



UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES

ESCUELA DE DERECHO

**LA PRECARIZACIÓN LABORAL Y SALARIAL DERIVADA DEL
RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN LABORAL**

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

GISELLE HERNÁNDEZ SANABRIA

PROFESOR GUÍA: EDMUNDO ENRIQUE VILCHES LUZIO

Santiago de Chile, 2021

DEDICATORIA

Esta Tesis va dedicada a mis padres, quienes siempre me inculcaron el estudio y la superación personal.

Pensar en ustedes me ha dado fuerza y energía para superar cualquier adversidad que se me ha presentado durante el tiempo que no hemos estado juntos.

También la dedico al profesor Edmundo Enrique Vilches Luzio, puesto que sin su ayuda nunca habría podido concretar esta investigación.

ABREVIACIONES:

ORD. (Ordinario). Referente a un dictamen de la Dirección del Trabajo.

OIT. (Organización Internacional del Trabajo).

DFL. (Decreto con Fuerza de Ley).

p. página.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.- ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO LABORAL	4
1.1.- Fuentes del Derecho Laboral	4
1.2.- Principios del Derecho Laboral	6
1.3.- El trabajador	8
1.3.1.- Regulación. y Concepto.	
1.4.- El empleador	9
1.4.1.- Regulación y Concepto.	
1.5.- La empresa	9
1.5.1.- Regulación y Concepto.	
CAPÍTULO II.- RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN LABORAL	11
2.1.- La descentralización productiva	11
2.2.- Mecanismos de descentralización productiva	11
2.3.- Concepto y normativa chilena en torno a la subcontratación laboral. ..	12
2.3.1.- Responsabilidades del contratista y la empresa principal.....	14
2.3.1.1.- Responsabilidad solidaria.....	14
2.3.1.2.- Responsabilidad subsidiaria.....	16

2.4.- Tipos de subcontratación.....	17
2.4.1.- Subcontratación de bienes y servicios.....	17
2.4.2.- Subcontratación de servicios personales.....	18
2.5.- Factores que determinan la precarización laboral como resultado de la subcontratación.....	19
CAPÍTULO III.- LA EXPERIENCIA COMPARADA EN OTROS PAÍSES.....	21
3.1.- América.....	21
3.1.1.- Argentina	
3.1.2.- Brasil.....	22
3.2.- Europa.....	22
3.2.1.- Alemania.....	22
3.2.2.- España.....	24
CONCLUSIONES.....	25
BIBLIOGRAFÍA.....	27

RESUMEN

Este trabajo es una investigación del fenómeno de la subcontratación laboral y las distintas consecuencias negativas que se han verificado producto de este método de descentralización productiva en distintos países, tanto de América Latina como de Europa. Para poder llegar a analizar esos problemas de fondo daré una pincelada de lo que es en general el derecho Laboral en el ordenamiento jurídico chileno, comenzando por sus cimientos al conocer las fuentes que lo inspiraron, los principios en que se apoya esta rama del derecho, los distintos conceptos que permitirán un mejor entendimiento de la cuestión en estudio, ya que se relacionan directamente, como por ejemplo la definición de trabajador, de empresa, de empleador, el significado de la subcontratación laboral y la explicación de los distintos métodos de descentralización productiva que podemos identificar.

En cuanto a los problemas que veremos que derivan del régimen del subcontrato nos daremos cuenta que se repite mucho la precarización laboral de personas migrantes que se desarrollan como trabajadores subcontratados, evidenciando que en pleno siglo XXI aún existen personas que por necesidad se ven obligados a trabajar en condiciones de semi esclavitud. También existe una tendencia a que los abusos de la subcontratación se vean reflejados en su mayoría en sectores específicos de producción, como es el caso de la industria textil en Argentina o la industria de la carne en Alemania.

ABSTRACT

This work is an investigation of the phenomenon of labor subcontracting and the different negative consequences that have been verified as a result of this method of productive decentralization in different countries, both in Latin America and in Europe. In order to be able to analyze these underlying problems, I will give a brushstroke of what Labor law is in general in the Chilean legal system, starting with its foundations by knowing the sources that inspired it, the principles on which this branch of law is based, the different concepts that will allow a better understanding of the question under study, since they are directly related, such as the definition of worker, company, employer, the meaning of labor subcontracting and the explanation of the different methods of productive decentralization that we can identify.

Regarding the problems that we will see that derive from the subcontract regime, we will realize that the job insecurity of migrants who develop as subcontracted workers is repeated a lot, showing that in the XXI century there are still people who by necessity are forced to work in semi-slavery conditions. There is also a tendency for outsourcing abuses to be mostly reflected in specific production sectors, such as the textile industry in Argentina or the meat industry in Germany.

