

ANÁLISIS DICTAMEN DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO QUE COMPLEMENTA Y PRECISA DISTINTOS ASPECTOS EN MATERIA DE SUBCONTRATACIÓN



Con fecha 09 de julio del presente año la Dirección del Trabajo emitió el Dictamen N° 2468/053 que complementa el Dictamen N° 141/05, de 10.01.2007 que fijó el sentido y alcance de los artículos 183-A, 183-B, 183-C y 183-D del Código del Trabajo, incorporados por la Ley 20.123.

Este nuevo dictamen viene a precisar las siguientes materias que han sido objeto de dudas por parte de las empresas principales, contratistas y subcontratistas:

1. Figura del Supervisor

La inquietud que se rectifica en esta materia dice relación con el hecho de determinar si la sola circunstancia de que el contratista tenga un supervisor a cargo de los trabajadores subcontratados, determina por sí misma la existencia de trabajo en régimen de subcontratación.

La razón fundamental de aclarar este tema nace de la exigencia establecida en la Ley 20.123 que puntualiza que es la empresa contratista o subcontratista quien debe dar las órdenes a sus trabajadores, en su carácter de empleador y, por lo tanto, dirigir el trabajo impartiendo órdenes e instrucciones, principalmente acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de sus labores, en donde el trabajador se encuentra en el deber de acatar y obedecer las mismas.

Esta exigencia, que se traduce en el vínculo de subordinación y dependencia entre la empresa contratista o subcontratista y sus trabajadores, sin que corresponda a la empresa principal injerencia alguna al respecto, derivó en la necesidad de instaurar en el contrato tipo de Suministro, la figura del Supervisor quien cumple la labor de establecer las relaciones entre la empresa principal y la contratista o subcontratista respecto de la interlocución que debe mantenerse con el administrador de la obra de la empresa principal. Con esto se pretendía eliminar la figura ilícita de la simulación fuertemente castigada por la Ley 20.123 con una sanción pecuniaria, además de considerar a estos trabajadores como dependientes de la empresa principal.⁹

⁹ Esta sugerencia se propuso en Informe Jurídico N° 9 de octubre de 2006 y en el Contrato Tipo de Suministro en virtud del cual se aconseja instaurar la figura del Supervisor como una forma de identificar el o los funcionarios de la empresa principal con las que el contratista o subcontratista se debe relacionar.

Establecida esta figura en el contrato tipo de subcontratación, es menester señalar que la sola designación de este supervisor no es requisito suficiente para determinar que estamos en presencia de régimen de subcontratación, toda vez que será necesario ejercer la labor de supervisión que involucra, al menos, alguna de las siguientes funciones:

- Supervigilar el trabajo convenido por los trabajadores del contratista
- Impartir las instrucciones pertinentes
- Efectuar los correspondientes controles, actividades que, en su calidad de representante del contratista, deberá realizar en forma periódica y directa.

En este sentido la Dirección ha manifestado que *“al supervisor le corresponde desarrollar un papel activo y autónomo dentro del régimen de trabajo subcontratado, lo cual implica que su labor no puede estar subordinada a las decisiones de la empresa principal, ni limitarse a la mera transmisión de órdenes impartidas por aquella, puesto que, de lo contrario, podría estimarse que el ejercicio efectivo de tales atribuciones respecto del personal del contratista no lo realiza por cuenta de éste sino de la empresa principal, situación que podría derivar en la figura ilícita de la simulación prevista y sancionada en el inciso 1º del artículo 478 del Código del Trabajo”*.

En consecuencia, se ha determinado que es fundamental que el 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 al contratista con el personal subcontratado.

2. Límites de la empresa principal en el ámbito de la relación existente entre ella y los trabajadores del contratista

Las precisiones que se realizan en esta materia están enfocadas a establecer una casuística de aquellas situaciones que podrían quedar bajo el matiz de la figura de la simulación por el sólo hecho de aplicar alguna instrucción, dirección, supervigilancia o control respecto de los trabajadores subcontratados, pero que por tratarse de 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, éstas no se considerarán como tales.

Esta facultad de dirección, que legalmente sólo le compete a la empresa contratista o subcontratista, tendrá ciertos límites cuando se trate de las siguientes situaciones:

- La circunstancia de 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 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.

