

DERECHO LABORAL

EL ELEMENTO LOCATIVO EN LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL

Claudio Palavecino¹

RESUMEN: En este artículo se analiza el elemento locativo explicitado por la ley 20.123 al tipificar el trabajo en régimen de subcontratación. También se hace una crítica de la posición de algunos autores y de la Dirección del Trabajo que pretende desconocer dicho elemento.

1.- INTRODUCCIÓN

La ley 20.123 introdujo un nuevo título VII al Libro I del Código del Trabajo (CT), denominado "del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios". La regulación, cuya vigencia comenzó el 14 de enero de este año, intensifica la posición de garante que desde antiguo la legislación laboral venía atribuyendo al empresario que contrata con otras obras o servicios, en relación con los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas. La empresa que encarga la obra o el servicio (empresa principal) responde solidariamente con el contratista respecto de las obligaciones laborales y de seguridad social de este último.

Aunque el derogado art. 64 CT no era explícito al respecto, incluso bajo su vigencia el sentido común sugería que la comunicación de responsabilidades laborales no podía tener lugar indiscriminadamente a partir de cualquier contrato de obra o servicio celebrado por el empresario principal, sino sólo respecto de aquellos cuya ejecución conlleva la incorporación de trabajadores ajenos al espacio físico dentro del cual la empresa principal organiza y dirige su actividad.

Y es que si hay algún fundamento para admitir la destrucción del principio del efecto relativo de los contratos en sede laboral,² aquél no puede ser otro que la relación paralela e indirecta que se suscita entre el empresario principal y los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas. Ese vínculo mediato que he llamado "subordinación de segundo grado"³ se produce solamente cuando, en el contexto de una obra o servicio encomendados a un contratista, sus trabajadores se incorporan al espacio físico controlado por la empresa que encargó la obra o el servicio.

Lo mismo se viene afirmando en el Derecho comparado. Por ejemplo a propósito del modelo regulativo español se ha dicho que "es la inmediatez de la prestación de trabajo en la empresa principal la que genera esa especie de relación mediata que justifica incluso, por la existencia de un margen de control del empresario principal, las responsabilidades y cargas que a éste se le imponen frente a los trabajadores del contratista sobre los que, por así decirlo, tiene algún tipo de acceso".⁴

2.- EL ELEMENTO LOCATIVO EN EL ART. 183-A CT

El nuevo art. 183-A CT, que define el trabajo en régimen de subcontratación, se refiere a la empresa principal como una "persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena 'en' la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas".

De la simple lectura de la disposición aparece que la preposición "en" está aquí denotando dónde, en qué lugar, en fin, dentro de qué espacio físico deben ejecutarse las obras o servicios para que estemos ante el trabajo en régimen de subcontratación relevante a efectos legales.

Por consiguiente, la ley introdujo como un elemento tipificante del trabajo en régimen de subcontratación y, por vía consecencial, como requisito de imputación de las responsabilidades conexas a dicho régimen, una circunstancia locativa, geográfica o espacial. Atendiendo a

dicho elemento geográfico, el contrato de obra o de servicio relevante, a efectos de la imputación de responsabilidades entre las partes que lo celebran, es aquel cuya ejecución debe materializarse en un espacio físico cuyo dominio, posesión o mera tenencia corresponde a la empresa principal. Y es que, como es natural, la empresa principal sólo podrá organizar los factores productivos dentro de un espacio que pueda ocupar legítimamente, esto es, con la cobertura de algún título jurídico.

En cualquier caso la relación de la empresa principal con el lugar en que se prestan los servicios no tiene por qué interpretarse en un sentido estrictamente dominical, sino también como una relación posesoria o de mera tenencia u ocupación amparadas por alguna clase de título; o bien interpretarse que la condición de dueño se refiere a los derechos, cualquiera sea su naturaleza, que la empresa principal tiene sobre el espacio físico en que se prestan los servicios y no necesariamente al derecho de propiedad sobre ese espacio físico. Así lo entendió la Corte Suprema cuando resolvió que "para los efectos de la aplicación del artículo 64 del Código del Trabajo, la municipalidad demandada debe considerarse dueña de las obras o trabajos de mantenimiento de las áreas verdes de la comuna, al margen de que estas áreas verdes, en su condición de bienes nacionales de uso público, pertenezcan en dominio a la nación toda, con arreglo al artículo 589 del Código del Procedimiento Civil".⁵

3.- SUBCONTRATACIÓN IMPROPIA EN RAZÓN DEL LUGAR EN QUE SE EJECUTA LA OBRA O DESARROLLA EL SERVICIO

Esta opción político-laboral adoptada por los poderes colegisladores determina que las obras o servicios contratados por la empresa principal, cuya ejecución se llevará a cabo fuera de las dependencias o de cualquier espacio físico ocupado por la empresa principal, se configuren como una subcontratación atípica o impropia y queden, por tanto, excluidos del régimen de responsabilidades con que la ley grava la subcontratación típica.

