

OUTSOURCING Y SUBCONTRATACION

Eduardo Fernández Flórez

Abogado

Profesor Universitario de Derecho del Trabajo.
Presidente del Comité Laboral de la
Cámara de Comercio de Santiago

Siguiendo la tendencia de asignar denominaciones anglosajonas a conocidas y antiguas instituciones jurídicas, se presentan actualmente las ventajas de los programas del *Outsourcing*, sinónimo de “externalización” de determinadas funciones de la empresa. Bajo estas nuevas denominaciones se esconde la antigua y conocida subcontratación de servicios y cuando su análisis, como suele ocurrir, se reduce a lo puramente económico, no se advierten los riesgos que para el empleador puede implicar la utilización del sistema, desde el punto de vista del derecho laboral. Es así como el régimen legal de los contratistas después de la vigencia de la Ley N° 19.250 -1 de noviembre de 1993-, y actualmente incorporado al Código del Trabajo, sugiere algunas consideraciones que no pueden soslayarse, por empresarios y trabajadores.

1. CONCEPTO DE “CONTRATISTA”

Para los fines del análisis que sigue resulta útil precisar el concepto que se ha tenido de esta institución, en los ámbitos administrativos y judiciales.

La ley laboral no ha definido lo que debe entenderse por “contratista”. En ausencia de definición legal, la Excma. Corte Suprema hizo suyo el criterio de los Ministros de la I. Corte de Apelaciones de Santiago¹, quienes entendieron que inviste tal carácter quien se obliga para con el dueño de la empresa “a prestarle los servicios necesarios para mantener en funcionamiento la industria de éste mediante el pago de una cantidad determinada”.

Aun cuando el concepto anterior fue emitido, según los Ministros autores del mismo, acorde al “concepto amplio consignado en el Diccionario de la Lengua”, lo cierto es que la definición contenida en este último difiere del texto transcrito. En efecto, para el Diccionario de la Real Academia Española es contratista “la persona que por contrata² ejecuta una obra material o está encargada de un servicio para el Gobierno, para una Corporación o para un particular”.

Por su parte, la Dirección del Trabajo ha sostenido³ que “se entiende por contratista toda persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta

¹ Recurso de queja N° 3945 de 1983.

² Vale decir “en virtud de un contrato”.

³ Dictamen N° 9159-212, de 14 de diciembre de 1990.

para un tercero dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajos o prestaciones de servicio a cambio de un precio convenido, contratando para ello trabajadores”.

Los rasgos comunes de los conceptos enunciados para la configuración de un “contratista” consisten, en consecuencia, en la existencia de una persona ajena a la empresa, natural o jurídica, que celebre un contrato con ella en virtud del cual ejecuta obras materiales o presta determinados servicios, perciba un precio y deba contratar, a su vez, trabajadores para llevar a cabo las obras o servicios.

Como se advierte, las definiciones no distinguen si las obras o servicios a que se obliga el contratista deben ser precisados o bien si pueden tener características generales, especificándose con posterioridad, al momento de concretarse o ejecutarse los trabajos.

No obstante, estimamos que la mayor precisión del trabajo contratado constituye un argumento que eventualmente puede contribuir a radicar la calidad de empleador en el contratista y no en el dueño de la obra (empresa), como luego se dirá.

La institución del “contratista” en los términos expresado ha dado lugar a conflictos laborales a nivel político, administrativo y judicial.

Es así como ciertos sectores han sostenido que esta figura jurídica se presta para la simulación, burlándose derechos de los trabajadores; que éstos, cuando son proveídos por contratistas, tienen las mismas obligaciones que los dependientes de la empresa, pero no sus derechos: no pueden sindicalizarse, negociar colectivamente, tienen menores remuneraciones, etc.; su empleador (contratista) les resulta casi inexistente.

Por otra parte, la realidad práctica del trabajo ha impedido su desaparición, por las necesidades inherentes a las modalidades de las empresas modernas, que muchas veces trabajan utilizando la subcontratación de servicios debido a razones tales como la especialización del contratista, la transitoriedad de los trabajos y otras.

Estas circunstancias han llevado a que, en ocasiones, algunas organizaciones sindicales, apoyadas por una parte de la jurisprudencia administrativa y judicial, hayan sostenido que, aun cuando aparezcan contratos de trabajo suscritos con el contratista, debe considerarse a la empresa o dueño de la obra como el real y verdadero empleador, estimándose que el contratista es un “mero intermediario en la colocación de trabajadores”, equiparándolo en el hecho a una agencia de colocaciones.

