenas podrá ser autorizada por la Inspección del Trabajo o por la Secretaría Regional Ministerial de Salud, dependiendo de cuál de las dos efectuó la fiscalización y constató la suspensión, sin que sea necesario que ambas la autoricen.

CONCLUSIÓN

La jurisprudencia administrativa ha venido a colaborar con la aplicación y señala la interpretación que se debe dar a ciertas normas contenidas en la Ley de Subcontratación, en respuesta a dificultades prácticas que dicha normativa ha presentado desde su entrada en vigencia.