INTRODUCCIÓN

En mi camino como estudiante universitaria, pude darme cuenta de que la rama del derecho Laboral es una de las que más me atrae, por no decir la que más, y es por ello que decidí realizar mi investigación respecto a un tema específico dentro de este inmenso mundo. Mi gusto por esta especialidad del derecho fue aumentando progresivamente cuanto más me adentraba en el estudio de las normas legales que la regulan, y de todas las instituciones que la conforman, como por ejemplo, La Dirección del Trabajo, que juega un rol fundamental en la determinación del sentido y alcance de las leyes que el Código del Trabajo nos establece, interpretándolas para un mejor entendimiento del ciudadano que no conoce la terminología jurídica. Sumado a ello, al haber trabajado como asistente en un estudio jurídico dedicado expresamente al Derecho Laboral, no pude sino enamorarme de ésta noble legislación que protege a los trabajadores, quienes siempre se encontrarán en una posición inferior respecto a los empleadores. Desde mi punto de vista, es una forma de reivindicación de la clase obrera-trabajadora.

Planteamiento del problema: El Derecho del Trabajo es también un ámbito que nos debe interesar a todos, pues estamos en constante interacción con él, ya sea que seamos trabajadores dependientes o independientes, tengamos una empresa, etc.

Ahora bien, aunque nuestro Código Laboral es un cuerpo normativo bastante actualizado a los tiempos que vivimos, también debe ser modificado en algunos aspectos. Es así que en éste trabajo, quise abordar uno de esos ámbitos que considero

deben ser regulados con mayor claridad, ya que afectan el desarrollo íntegro de los trabajadores y sus familias, me refiero al Régimen de Subcontratación, una de las causas del aumento de la precarización laboral y salarial en nuestro país.

El principal problema que surge en torno al tema de la subcontratación laboral es la desprotección a los trabajadores, pues son ellos quienes deben postular por diversos medios a estas empresas intermediarias entre la empresa mandante y el trabajador, son ellos quienes reciben sueldos precarios, ya que los montos de sus remuneraciones son inmensamente inferiores a lo que en realidad se paga por ese trabajo, sumado al inexistente resguardo del derecho a la igualdad de trato entre trabajadores transitorios y permanentes de la empresa usuaria, e incluyendo la no promoción y cobertura de los derechos colectivos de que gozan los trabajadores por mandato constitucional, lo que no se materializa por causa de la presión ejercida por sus superiores. Por todo ello, es que afirmo que se conjuga un desamparo a los trabajadores subcontratados, quienes han debido subsumir sus habilidades a un sistema implementado hace ya 15 años, al menos en lo que respecta a la regulación normativa.

Objetivo General: El objetivo general que me tracé con esta investigación fue profundizar en la realidad laboral en Chile y en el mundo respecto a la subcontratación para identificar los principales problemas que trae aparejada.

Objetivos Específicos: Como objetivos específicos me propuse primero que nada entender lo que es el mecanismo de descentralización productiva denominado subcontratación; determinar cuáles son los principales problemas que se presentan en algunos países cuando se abusa del subcontrato; dar alternativas de solución a dichos problemas, como por ejemplo la Precarización laboral y salarial que derivan de este método de externalización de servicios.

Preguntas de investigación: En ese contexto, logré dar respuestas a ciertas interrogantes que consideré eran material fundamental para el desarrollo de mi tesis, como por ejemplo; ¿Cómo se manifiesta la precarización laboral derivada del subcontrato?; ¿Qué problemas ha desencadenado la subcontratación en otros países?, ¿Podrán trabajador subcontratado y empleador directo llegar a un consenso remuneracional favorable para ambos?, ¿Existe alguna forma de que los Estados puedan disminuir los riesgos a que se enfrentan los trabajadores subcontratados?.

Metodología empleada: Para realizar este trabajo utilicé los métodos de investigación cualitativo, de recopilación de información documental y no experimental.

CAPÍTULO I.- ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO LABORAL.

1.1.- Fuentes del Derecho Laboral.

Las fuentes del derecho son el fundamento último del Derecho, considerado desde una perspectiva general, y no de un ordenamiento jurídico en particular. En el Derecho del Trabajo podemos encontrar fuentes materiales y fuentes formales, las primeras son entendidas como diversos factores políticos, económicos, sociales, científicos técnicos, etc. presentes en una sociedad que influyen en forma significativa en la producción y contenido de una o más normas del ordenamiento jurídico que rige en dicha sociedad, mientras que las fuentes formales son los procedimientos a través de los cuales se producen normas jurídicas, los modos que éstas tienen de manifestarse y los continentes normativos donde es posible localizar a esas mismas normas una vez que han sido producidas.