Lo anterior permite advertir:

- 1) Que no existen reglas de general aplicación para resolver los casos concretos que se presenten, debiendo analizarse cada caso en particular;
- 2) Que para los efectos del análisis es conveniente determinar cuáles son los elementos tomados en cuenta por la jurisprudencia administrativa y judicial para atribuir la calidad de empleador, sea al contratista sea al dueño de la obra (empresa), independientemente de cuál de ellos suscribió los contratos de trabajo;
- 3) Determinados estos elementos, la empresa podrá adoptar las medidas necesarias para evitar o minimizar los riesgos consiguientes en el evento de que utilice obras, servicios y en general trabajadores suministrados por contratistas;
- 4) Que el problema consistente en la determinación del “verdadero empleador” se acentúa en la medida en que los trabajadores de ambas partes

laboran entremezclados en los mismos lugares, y en cambio se atenúa o no se presenta en cuanto ello no ocurre.

2. LEGISLACION SOBRE LA MATERIA

Como reveladora de las inquietudes en el ámbito político, resulta de interés recordar la Ley N° 16.757, de 1968, que prohibía la ejecución a través de contratistas o concesionarios de los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria, o de reparación o mantención habituales de sus equipos, excluyéndose sólo a la actividad de la construcción, y a trabajos que constituyeran labores especializadas, que el contratista fuere una empresa establecida, que pagare patente como tal y cuyo giro principal fuere precisamente la o las labores encomendadas. Esta ley fue derogada por el Decreto Ley N° 2.759, de 1979, el que estableció en cambio la responsabilidad subsidiaria de la empresa dueña de la obra respecto de las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas en favor de los trabajadores de éstos; así también, el contratista queda subsidiariamente responsable por obligaciones que afecten a sus subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos⁴.

Las mismas normas se contenían en la Ley de Accidentes del Trabajo, con anterioridad, en materia de afiliación y cotización para efectos previsionales⁵.

Otro proyecto de ley, semejante a la derogada Ley 16.757, fue ingresado al Parlamento en 1991, no habiendo tenido tramitación hasta la fecha.

Por su parte, el art. 478 del Código del Trabajo establece en su parte pertinente⁶:

“Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de una a doce unidades tributarias mensuales al empleador que dolosamente simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 474.

“Las multas establecidas en los incisos anteriores se duplicarán en caso de reincidencia dentro de un período no superior a un año, contado desde la evacuación de todos los recursos administrativos y judiciales o desde el vencimiento de los términos para interponerlos, respecto del inciso primero de este artículo, o desde la fecha de la sentencia de término en el caso del inciso segundo”.

“Además, el empleador quedará obligado al pago de todas las prestaciones laborales que correspondieren a sus trabajadores...”

En nuestra opinión, la nueva disposición legal transcrita implica evidentes riesgos para la empresa que no adopte precauciones adecuadas.

Para que proceda la aplicación de sanciones, la ley exige que la empresa actúe “dolosamente” al simular (aparentar o fingir) la contratación de trabajadores a través de terceros (contratistas), con lo cual requiere la concurrencia en el dueño de la obra del elemento subjetivo constitutivo del “dolo”, esto es, la intención positiva de ocasionar perjuicios al trabajador. Como ocurre que muchas veces la subcontratación presenta ventajas para la empresa que al mismo

⁴ Art. 64 del Código del Trabajo, modificado por la Ley N° 19.250 (D. Of. de 30/9/93).

⁵ Art. 4 de la Ley N° 16.744.

⁶ Se transcriben los textos pertinentes del nuevo art. 478, incisos 1, 3 y 4 del Código del Trabajo publicado en el Diario Oficial 24/1/94, establecido por la Ley 19.250, con vigencia desde el 1/11/93.

tiempo constituyen desventajas para el trabajador, por ejemplo, menor costo de mano de obra, creemos que en la práctica podrá suceder sin dificultad que la mera ventaja que impulsó a la empresa a recurrir a la subcontratación se considere como demostración de la intención positiva de causar perjuicios al trabajador en sus intereses, con lo cual se encontraría configurado el dolo y, consiguientemente, la simulación en la subcontratación. Este riesgo se evidencia más aún, en nuestra opinión, si se considera que la persona facultada por la ley para calificar estas situaciones no es el Juez del Trabajo sino—inexplicablemente— el Inspector del Trabajo. El dolo, como elemento intencional que es, resulta extremadamente difícil de acreditar en la práctica, aun para jueces avezados, de lo que resulta posible concluir que los inspectores del trabajo, sin facultades legales y por lo tanto sin la preparación técnica suficiente para resolver cuestiones contenciosas, tenderán a estimar “dolosa” la sola ocurrencia de situaciones puntuales en que los trabajadores dependientes del contratista se encuentren en desventaja respecto de los del dueño de la obra.

