

EL OUTSOURCING EN LA LEGISLACIÓN CHILENA*

OUTSOURCING IN CHILEAN LAW

L'EXTERNALISATION DANS LA LOI CHILIENNE

Emilio MORGADO VALENZUELA**

I. FOCALIZAR EL TEMA

El término *outsourcing* puede ser entendido como la deliberada elección de una fuente ajena a lo propio. La fuente proveedora pasa a ser externa.

De este modo, no se acude a recursos propios y originarios, sino que a recursos ajenos y derivados de otras fuentes. Se externaliza, se torna ajena, se “ajeniza”.

Las modalidades de externalización varían según los países y las ramas de actividad económica. De otra parte, presentan niveles descentralizadores variados y matizados, tanto en ámbitos nacionales como internacionales.

En gran medida, dichas modalidades reflejan tendencias descentralizadoras en la organización de la producción y del trabajo estrechamente ligadas a la manutención o al mejoramiento de los niveles de competitividad en los actuales procesos de internacionalización de la economía y de acelerados cambios económicos y tecnológicos.

Pero —en importante medida— la implantación o extensión de esas modalidades también suele obedecer a estrategias organizacionales dirigidas deliberadamente a facilitar deslizamientos desde lo laboral a lo deslaboralizado,

* Ponencia presentada al II Congreso de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y II Jornadas de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en la Escuela Libre de Derecho de Puebla los días 8, 9 y 10 de marzo de 2012.

** Profesor de Derecho del trabajo y asesor internacional, Chile (emorgado@ulare.cl).



desnaturalizando, lesionando o destruyendo la relación de trabajo para tornar inane la protección social y el ejercicio de derechos colectivos e individuales del trabajo.

En este marco conceptual localizo mi análisis del *outsourcing* en Chile, estudio y presento las dos modalidades reguladas en nuestra legislación y, finalmente, formulo algunas consideraciones referidas a los principales efectos de las interacciones del *outsourcing* con algunos aspectos de nuestro sistema de relaciones de trabajo.

II. LA LEGISLACIÓN CHILENA

Nuestra Ley 20.123, de octubre de 2006, regula dos formas de externalización de la prestación de trabajo: 1) la subcontratación, y 2) el trabajo a cargo de empresas de servicios transitorios.

1. *El trabajo en régimen de subcontratación*

Tal trabajo es el realizado por un trabajador para un empleador denominado contratista o subcontratista, el que, mediante una relación contractual (no laboral) con una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena (denominada empresa principal), se encarga de ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios con trabajadores bajo su dependencia. Los servicios u obras contratados se desarrollan o ejecutan en la empresa principal.¹

La empresa principal es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores. De igual manera, el contratista es solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a los subcontratistas respecto de sus trabajadores.

Estas responsabilidades solidarias se convierten en subsidiarias si la empresa principal —o el contratista, en su caso— ejerce oportunamente los derechos de información y de retención establecidos en la ley.

El derecho de información consiste en el derecho de la empresa principal a ser informada por los contratistas —o subcontratistas, en su caso— acerca

¹ Estas normas no son aplicables a las obras o servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica. Si los servicios se limitan sólo a la intermediación de trabajadores, es empleador el dueño de la obra, empresa o faena.

del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales con sus trabajadores y con los trabajadores de los respectivos subcontratistas.²

El derecho de retención nace cuando el contratista —o el subcontratista, si corresponde— no acredita oportunamente el cumplimiento de las mencionadas obligaciones laborales y previsionales. En tal caso, la empresa principal —o el contratista, si procede— puede retener los montos adeudados del monto de las obligaciones pendientes con los correspondientes contratistas o subcontratistas.

En lo concerniente a las obligaciones referidas a la seguridad y salud en el trabajo, la legislación dispone que la empresa principal también debe adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud “de todos los trabajadores” que laboran en su obra, empresa o faena, “cualquiera sea su dependencia”.

2. El trabajo a cargo de empresas de servicios transitorios

En esta modalidad de *outsourcing* la legislación regula los siguientes cinco sujetos e institutos: las empresas de servicios transitorios, la empresa usuaria o “usuaria”, el contrato de puesta a disposición, el trabajador de servicios transitorios, y el contrato de trabajo de servicios transitorios.

A. Empresa de servicios transitorios

Es la persona jurídica inscrita en el registro respectivo, que tiene por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros usuarios —denominados para estos efectos empresas usuarias— trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como “otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”.

Para asegurar el cumplimiento de todas sus obligaciones, la empresa debe constituir una garantía permanente a nombre de la Dirección del Trabajo, por un monto de 250 Unidades de Fomento (US\$12,000, aproximadamente).

² El cumplimiento de las obligaciones recién evocadas debe ser acreditado mediante certificados emitidos por la correspondiente Inspección del Trabajo u otros medios idóneos.

B. *Usuaria*

Es “usuaria” toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: *a)* suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados; *b)* eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza; *c)* proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados; *d)* periodo de inicio de actividades en empresas nuevas; *e)* aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria, o *f)* trabajos urgentes, precisos e imposergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria.

No se puede contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios: *a)* para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados; *b)* para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva, o *c)* para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios. La contravención torna inaplicables las normas referidas a este tipo de contratación, por lo que el trabajador se considera como dependiente de la usuaria, y su vínculo se rige por las normas de la legislación laboral común.

La usuaria que contrate a un trabajador de servicios transitorios por intermedio de empresas no inscritas en el registro que lleva la Dirección del Trabajo, queda, respecto de dicho trabajador, excluida de la aplicación de las normas reguladoras de esta modalidad contractual. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común. Además, la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo con una multa de aproximadamente US\$818 por cada trabajador contratado.