Algunas fuentes materiales del Derecho del Trabajo chileno son: La Revolución Industrial; El modelo económico Capitalista; El derecho liberal individualista; La influencia de la Iglesia Católica; La denominada “cuestión social”; La intervención del Estado en las relaciones laborales; El conflicto de intereses entre trabajadores y empleadores, entre otras.

Por su parte, las fuentes formales del Derecho Laboral admiten una subclasificación en fuentes formales de origen estatal; fuentes formales de origen internacional y fuentes formales privadas o de origen profesional. Las fuentes de origen internacional están constituidas por la normativa que dicta la OIT y los tratados y convenciones internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, mientras que las fuentes de origen estatal son toda la variedad normativa y

jurisprudencial que se encarga de regular internamente el Derecho del Trabajo. Dichas fuentes son; La Constitución Política de la República que establece, entre otros derechos, la libertad de trabajo, la libertad de contratación, el derecho a la negociación colectiva en la empresa, el derecho a la libre sindicalización, y el derecho a huelga; La Ley, siendo desde la más importante que es nuestro Código del Trabajo hasta las que regulan materias específicas como el DFL 2 de 1967, del Ministerio del Trabajo, que es la Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, la Ley 19.070 de 1997, que aprueba el Estatuto de los Profesionales de la Educación y la Ley 19.728 del año 2001, que establece el Seguro de Desempleo, no siendo éstas las únicas; Los Decretos, Circulares y Reglamentos, que son manifestaciones de la potestad reglamentaria consistentes en la facultad que tienen ciertas autoridades administrativas de dictar reglas de obligatoriedad, más o menos generales, para el cumplimiento de una ley o de una disposición administrativa y para la satisfacción de necesidades públicas; la Jurisprudencia, que si bien no constituye fuente formal del derecho al no ser vinculante, si contribuye en el ámbito doctrinario que emana tanto de los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia que sería la jurisprudencia judicial, como también de la jurisprudencia administrativa integrada fundamentalmente por los dictámenes que ejecuta la Dirección del Trabajo en ejercicio de su función interpretativa, y ambas son utilizadas a menudo por los propios tribunales laborales para lograr uniformar y aclarar el sentido de ciertas normas.

En cuanto a las fuentes privadas o de origen profesional, encontramos; El reglamento interno de la empresa; al cual el legislador laboral le dedica el Capítulo I del Título III del Código del Trabajo, expresando en su artículo 153, la obligación que tiene

el empleador con 10 o más trabajadores permanentes a su cargo, de elaborar el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, el que debe contener las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores en función de desarrollar un ambiente laboral digno y de mutuo respeto entre ellos; Los Instrumentos colectivos, conformados por los contratos y convenios colectivos y los fallos arbitrales; y el Contrato individual de trabajo, definido en el artículo 7 del Código Laboral como: *“una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”*.

1.2.- Principios del Derecho Laboral.

El destacado profesor uruguayo Américo Plá Rodríguez, establece los siguientes principios que conforman el Derecho del Trabajo:

- ¹Principio protector, el cual está compuesto por la regla de la norma más favorable, la regla de la condición más beneficiosa y la regla in dubio pro operario. Este principio parte de la base de que existe desigualdad entre empleador y trabajador, y por lo tanto, es un objetivo principal del Derecho del Trabajo propender a la igualdad entre ambas partes, amparando al trabajador que siempre será quien tenga desventaja. En cuanto a la regla de la norma más favorable, significa básicamente que cuando existan varias normas aplicables a una misma situación, se deberá utilizar la norma que sea más favorable al trabajador, rompiendo de ésta forma con el esquema de la jerarquía normativa.

¹ PLA RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo, segunda edición*, p.23.

La regla de la condición más beneficiosa se relaciona mucho con la regla anterior, pero ésta, sin embargo, viene a regular una situación más específica, cuando nos plantea que ²cuando exista una situación concreta anteriormente reconocida, ella debe ser respetada, en la medida en que sea más favorable para el trabajador que la nueva norma que se intenta aplicar. En cuanto a la regla in dubio pro operario, está entrelazada con las dos anteriores, pero significa que cuando el juez se encuentre ante una norma que tenga varios sentidos, debe utilizar aquel que sea más favorable al trabajador.³

- Principio de la buena fe, se vincula estrechamente con lo que expresa nuestro Código Civil en su artículo 1546 cuando nos dice que *"los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella"*, pues en el contrato de trabajo tanto trabajador como empleador se obligan al cumplimiento de las obligaciones que de él derivan, teniendo el trabajador por su parte, que realizar con el empeño necesario las funciones que se le encomiendan. Este principio es fundamental en todo el ordenamiento jurídico, y en el derecho del trabajo se relaciona principalmente con la lealtad con que deben actuar ambas partes mediante una actitud honesta en el desempeño de sus obligaciones para el efectivo cumplimiento de los objetivos trazados en la relación laboral.

² PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo, segunda edición*, p.60.

³ PLA RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo, segunda edición*, p.40.

- Principio de la continuidad de la relación laboral, también denominado de estabilidad o permanencia, se propone darle tranquilidad y certeza al trabajador al momento de firmar un contrato de trabajo, el cual se espera que sea duradero en el tiempo, o como dijera el profesor Américo Pla Rodríguez, ⁴"*este principio expresa la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos*".

- Principio de la irrenunciabilidad, que plantea que el trabajador no puede renunciar a los derechos de carácter individual que la legislación laboral le ha concedido. Por ejemplo, no puede renunciar a su remuneración ni a sus vacaciones.

- Principio de la primacía de la realidad, que establece básicamente que cuando exista discordancia entre hechos que se dan en la realidad y lo que se puede observar de documentos, debe darse prioridad a lo primero, osea, a lo que en los hechos ocurrió, lo que es real.

1.3.- El trabajador.

1.3.1.- Regulación y concepto.

Nuestro Código del Trabajo realiza una distinción entre trabajador y trabajador independiente, estableciendo el concepto legal para cada uno de estos tipos de

⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo, segunda edición*, p.154.

trabajadores. Es así que en la letra b) de su artículo 3 define al trabajador como *"toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo"*, y en la letra c) del mismo artículo conceptualiza al trabajador independiente como *"aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia"*.

1.4.- El empleador.

1.4.1.- Regulación y Concepto.

En el propio artículo 3 letra a) del Código del Trabajo chileno se establece la definición de empleador, conceptualizándolo como: *"la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo"*.

1.5.- La empresa.

1.5.1.- Regulación y Concepto.

En el inciso tercero del Código del Trabajo, nuestro legislador destaca que la definición que establecerá de "empresa" está destinada a su aplicación en el ámbito de la legislación laboral y de seguridad social, dando a entender que pueden existir otros conceptos dependiendo de la materia de que se trate. Pero bien, este es un concepto legal y el que más se acerca a nuestro ámbito de estudio, por lo que para efectos de esta investigación entenderemos que empresa es, en el sentido que nos establece nuestro legislador laboral, *"toda organización de medios personales, materiales e*

inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada".

CAPÍTULO II.- RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN LABORAL.

2.1.-.La descentralización productiva:

De acuerdo a la definición que nos brinda el profesor Cruz Villalón, entendemos la descentralización productiva como: ⁵*"la forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo."*

2.2.- Mecanismos de descentralización productiva.

Si analizamos los distintos mecanismos de externalización de los servicios, como una forma de manifestación de la descentralización productiva podemos encontrar entre ellos el régimen de subcontratación y el suministro de trabajo. Ambos mecanismo pueden desencadenar en ilegalidades cuando no se cumplen los requisitos que se establecen en la Ley para dichos procedimientos, dándose lo que se conoce como cesión ilegal de trabajadores, figura que no ha sido reconocida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico pero si se reconoce internacionalmente.

Entre las ilegalidades que se pueden presentar en cuanto a la cesión de trabajadores encontramos "la simulación de la figura del empleador", cuando se muestra a una persona que supuestamente responde de las obligaciones laborales

⁵ CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Derecho del Trabajo y Descentralización Productiva*, XVIII Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad, Paris, septiembre de 2006, p.02.

para con el trabajador, pero en realidad no es para quien el o los trabajadores están prestando sus servicios personales.

En cuanto a la subcontratación las ilegalidades se pueden manifestar por un lado cuando no se cumple con las exigencias legales para configurar el trabajo en régimen de subcontrato, como bien ya mencioné, o por otro lado, cuando la empresa contratista opera como mero intermediario, lo que sería también una cesión ilegal de trabajadores porque el contratista no estaría actuando por su cuenta y riesgo.

Significado de actuar por su cuenta y riesgo, mencionado en el artículo 183-A del Código del Trabajo respecto de la empresa contratista o subcontratista:

1. La empresa debe estar dotada de medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de la actividad.
2. La empresa de asumir las responsabilidades y los riesgos propios del desarrollo de la gestión empresarial, vale decir, actuar por su cuenta y riesgo.
3. Debe desarrollar una actividad propia y específica, esto es, se debe encargarse de la ejecución de obras o servicios, y
4. Organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo las funciones inherentes a su condición de empleador”.

2.3.- Concepto y normativa chilena en torno a la subcontratación laboral.