Desde luego, quedan excluidos del régimen de responsabilidades aquellos contratos de obras o servicios y figuras afines cuya ejecución se realiza dentro del ámbito espacial controlado exclusivamente por el propio contratista, por ejemplo, en sus propias dependencias. También aquellos contratos de servicios que tienen por objeto la distribución y/o comercialización de los bienes que produce la empresa principal. El caso paradigmático es el contrato de transporte de mercancías en el cual la actividad del contratista se desarrolla, por su propia naturaleza y fin, más allá del espacio físico ocupado por la empresa principal.

Pero también esta exclusión cubre otros supuestos tales como aquel en que la empresa principal encomienda al contratista la venta o distribución de sus productos o servicios en superficies comerciales de las que es titular el propio contratista; o cuando la empresa principal, junto con transferir al contratista determinadas operaciones o funciones cede, bajo cualquier título, el sitio o recinto en que se venían desarrollando.

4.- LA NEGACIÓN DEL ELEMENTO LOCATIVO.

*HOC VOLO, SIC IUBEO: SIT PRO RATIONE VOLUNTAS.*⁶

Contra lo que he venido diciendo,⁷ comentaristas recientes de la nueva legislación niegan la existencia del elemento locativo, señalado que "no es razonable" y que "plantea dificultades prácticas y jurídicas para determi-

¹ Abogado de Ernst & Young.

² Sobre la crítica a la fundamentación con que se ha pretendido justificar en Chile la derogación de este principio y, con él, de la libertad de contratación laboral del empresario, véase, PALAVECINO (2006) pp. 6-7.

³ Véase, PALAVECINO (2006) pp. 245-265.

⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1996) p. 32.

⁵ López con servicios de cobranza externa limitada (2000).

⁶ "Esto quiero, así lo mando. Que mi voluntad se convierta en ley", Juvenal, *Sátiras*, 6, 223.

⁷ Véase, además, PALAVECINO (2006) pp. 36-38.

nar cuándo se configura el trabajo en régimen de subcontratación".⁸ No se ofrece argumento alguno para sustentar tales asertos. De la misma manera gratuita, estos comentaristas sostienen que "la circunstancia que determina la existencia del trabajo en régimen de subcontratación a partir del examen de la preposición 'en' tendrá que ver con la intervención del contratista o subcontratista en algún proceso productivo de la empresa, con independencia del lugar donde se presten los servicios".⁹

En verdad, no es el elemento locativo el que conduce a situaciones irracionales, sino su negación. Porque la empresa principal puede externalizar funciones propias de su ciclo productivo sin que se suscite, siquiera mediatamente, la incorporación de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas al ámbito organizacional y directivo de aquella. Por ejemplo, una empresa que fabrica computadoras envía los discos duros en proceso de fabricación a otra empresa para que esta última, en sus propias instalaciones, les añada unos determinados chips, que luego reenvía a la empresa principal. Como quiera que se encuadre jurídicamente esa externalización de funciones conlleva una prestación de hacer y, de otra parte, está innegablemente vinculada al ciclo productivo de la empresa principal. Sin embargo, constituiría un exceso evidente endilgarle a la empresa principal la responsabilidad solidaria sobre de los derechos de trabajadores respecto de los cuales jamás tendrá ninguna clase de proximidad o acceso.

Por otra parte "muchas empresas confían sus ventas a concesionarios o agentes; contratan con firmas especializadas el mantenimiento de sus propias instalaciones o la asistencia técnica a la clientela; recurren a agencias de publicidad para promocionar las ventas o para comunicaciones externas; o encargan a entidades profesionales la producción de software aplicativo, la elaboración de datos o la realización de funciones administrativo financieras (nóminas, contabilidad, etc.)."¹⁰ ¿Habría, pues que extender las responsabilidades de la ley 20.123 a todas estas actividades *con independencia del lugar donde se presten los servicios*? Tal interpretación sería por completo absurda, porque implicaría en definitiva que las empresas responderían por las obligaciones laborales de todas las compañías con las cuales tengan alguna clase de relación comercial. Y suponiendo que no deseemos sostener semejante sinrazón ¿cómo deslindar, prescindiendo del elemento locativo, cuáles actividades van a dar lugar a la subcontratación típica y a las responsabilidades conexas y cuáles no?

Lejos de *plantear dificultades prácticas y jurídicas para determinar cuándo se configura el trabajo en régimen de subcontratación*, el elemento locativo ofrece un criterio objetivo y claro para deslindar la subcontratación típica de la subcontratación atípica y, lo más importante, para definir si el empresario principal responde o no por los trabajadores de su contratista.

Es importante consignar que no se puede entender ni justificar la responsabilidad directa que el art. 183-E CT hace recaer sobre la empresa principal respecto de las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, sin recurrir al elemento locativo. Esta responsabilidad se extiende a "*todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia*", lo cual sólo resulta razonable cuando dichos trabajadores prestan servicios en un espacio físico de la empresa principal. ¿Quién sino el propio titular del espacio físico donde convergen trabajadores propios y ajenos está en condiciones de adoptar "*las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud*" de los mismos? ¿Cómo podría la empresa principal disponer e implementar unilateralmente tales medidas en espacios físicos de los contratistas o de terceros?