La usuaria es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las empresas de servicios transitorios a favor

de los trabajadores de éstas. No obstante, es de su responsabilidad directa el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo.

C. Contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios

La puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios a una usuaria por una empresa de servicios transitorios, debe constar por escrito en un “contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios”.

En ese contrato se debe dejar constancia de: *a) la causal invocada para la contratación de servicios transitorios; b) los puestos de trabajo para los cuales se realiza; c) la duración de la puesta a disposición; d) “el precio convenido”; e) la indicación de los trabajadores puestos a disposición que durante la vigencia de dicho contrato tendrán o no derecho a utilizar el transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria, y f) la individualización de las partes.*

La falta de contrato escrito torna inaplicables las normas reguladoras de este tipo de contrato, por lo que el trabajador se considera como dependiente de la usuaria, vínculo que se rige por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que según el Código del Trabajo corresponda aplicar.

La legislación declara nula la cláusula del contrato de puesta a disposición en la que se prohíba la contratación del trabajador por la usuaria, a la finalización de dicho contrato.

D. Trabajador de servicios transitorios

Es “trabajador de servicios transitorios” aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones del Código.

E. Contrato de trabajo de servicios transitorios

El contrato de trabajo de servicios transitorios es una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan

recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido.

Este contrato debe celebrarse por escrito y contener, a lo menos, las menciones exigidas por el Código del Trabajo respecto de los contratos de trabajo en general.

En ningún caso la empresa de servicios transitorios puede exigir ni efectuar cobro de ninguna naturaleza al trabajador, ya sea por concepto de capacitación o de su puesta a disposición en una usuaria.

Si el trabajador continúa prestando servicios después de expirado el plazo de su contrato de trabajo, éste se transforma en uno de plazo indefinido, pasando la usuaria a ser su empleadora y contándose la antigüedad del trabajador, para todos los efectos legales, desde la fecha de inicio de la prestación de servicios a la usuaria.

En la remuneración convenida se considerará la gratificación legal, el desahucio, las indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, y cualquier otro concepto que se devenga en proporción al tiempo servido, salvo la compensación del feriado que establece el Código del Trabajo.

III. NUEVE CONCLUSIONES

Primera. La contratación laboral deja de ser directa entre el que recibe el trabajo y el que lo realiza, ya que ella migra y se domicilia en un ámbito externo, se externaliza.

Segunda. En tal marco, coexisten relaciones laborales y relaciones contractuales no laborales. En las primeras, el empleador real no es quien directamente contrata el trabajo ni quien directamente lo remunera, funciones que radican en el contratista o subcontratista o en la empresa de servicios transitorios. Surgen entonces triangulaciones en las que existen relaciones entre el trabajador y su empleador formal y entre el trabajador y el que recibe y se beneficia con el trabajo realizado.

Tercera. Las relaciones contractuales no laborales convierten al trabajo humano dependiente en una mercancía sujeta a “precio”.

Cuarta. La determinación de los contenidos y límites de las responsabilidades solidarias y subsidiarias no siempre resulta funcional con las reales posibilidades de hacerlas efectivas.

Quinta. El *outsourcing* genera disparidades de remuneraciones, condiciones de trabajo y prestaciones sociales entre los trabajadores de la empresa principal o usuaria y los trabajadores que no tienen tal carácter, dando lugar a variadas formas de discriminación.

Sexta. Como en Chile los beneficios y prestaciones de la seguridad social, especialmente en materia de pensiones, están estrechamente relacionados con la continuidad y cuantía de las contribuciones de los afiliados, la naturaleza temporal y transitoria de las contrataciones en las modalidades de *outsourcing* afecta negativamente el nivel de los beneficios y prestaciones de nuestro sistema previsional.

Séptima. En la práctica resulta afectado el acceso a la capacitación y formación profesional.

Octava. El trabajo en régimen de *outsourcing* también limita seriamente el pleno ejercicio de los derechos de sindicación y de negociación colectiva.

Novena. A lo ya señalado deben agregarse los efectos distorsionadores derivados del uso y abuso del concepto de empresa contenido en nuestro Código del Trabajo, que en la práctica permiten eludir la efectiva vigencia y aplicación de importantes institutos del derecho individual y colectivo del trabajo, por ejemplo en lo atinente al pago de gratificaciones y al ejercicio de los derechos de sindicación y de negociación colectiva.

Sobre el particular conviene tener presente que a las definiciones de empleador, trabajador y trabajador independiente contenidas en el Decreto Ley núm. 2.200, de 1978, el Decreto-Ley núm. 18.018, de 1981, agregó la definición de empresa, señalando que “para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social”, se entiende por tal “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

Cabe advertir que en un número importante de casos la expresión “dotada de una individualidad legal determinada” ha sido utilizada como un recurso para proceder a divisiones y subdivisiones de empresas con fines diferentes a los de procurar una mayor adaptabilidad empresarial ante los profundos y constantes cambios tecnológicos y económicos nacionales e internacionales. De otra parte, no obstante que las distintas nuevas unidades empresariales están dotadas de una individualidad legal determinada, en la práctica suelen

subsistir variadas manifestaciones de la empresa única preexistente. En todo caso, la multiplicidad —real o ficta— de *individualidades legales determinadas* genera efectos laborales que limitan o tornan inanes derechos colectivos e individuales de trabajo. A lo señalado cabe agregar que en nuestra legislación laboral no se ha regulado lo concerniente a los grupos o conjuntos de empresas o a las empresas relacionadas. 