La ley 20.123 que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de

servicios transitorios, publicada el 16 de octubre de 2006, modificó la normativa del Código del Trabajo incluyendo una serie de artículos, entre los cuales se encuentra el que paso a reproducir a continuación, que nos brinda un concepto de lo que es el trabajo en régimen de subcontratación.

Artículo 183-A.- Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas.

Luego dice el artículo que no se deben incluir dentro de este tipo de trabajo a las obras o servicios que sean ejecutadas de manera esporádica o discontinua. Dicha calificación de trabajo esporádico o discontinuo de acuerdo a los planteamientos de la Dirección del Trabajo, debe ser realizada caso a caso mediante la evaluación de los antecedentes que se presenten.

Este artículo nos establece los requisitos para que se produzca el trabajo en régimen de subcontratación y las sanciones que trae aparejado el incumplimiento de dicha normativa.

En ese contexto, el Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo, en el dictamen ORD. Nº 141/05, nos facilita el estudio de estas normas realizando una

determinación de los requisitos que la ley nos señala para que efectivamente se produzca el trabajo por subcontratación. Ellos son:

- ⁶Que el dependiente labore para un empleador, denominado contratista o subcontratista, en virtud de un contrato de trabajo.
- 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.
- 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
- Que las señaladas obras o servicios sean ejecutadas por el contratista con trabajadores de su dependencia.

Es importante destacar que la normativa que establece la ley 20.123 es aplicable y obligatoria para todos los trabajadores y empleadores del sector privado como también a todas las empresas o instituciones del Estado o en las que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que los funcionarios o trabajadores no se encuentren sometidos legalmente a un estatuto especial o bien que estén sometidos a uno pero que no contemple normativa respecto al trabajo en régimen de subcontratación.

2.3.1.- Responsabilidades del contratista y la empresa principal.

2.3.1.1.- Responsabilidad solidaria.

⁶ Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico, ORD.:N° 141/05, p.04, Santiago de Chile, 10 de enero de 2007.

El artículo 183-B del Código del Trabajo establece que la empresa principal y la empresa contratista son solidariamente responsables de las obligaciones de dar, tanto laborales como previsionales que deriven de la relación laboral que mantienen la empresa contratista o subcontratista con sus respectivos trabajadores. Por lo tanto, cuando no se pueda hacer responder a la empresa contratista deberá responder la empresa principal, y en ese mismo sentido, cuando el trabajador interponga alguna acción laboral ante los tribunales de Justicia, podrá hacerlo tanto en contra de su empleador directo, que sería la empresa contratista o subcontratista, como de la empresa principal para la cual desempeñaba sus servicios.

En ese contexto, de acuerdo a la definición que entrega la Dirección del trabajo constituyen obligaciones laborales *"todas aquellas que emanan de los contratos individuales o colectivos de trabajo de los dependientes del contratista o subcontratista, según el caso, ocupados en la ejecución de la obra, empresa o faena, como asimismo, las que deriven del Código del Trabajo y sus leyes complementarias"* y a su vez, son obligaciones previsionales *"las relacionadas con el integro de las cotizaciones de seguridad social y con la prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales respecto de los mismos trabajadores"*.

En cuanto a las indemnizaciones que le corresponde pagar solidariamente a la empresa principal se encuentran aquellas derivadas del término del contrato por la causal de necesidades de la empresa, en efecto, la indemnización por los años de servicio y la indemnización sustitutiva de la falta de aviso previo para el despido, además procederá pagar los correspondientes aumentos calculados sobre la

indemnización por años de servicio que establece el artículo 168 del Código del Trabajo, cuando un juez determine que el despido es injustificado, indebido o improcedente. En tales casos, la empresa contratista o principal solo deberá pagar dichas indemnizaciones por el período de tiempo en que el trabajador prestó sus servicios para la empresa principal.

En cambio, no corresponderá pagar a la empresa principal las indemnizaciones convencionales que hayan pactado la empresa contratista o subcontratista con sus trabajadores.

2.3.1.2.- Responsabilidad subsidiaria.

Los artículos 183-C y 183-D del Código del Trabajo Chileno, establecen que la empresa principal y la contratista serán subsidiariamente responsables cuando hicieren efectivo el derecho de información y de retención contemplados en el artículo 183-C, o cuando hicieren efectivo el derecho de retención que menciona el inciso 3º del artículo 183-D.