Por su parte, la Dirección del Trabajo ha estimado necesario fijar el sentido y alcance de las nuevas normas sobre trabajo en régimen de subcontratación y, como viene siendo corriente en el ejercicio de su función interpretativa, lo hace *contra legem*. En efecto, al fijar los requisitos del trabajo en régimen de subcontratación la Dirección del Trabajo afirma que "existirá subcontratación, tanto si las obras o servicios que ejecutan los trabajadores del contratista se desarrollan en las instalaciones o espacios físicos propios de la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, como fuera de éstos"¹¹. El dictamen reitera majaderamente la negación del elemento locativo: "carece de incidencia para los señalados

efectos, el lugar en que deban desempeñarse los trabajadores del contratista".¹² Como único fundamento para desatender la letra y el sentido del art. 183-A CT, la Dirección del Trabajo invoca la historia fidedigna del establecimiento de la ley Nº 20.123. Curiosamente, para el ente fiscalizador la "historia fidedigna" del art. 183-A quedó circunscrita a los dichos del señor Ministro del Trabajo y Previsión Social en la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Honorable Cámara de Diputados. Huelga decir que en parte alguna consta que dicha comisión, o que la Cámara hiciera suya la opinión del señor Ministro.

Para la Dirección del Trabajo lo sustancial será que la empresa principal sea dueña de la obra o faena que debe realizar el personal subcontratado. Vale decir, las obras o faenas "deben corresponder a actividades que pertenezcan a la organización de la empresa principal y que estén sometidas a su dirección".¹³ El problema está en que, salvo la titularidad sobre el lugar de ejecución –que según el dictamen es irrelevante– no se observan otros criterios igualmente fiables y objetivos para determinar cuándo una obra o faena está dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa principal y cuando no lo está. La Dirección del Trabajo prefiere un criterio más laxo, como la autonomía funcional del contratista, que deje amplio margen a la discrecionalidad de sus agentes fiscalizadores. Pero, a poco andar, el organismo se traiciona y recurre impudicamente al mismo elemento locativo cuya relevancia había negado contumazmente renglones antes: "Tampoco podrían considerarse trabajo en régimen de subcontratación las asesorías jurídicas o contables, en la medida que exista autonomía funcional respecto del cliente y *cuenta con sus propias oficinas desde las cuales se desarrolla el servicio*. En la misma situación pueden encontrarse servicios de bodega y/o almacenamiento, cuando la empresa que ofrece este servicio *cuenta con sus propias instalaciones y organización*".¹⁴

5.- CONCLUSIÓN

Para que estemos ante una subcontratación típica y se genere la comunicación de responsabilidades laborales y de seguridad social desde el contratista-empedor hacia la empresa principal-no empleadora, la obra o servicio debe ejecutarse en un espacio físico controlado por la empresa principal. Negar a este elemento locativo su cualidad tipificante del trabajo en régimen de subcontratación, significa no sólo desconocer la letra del art. 183-A CT, sino, lo que es más grave, expandir irracionalmente los alcances de las responsabilidades empresariales del trabajo subcontratado y entregar un amplio margen a la arbitrariedad del órgano fiscalizador a la hora de calificar los supuestos fácticos que dan lugar a dichas responsabilidades. ●

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BLAT, F (2000): "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en AAVV: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratos. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, (Valencia, Tirant lo Blanch) p. 50
- LIZAMA, L. y UGARTE, José Luis (2007): *Subcontratación y suministro de trabajadores*, (Santiago, editorial LexisNexis) p. 22.
- PALAVECINO, Claudio (2006): "Ley Nº 20.123 sobre subcontratación. Dos puntos críticos", en: *La Semana Jurídica* Nº 319: pp. 6-7.
- PALAVECINO, Claudio (2006): *Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 36-38.
- PALAVECINO, Claudio (2006): "La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios. Un intento de precisar su fundamento y extensión", en: *Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, Año VII: pp. 245-265.
- RODRÍGUEZ-PINERO, M. (1996): "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 ET", en: *Relaciones Laborales*, vol I: p. 32.

NORMAS CITADAS

- Ord. Nº 141/05 de 10 de enero de 2007, p. 4.

JURISPRUDENCIA CITADA

- López con servicios de cobranza externa limitada* (2000): Corte Suprema 30 de mayo de 2000 (recurso de casación en la forma inadmisibile), *Revista Gaceta Jurídica*, Nº 244, p. 200.

⁸ LIZAMA, L. y UGARTE, José Luis (2007) p. 22.

⁹ Ídem, pp. 22-23.

¹⁰ BLAT, F (2000) p. 50.

¹¹ Ord. Nº 141/05 de 10 de enero de 2007, p. 4.

¹² Ídem.

¹³ Ídem, p. 5.

¹⁴ Ídem, p. 6.