La situación descrita, en que se advierte la entrega de facultades judiciales a los inspectores del trabajo, nos permite concluir que en el caso de sanciones administrativas impuestas por aplicación de los incisos citados del art. 478 del Código del Trabajo existen argumentos fundados para sostener la inaplicabilidad de dicha norma legal por inconstitucionalidad de la misma⁷, o bien para impugnar la sanción por la vía del recurso de protección, como se dirá más adelante.

3. JURISPRUDENCIA

A) *Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo*

El tema de los trabajadores de contratistas ha sido reiteradamente tratado por la Dirección del Trabajo. La revisión de esta jurisprudencia a través de los últimos años permite, en nuestra opinión, llegar a la conclusión de que este organismo fiscalizador ha mantenido los siguientes criterios en forma casi invariable:

I) Individualización del verdadero empleador

La finalidad única de la Dirección en esta materia se ha reducido a determinar cuál de las partes—dueño de la obra o contratista— tiene verdaderamente la calidad de empleador. Al resolver—en la mayoría de los casos, que tiene la calidad de tal la empresa o dueño de la obra—, ha concluido que el contratista no es sino “un mero intermediario en la colocación de personal”.

II) Relevancia del elemento “vínculo de subordinación o dependencia”

Como se sabe, esta noción contribuye a configurar el concepto de contrato

⁷ La Constitución Política de la República establece, entre otras disposiciones, que “nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley” (Art. 19, N° 3, inc. 4). Por otra parte, la Excm. Corte Suprema ha resuelto reiteradamente que los inspectores del trabajo no tienen facultades para interpretar contratos.

de trabajo junto con las partes, (empleador y trabajador), los servicios personales y la remuneración⁸.

Este vínculo, de naturaleza jurídica, se manifiesta o existe en la medida que, en relación con la empresa o con el contratista, concurren circunstancias tales como las siguientes, a juicio de la Dirección⁹:

- a) Supervigilancia y dirección de los trabajos;
- b) Instrucciones para la ejecución de los mismo;
- c) Control de horarios de asistencia, y jornada de trabajo;
- d) Implantación de prohibiciones y obligaciones;
- e) Lugar en que se prestan los servicios;
- f) Propiedad de las herramientas, maquinarias, instalaciones y en general de los elementos materiales;
- g) Dependencia del personal que supervigila e imparte órdenes (es decir, de quién depende este personal);
- h) Pago de remuneraciones y anticipos;
- i) Personal encargado de subsanar o regularizar las eventualidades que se produzcan y, en general, que ejecuta o dispone actividades propias de dirección o administración de una empresa.

A través de diversos dictámenes la Dirección ha concluido que la calidad de verdadero empleador de los trabajadores que figuran como dependientes del contratista la tiene ya sea la empresa dueña de la obra o el mismo contratista, según si las circunstancias mencionadas se dan respecto de una u otra de estas partes, siendo para ello indiferente o irrelevante el hecho de que haya sido el contratista quien aparece suscribiendo los respectivos contratos de trabajo.

III) Concepto "utilización del trabajo"

Este elemento también ha sido considerado por la Dirección del Trabajo, fundándose en el concepto legal de "empleador", según el cual tiene esta calidad "la persona natural o jurídica *que utiliza los servicios...* de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo"¹⁰.

De acuerdo a la jurisprudencia citada, la mera realización de trabajos para la empresa constituye una utilización por ésta de los servicios. No se formulan distingos al respecto, ni tampoco se examina la posibilidad de que también pueda existir tal utilización por parte del contratista respecto de los servicios entregados por su intermedio al dueño de la obra. Ello nos parece un análisis incompleto y parcial del concepto de "utilización", ya que por esta vía podría llegarse al absurdo de que la institución misma de la subcontratación no existiría.

⁸ Art. 7 del Código del Trabajo.