⁷En cuanto al derecho de información, es la facultad que tiene la empresa principal de exigir que se le informe el estado de pago y el monto de las obligaciones laborales y previsionales respecto de los trabajadores de sus contratistas y de los subcontratistas, y en el caso de la empresa contratista, lo podrá exigir de la empresa subcontratista. Por su parte, el derecho de retención que asiste a la empresa principal y al contratista, opera cuando este último o el subcontratista, en su caso, no acrediten en forma oportuna y en los términos precedentemente señalados, el íntegro cumplimiento

⁷ Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico, ORD.:Nº 141/05, p.12, Santiago de Chile, 10 de enero de 2007.

de las obligaciones laborales y previsionales de sus trabajadores, y se traduce, para la empresa principal, en la facultad de retener de las sumas que ésta adeude al contratista por la ejecución de las obras o servicios subcontratados, los montos correspondientes a las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de éstos, de los que es solidariamente responsable, y en la obligación de pagar dichos montos directamente a los afectados o a la institución previsional acreedora.

2.4.- Tipos de subcontratación:

2.4.1.- Subcontratación de bienes y servicios.

A este tipo de subcontratación hace referencia el Código del Trabajo chileno en su artículo 183-A, inciso primero, porque es la forma en que una empresa encarga a otra la producción de bienes o la prestación de servicios por cuenta y riesgo de la empresa a la cual se realiza el encargo, comprometiéndose ésta última a realizar dichas actividades utilizando recursos financieros, materiales y humanos que son propios.

Debemos decir que este tipo de subcontrato no afecta en nada a lo que conocemos como contrato individual de trabajo y los derechos laborales o salariales de los trabajadores, ya que la relación de la empresa mandante será estrictamente con la empresa contratista o subcontratista, ya sea una relación de carácter civil o comercial, pero los trabajadores mantendrán su vínculo contractual con la empresa contratista o subcontratista como su empleador directo y será éste quien deberá siempre responder por los derechos que normalmente nacen de una relación laboral entre empleador y

trabajador, no teniendo ningún tipo de vínculo la empresa mandante o principal con el trabajador que prestará los servicios.

2.4.2.- Subcontratación de servicios personales (suministro de trabajadores).

Este tipo de subcontratación conocida como suministro de trabajadores se encuentra regulada en los artículos 183-A al 183-A-E, de nuestro Código Laboral, y es este modelo de subcontrato el que genera las mayores problemáticas en cuanto precarización de las relaciones laborales se trata por lo que paso a explicar a continuación.

Mediante este mecanismo se rompe el esquema de contrato individual de trabajo que todos conocemos, ya que la figura del empleador se vuelve ambigua, por un lado veremos que el contratista o subcontratista será responsable de pagar las remuneraciones y las cotizaciones previsionales de sus trabajadores pero no recibirá de vuelta ningún tipo de prestación de servicios de los trabajadores ni tendrá poder de dirección, lo que si tendrá la empresa mandante o principal, que será un tipo de empleador fantasma o ficticio, el cual tiene la potestad de dirección y el cual reportará directamente los beneficios de la prestación de servicios de los trabajadores pero no deberá responder por conceptos de remuneración o de pagos de seguridad social y salud.

Es entonces que se produce un desmedro de los derechos laborales y salariales de los trabajadores, por esta confusión que se genera de la figura del empleador. Prestarán servicios en instalaciones de una empresa que no debe responder por

ninguna de las obligaciones que nace del contrato de trabajo que ellos firmaron con su empleador. Es así que por ejemplo cuando tienen algún accidente laboral se ven desprotegidos porque no tienen relación directa con la empresa a la cual prestan servicios.

2.5.- Factores que determinan la precarización laboral como resultado de la subcontratación.

Existen varios elementos que debemos considerar para determinar si la subcontratación constituirá un riesgo a las condiciones laborales o si bien proporcionará beneficios a los trabajadores mediante empleos de calidad. Lo primero que debemos observar es si el objetivo que se persigue con el subcontrato es la externalización de bienes o servicios o si bien se busca la colocación de personal efectuada por otra empresa. Luego hay que ver si el trabajo requiere una alta o baja especialización técnica; si se busca externalizar una actividad que se acerca mucho a la actividad principal que realiza la empresa o si bien es alejada de ella; si la duración del subcontrato será temporal o si bien se extenderá por un largo período de tiempo; y si se consideran integrados de gran manera o de manera insuficiente a los trabajadores externos en la empresa principal.

Considerando los factores mencionados anteriormente podemos decir que es más factible que sea una buena subcontratación, que genere empleos de calidad y que proteja los derechos laborales, cuando se trate de trabajadores altamente calificados

que desempeñarán labores que se alejan de la actividad principal de la empresa para la cual prestarán sus servicios, que sea por un período corto y determinado de tiempo, en que se establezca claramente las responsabilidades de las empresas involucradas respecto de los trabajadores y los derechos que se les asegurarán a éstos últimos, ya sea en materia de seguridad social como de higiene y protección de la salud. En cambio, cuando se trate de una colocación de trabajadores con baja especialización técnica, que deban desarrollar sus labores para la empresa principal por un largo e indeterminado período de tiempo y que además esas labores estén estrechamente relacionadas con la actividad principal de la empresa, sin dudas habrá un mayor riesgo de abuso y desprotección de las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados.