En este sentido, parece de toda lógica que estas situaciones queden excluidas de la posibilidad de considerar que existe un vínculo de subordinación y dependencia por el sólo hecho de exigir alguna de las situaciones anteriores, toda vez que *el trabajo en régimen de subcontratación que, como en la especie, se realiza dentro de las dependencias físicas de la empresa principal, genera una interacción natural en el desarrollo de las labores que deben cumplir tanto los trabajadores de esta última como los del contratista, lo que determina la existencia de una relación de convivencia y de coordinación mínima entre ambos grupos de trabajadores.*

Por lo tanto, la Dirección ha considerado que no importaría asumir atribuciones propias del vínculo de subordinación o dependencia, por parte de la empresa principal, el hecho de que ésta requiera circunstancialmente a los trabajadores del contratista sobre el respeto de normas de comportamiento y otras que tengan por objeto una mayor eficiencia y el mejor desarrollo de los servicios subcontratados.

3. Faenas propias del giro

Quizá uno de los aspectos más importantes en esta materia, y que queda resuelto por medio de este Dictamen, lo constituye la procedencia jurídica de que la empresa principal externalice faenas propias del giro.

Si bien existía un antecedente claro en esta materia, que correspondía al artículo N° 66 bis de la Ley 16.744, sobre accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, incorporado por la Ley 20.123 en su artículo 7, en virtud de la cual se exige la implementación de un Sistema de Gestión y Salud en el Trabajo cuando los empleadores contraten o subcontraten con otros la realización de una *obra, faena o servicios propios del giro*, surgieron dudas respecto de la existencia de algún impedimento legal para que la empresa principal pudiera externalizar estas actividades.

A este respecto existe además un antecedente en la historia fidedigna de la Ley 20.123 respecto de la indicación presentada por el H. Senador Sr. Ruiz de Giorgio, que prohibía expresamente subcontratar las actividades inherentes al giro principal de una empresa, modificación que luego fue retirada por estimarse que esta restricción limitaba el ámbito de aplicación del sistema de subcontratación.

Por lo antes expuesto, y pese a que ni la ley ni los reglamentos o dictámenes posteriores a la Ley 20.123 prohibieron la subcontratación de aquellas actividades propias del giro, en ningún caso puede entenderse que existen limitaciones respecto de las obras, servicios o faenas que la empresa principal puede externalizar y por lo tanto a juicio de la Dirección no existen delimitaciones específicas para sostener en qué casos

se puede utilizar la subcontratación. Es más, esto dependerá de las actividades que la empresa principal necesite cumplir y externalizar, actuando con total libertad para su realización.

4. Propiedad de los materiales utilizados en régimen de subcontratación

La Dirección en este punto se refiere a la necesidad de dilucidar si se establece como exigencia que el contratista debe utilizar elementos materiales de su propiedad para la realización de las obras o servicios encargados por la empresa principal.

En este contexto es necesario recordar que para determinar si nos encontramos en régimen de subcontratación deben cumplirse los siguientes requisitos que emanan del artículo 183-A del Código del Trabajo:

- a)** Que el dependiente labore para un empleador, denominado contratista o subcontratista, en virtud de un contrato de trabajo.
- b)** Que la empresa principal sea la dueña de la obra, empresa o faena en que se desarrollen los servicios o se ejecuten las obras objeto de la subcontratación.
- c)** Que exista un acuerdo contractual entre el contratista y la empresa principal dueña de la obra o faena, conforme al cual aquél se obliga a ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios para esta última, y
- d)** Que las señaladas obras o servicios sean ejecutadas por el contratista con trabajadores de su dependencia.

En razón de lo anterior, la necesidad de contar con materiales propios no constituye un requisito de existencia para que nos encontremos en régimen de subcontratación y, por lo tanto, resultaría irrelevante determinar quién tiene la calidad de dueño de tales elementos.

A este respecto, según consta de la documentación del proyecto original del Ejecutivo se consideraba como característica del trabajo en régimen de subcontratación que el contratista o subcontratista, en su caso, ejecutaran las labores encargadas por la empresa principal, con sus propios elementos, norma que luego fue eliminada de la definición de subcontratación debido a que se argumentó que en la economía moderna existe confusión respecto a esta variable.

En consecuencia, la Dirección ha determinado que para estos efectos el trabajo en régimen de subcontratación no requiere que las obras o servicios que realiza el contratista por encargo de la empresa principal, sean ejecutadas con elementos propios de aquél.