⁹ Entre los dictámenes más relevantes de la Dirección del Trabajo en relación con el "vínculo de subordinación o dependencia" pueden citarse: N^{os}. 4630 de 1984; 5692 de 1985; 656 de 1986; 3401 de 1987; 6781 de 1987; 3861 de 1988; 7411 de 1988; 5437 de 1989; 2017 de 1990. Siendo reiterativos en su argumentación y conclusiones, pueden verse especialmente los N^{os}. 6781 de 1987 para los requisitos signados a), b), c) y d), y 7411 de 1988 para los signados e), f), g), h) e i).

¹⁰ Artículo 3, letra a) del Código del Trabajo.

B) *Jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema sobre la materia*

En ella pueden distinguirse, en nuestra opinión, dos etapas. La primera, hasta 1991 aproximadamente, coincidió con el criterio de la Dirección del Trabajo ya expuesto, reiterando la opinión sobre el vínculo de dependencia, sus elementos, e incluso agregando otros, como el hecho de que la empresa contratista presuntamente empleadora no tenga oficina en la zona en que tienen lugar los trabajos y estimando que si el precio del contrato entre la empresa y el contratista depende de los montos y reajustes pagados por el contratista a sus trabajadores, ello demuestra que el contratista es un "mero intermediario", sin ser el verdadero empleador¹¹.

En una segunda etapa (desde 1991, aproximadamente), el criterio de la Excm. Corte Suprema ha presentado dos cambios de importancia en relación con los anteriores:

- a) Ha impugnado derechamente la facultad de la Dirección del Trabajo en orden a interpretar jurídicamente contratos de trabajo, basándose en que al organismo fiscalizador corresponde "fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo" y no de los contratos¹².
- b) Lo anterior trae como consecuencia, según la Corte, la ausencia de facultades por parte de la Dirección del Trabajo "para calificar jurídicamente los conceptos de subordinación y dependencia que determinan la relación laboral, siendo, conforme a la Constitución Política, los tribunales los únicos que pueden calificar jurídicamente los hechos, fijando sus características y efectos".
- c) Haciendo aplicación de estos principios, y considerando además las libertades de trabajo, de desarrollar actividades económicas, de libre contratación y el derecho de propiedad en la Constitución Política¹³, la Excm. Corte Suprema ha dejado sin efecto las sanciones impuestas por la Dirección del Trabajo a empresas que utilizan servicios o trabajadores mediante contratistas, por negarse éstas a acatar las instrucciones de la Dirección en orden a suscribir directamente contratos de trabajo con dichos dependientes¹⁴.

Como puede advertirse, este nuevo criterio contraría al de la Dirección a lo menos en cuanto se refiere al órgano facultado legalmente para calificar estas situaciones. No obstante, debe tenerse presente que tales decisiones judiciales han recaído en recursos de protección, los que por su misma naturaleza están destinados a proteger en lo inmediato al que sufra la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de sus derechos, dejando abierta la posibilidad de que el conflicto se resuelva en definitiva, con posterioridad, por la vía del procedimiento judicial ordinario que corresponda, entre las partes interesadas.

¹¹ Fallos de la Excm. Corte Suprema: 6 de julio de 1987; 25 de julio de 1988; 16 de abril de 1990; 24 de septiembre de 1991; 23 de octubre de 1991, entre otros.

¹² Artículo 1 del D.F.L. N° 2 de 1967, sobre Organización y Funciones de la Dirección del Trabajo.

¹³ Artículo 19, N°s. 16, 21 y 24 de la Constitución Política de la República.

¹⁴ En este sentido, ver fallos de la Excm. Corte Suprema de 24 de septiembre y de 23 de octubre de 1991.

La opinión del alto tribunal no significa, por lo tanto, un cambio de criterio en cuanto se refiere al fondo de la materia sino sólo en la forma de resolverlo, y especialmente en relación, como se expresó, con las facultades del organismo fiscalizador.

CONCLUSION

El tema es confuso, y no admite con facilidad su regulación precisa. La figura del subcontrato, sin duda, se presta a abusos y justifica la preocupación del legislador, aun cuando su utilidad práctica es tan evidente —rectamente entendida— que hoy ha llegado a ser imprescindible en las operaciones de las empresas, como quedó de manifiesto durante la tramitación parlamentaria de la Ley 19.250, lo que justifica su defensa. Por ello es importante que tanto empresarios como trabajadores utilicen la institución del subcontrato —*outsourcing*— rectamente, asegurando así su subsistencia: las cosas que se pierden no son sólo las que no se defienden, sino también las que se utilizan indebidamente. Y en este caso la defensa suele ser difícil.