CAPÍTULO III.- LA EXPERIENCIA COMPARADA EN OTROS PAÍSES.

3.1.-América.

3.1.1.- Argentina.

Las peores condiciones laborales presentes en Argentina producto de la subcontratación se dan en el área de la agricultura y de la textilera. En estas industrias suelen subcontratar a trabajadores migrantes tanto nacionales como extranjeros, y los hacen trabajar en condiciones casi de esclavitud. En el caso de la agricultura suelen contratar a personas que provienen de las zonas más pobres del país, que tienen pocos recursos y no han alcanzado una buena oportunidad de trabajo. A esas personas las llevan a fincas enormes, donde les hacen trabajar jornadas de trabajo muy extensas, teniendo que realizar muchas veces trabajos peligrosos pero sin contar con una mínima protección de salud o seguridad. Los lugares que les propician para vivir tampoco cumplen condiciones mínimas de salubridad y la mayoría son carpas que levantan en las tierras donde tienen que trabajar. La comida que les proporcionan no es muy fresca que digamos y no los dejan salir del lugar hasta que no terminan de trabajar. Una de las empresas que ha sido denunciada por este tipo de prácticas es la multinacional ADECCO, empresa que se dedica a la contratación de personal y gestión del empleo, por lo que sería una de las contratistas responsables de dejar en este precario escenario laboral a sus trabajadores.

Por otro lado, si de la industria textil se trata, es predominante la subcontratación de trabajadores bolivianos que son contratados en su país por algún familiar que vive en Argentina y que le promete mejores remuneraciones en comparación con las que

podrían ganar en Bolivia, pero que al llegar al lugar de trabajo debe vivir asinados con su familia en lugares que no tienen mínimas condiciones de salubridad. En esas condiciones fue que ocurrió un lamentable hecho en marzo de 2006, donde murieron en un incendio una mujer boliviana y cinco niños que se encontraban en un predio de donde no pudieron escapar por lo encerrado que estaba el lugar.

3.1.2.- Brasil.

Lo primero que considero importante mencionar respecto a la subcontratación en Brasil es que en este país se permite externalizar todas las actividades productivas que realiza la empresa y no solamente las que sean auxiliares, lo que provoca un mayor riesgo de informalidad laboral y de empleo mal remunerado. La reforma laboral que se realizó en 2017 incluyó hasta la posibilidad de que se pueda subcontratar trabajadores para reemplazar a aquellos que se encuentren en huelga cuando ésta última sea declarada ilegal o cuando implique la paralización de los servicios esenciales. Pero eso no fue todo, también se incluyó la posibilidad de que las empresas subcontratistas a su vez también puedan subcontratar a otra, lo que se denominaría como cuarterizar.

3.2.- Europa.

3.2.1.- Alemania.

En Alemania no existe un Código del Trabajo propiamente tal, sino que las normas laborales se encuentran en distintos cuerpos normativos como el Código Civil, la Constitución Política de la República adoptada el 23 de mayo de 1949 y conocida

también como Ley Básica, por la cual se deben guiar los 16 Estados alemanes a la hora de legislar.

En este país los principales problemas que se han evidenciado producto de la subcontratación laboral provienen del sector de la industria cárnica, donde se ha visto un abuso con los trabajadores que se encargan de sacrificar y desmembrar a los animales para luego empacar su carne, traducido e salarios insuficientes, malas condiciones de trabajo e higiene. La mayoría de estos trabajadores son personas migrantes que proceden de Europa del Este, los cuales trabajan entre 12 y 14 horas diarias y eran obligados a pagar por viviendas en las que los colocaban para vivir asinados, descontándoles de su sueldo mensualmente el pago para dicho alojamiento. También en algunos casos los hacen pagar por usar las herramientas de trabajo que les proporcionan o por lavar sus uniformes.

Aproximadamente desde el año 2013 que los medios de comunicación vienen denunciando estos abusos cometidos por algunas empresas de venta de carne, pero las autoridades no han dado una solución concreta. La situación de los bajos sueldos se producía porque les pagaban de acuerdo a lo que se estimaba que debían ganar en el país del que procedían, recibiendo de esa forma hasta un 60% menos que los trabajadores contratados directamente por las empresas.

En Alemania se puede usar el contrato de externalización de servicios cuando se trata de tareas auxiliares y no las principales que realiza una empresa, pero en la industria cárnica jamás se ha cumplido.

3.2.2.- España.

Uno de los mayores problemas que se presenta con el tema de la subcontratación en España son los requisitos que exigen a las empresas para poder obtener la calidad de contratista y de esa forma poder contratar con empresas del Estado para alguna obra que se quiera desarrollar, cuando el monto sea superior a 500.000 euros. En ese sentido, la problemática radica en que la mayoría de las veces quienes pueden cumplir los requisitos para dicha calificación son las grandes empresas, porque cuentan con mucho más presupuesto para obtener maquinarias propias y títulos habilitantes en distintos aspectos como electricidad, climatización y gas, quedando en desventaja las pequeñas y medianas empresas.

CONCLUSIONES

Es innegable que la subcontratación es un fenómeno que se ha instalado en nuestras legislaciones debido a factores como la globalización, y que difícilmente esta desaparezca por lo menos en el mediano a corto plazo, sino que por el contrario, cada vez son más las empresas que optan por este mecanismo, ya sea para disminuir costos, porque no tienen los conocimientos que puede brindar un contratista especializado en la ejecución de distintos proyectos, o simplemente porque quieren tener un número de trabajadores de confianza más acotado.

Pero tampoco podemos decir que está todo definido al respecto, porque bien pudimos apreciar las consecuencias negativas que genera para los trabajadores este régimen de externalización de los servicios. Hemos podido analizar que en pleno siglo XXI aún existen personas que trabajan casi como esclavos, en condiciones inhumanas, sin previsión de salud alguna, otras que ganan un porcentaje significativo por debajo de los trabajadores que son contratados directamente por la empresa principal, vimos que la mayoría de esos trabajadores son extranjeros, quienes muchas veces se ven obligados a aceptar tales condiciones porque tienen necesidades que cubrir y no tienen a dónde ir.

Entre las dificultades que enfrentamos está la poca legislación que la comunidad internacional tiene al respecto, y en la legislación interna tampoco es que se ha visto mucho avance. No hay medios eficaces de fiscalización, y la única forma de que llegue a saberse de algún caso de ilegalidad disfrazada de subcontrato será porque los

propios trabajadores denuncien ante alguna entidad como la Inspección del Trabajo, lo que es muy poco probable que ocurra cuando el trabajador necesita el trabajo para poder solventar sus gastos cotidianos. Tampoco existen sanciones estrictas que inhiban a quien quiera saltarse la ley. En ese sentido, considero que se le debe dar mayor reconocimiento y poder a los sindicatos, que se debe regular aspectos que o se han tratado en nuestro ordenamiento jurídico, como es la cesión ilegal de trabajadores, dar a conocer su definición, lo que es de mucha ayuda a la hora de interpretar la legislación.

En colaboración con los sindicatos debieran actuar las distintas Inspecciones del Trabajo, en su rol de fiscalizador, y una forma de hacerlo sería organizando reuniones con las distintas organizaciones sindicales dentro de las empresas, para poder de esa forma realizar estudios y estadísticas que definan como va progresando la situación de la subcontratación a nivel país. Es difícil que ello se pueda realizar en todas las empresas del país, pero se podría comenzar por solicitar a aquellas grandes empresas que no mantienen sindicatos, (lo que lógicamente sucede porque ellas toman represalias en contra de los trabajadores cuando intentan organizarse, prácticas anti sindicales que jamás son denunciadas,) que colaboren con sus trabajadores para la creación y organización de ellos.

Debemos avanzar hacia una sociedad que sepa valorar el trabajo de todos, no solo de los profesionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Bandersky, L. N. (2013). *Trabajo en Negro*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- Battistini, O. R. (2018). ¿Qué hay de nuevo y de viejo en la subcontratación laboral moderna? *Revista Sociológica* , 281-318.
- *Biblioteca del Congreso Nacional* . (16 de enero de 2003). Recuperado el 3 de diciembre de 2021, de Ley Chile : <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436>
- Castañeda, A. S. (2016). *La Subcontratación: un fenómeno global*. Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas .
- Miño, I. R. (2010). La externalización laboral y la Cesión Legal de trabajadores en el Sistema Jurídico Chileno. *Revista Ius et Praxis* , 171-196.
- Osorio, P. A. *Análisis de la Nueva Ley de Subcontratación Ley N° 20.123*. Universidad de Chile Departamento Jurídico de Derecho Laboral.
- Rodríguez, A. P. (1975). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral.
- Rojo, E. C. (s.f.). La Ley de Subcontratación y la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores de servicios transitorios. *Revista Ius et Praxis* , 157-194.
- Tortello, M. E. (2006). *Los riesgos laborales de la subcontratación*. Santiago de Chile: Departamento de Estudios Derecho del Trabajo .