

DEPARTAMENTO JURÍDICO
K. 11968 (2542) 2015
K. 11967 (2543) 2015

Jurídico

0528

ORD.: _____

MAT.:

1. Al dueño de la empresa principal le está permitido adoptar las medidas que estime necesarias para resguardar la seguridad, orden y buen funcionamiento de sus instalaciones, como, asimismo, la vida y salud de los trabajadores que se desempeñan en las mismas, siempre que ello no importe el ejercicio de alguna atribución propia del vínculo de subordinación y dependencia, toda vez que tales facultades corresponden en forma exclusiva al contratista, en su calidad de empleador del mencionado personal.
2. El límite que puedan imponer los derechos fundamentales en el ámbito del poder de dirección que asiste al empleador, es una cuestión que requiere la práctica de un juicio de proporcionalidad, análisis que ha de verificarse frente a una situación concreta y determinada.
3. En caso que el empleador incurra en alguna conducta que pudiere estimarse como constitutiva de vulneración de un derecho fundamental del trabajador, como lo sería, entre otros, el derecho a la integridad física y psíquica, la denuncia respectiva deberá interponerse en la forma y oportunidad expresadas en el cuerpo del presente informe.

ANT.:

- 1) Correo electrónico de 11.01.2016, de Presidenta Federación Nacional de Sindicatos Subcontratados del Retail.
- 2) Correo electrónico de 11.01.2016, de M. Belén Adriasola Campos, Abogado Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 3) Correo electrónico de 02.12.2015, de Presidenta Federación Nacional de Sindicatos Subcontratados del Retail.
- 4) Correo electrónico de 02.12.2015, de M. Belén Adriasola Campos, Abogado Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 5) Instrucciones de 30.11.2015 y 16.11.2015, de Jefe Departamento Jurídico.
- 6) Presentación de 28.09.2015, de Presidenta Federación Nacional de Sindicatos Subcontratados del Retail.

22 ENE 2016

SANTIAGO;

22 ENE 2016

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : NÁYADE VALENZUELA VÁSQUEZ
PRESIDENTA FEDERACIÓN NACIONAL DE SINDICATOS
SUBCONTRATADOS DEL RETAIL
federacionsubcontratados@gmail.com

Mediante presentación del antecedente 6) se ha solicitado un pronunciamiento jurídico de este Servicio en orden a determinar si resulta procedente que la empresa principal adopte medidas de control y disciplina respecto de los trabajadores subcontratados que cumplen funciones de reposición de productos de consumo masivo y si en el ejercicio de las mismas le alcanza la obligación de velar por el respeto de los derechos fundamentales de estos.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 183-A del Código del Trabajo, prescribe:

“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. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478¹”.

Del análisis del precepto recién transcrito se desprende, en lo que interesa, que el legislador ha definido y establecido los requisitos del trabajo en régimen de subcontratación y los efectos que se derivan del incumplimiento de las normas que lo regulan.

De este modo, con arreglo a la citada disposición legal y de acuerdo al análisis que efectuara este Servicio en dictamen N°141/05, de 10.01.2007, los requisitos del trabajo en régimen de subcontratación son los siguientes:

a) que el dependiente labore para un empleador, denominado contratista o subcontratista, en virtud de un contrato de trabajo;

¹ El artículo único N° 19 de la ley N° 20.087, publicada en el Diario Oficial de 03.01.06, reemplazó, entre otras, la numeración del artículo 478, por 506.

b) que la empresa principal sea la dueña de la obra, empresa o faena en que se desarrollen los servicios o se ejecuten las obras objeto de la subcontratación;

c) que exista un acuerdo contractual entre el contratista y la empresa principal dueña de la obra o faena, conforme al cual aquel se obliga a ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios para esta última, y

d) que las señaladas obras o servicios sean ejecutadas por el contratista con trabajadores de su dependencia.

En lo que concierne al requisito consignado en la letra d), la jurisprudencia de este Servicio, contenida en el pronunciamiento citado, así como en el dictamen N°2468/53, de 09.07.2007, ha sostenido que la exigencia prevista por la norma en comento dice relación con que las obras o servicios que ejecuta el contratista para la empresa principal sean realizadas con trabajadores de su dependencia.

En otros términos, la prestación de servicios de los trabajadores del contratista debe ejecutarse bajo subordinación y dependencia de este último, vínculo que se traduce, conforme a la jurisprudencia administrativa citada, *"...entre otros aspectos, en el derecho del empleador a dirigir al trabajador impartándole órdenes e instrucciones, principalmente acerca de la forma y oportunidad en que deben ejecutarse las labores, y en el deber correlativo del trabajador de acatar y obedecer las mismas"*.

De esta suerte, en el régimen de subcontratación que nos ocupa, *"...es el contratista, en su carácter de empleador, el que estará dotado de la facultad de supervigilar a los trabajadores que se desempeñen en las obras o servicios que realiza para la empresa principal, como asimismo, para impartirles las instrucciones que estime pertinentes y ejercer los controles necesarios para tales efectos, sin que corresponda a la empresa principal injerencia alguna al respecto"*.

Atendido lo anterior, forzoso resulta concluir que la empresa principal no se encuentra legalmente facultada para ejercer respecto de los trabajadores del contratista atribución alguna en materia de instrucciones, dirección, vigilancia y control que se derivan de todo vínculo de subordinación o dependencia, toda vez, que como ya se expresara, tales facultades corresponden en forma exclusiva al contratista, en su calidad de empleador del mencionado personal.

Lo precedentemente expuesto es sin perjuicio de las facultades de dirección y administración que le asisten al dueño de la empresa principal para adoptar las medidas que estime necesarias para resguardar la seguridad, orden y buen funcionamiento de sus instalaciones, como, asimismo, la vida y salud de los trabajadores que se desempeñan en las mismas, siempre que ello no importe el ejercicio de alguna atribución propia del vínculo de subordinación y dependencia a que se ha hecho referencia, toda vez que de ser así, podría válidamente sostenerse que es aquella la que revestiría la calidad de empleadora del referido personal, configurándose, en tal caso, la figura ilícita de simulación contemplada en el artículo 507 del Código del Trabajo.

Resuelto lo anterior, cabe referirse al límite que los derechos fundamentales imponen al empleador en el ejercicio de cualquier medida de control que adopte.

Al respecto, cabe señalar que la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 4.842/300, de 15.09.93; 8.273/337, de 19.12.95 y 287/14, de 11.01.96, ha dispuesto que *"...resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión pero es necesario que tales medidas*

se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto de la honra y dignidad de los trabajadores y, en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados, y que, por ende, se apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas”.

En este mismo sentido, en cuanto a los requisitos generales que debe reunir toda medida de control, el dictamen N° 8005/323, de 11.12.1995, sostiene que:

“a) Las medidas de revisión y control de personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad de las personas, deben necesariamente incorporarse al texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de la empresa, dictado en conformidad a la ley;

b) Las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de la empresa y sus trabajadores, no debiendo importar actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador, según lo señala la Constitución en su artículo 20, como por ejemplo, la selección discrecional de las personas a revisar o la implementación de medidas extrañas e inconducentes a los objetivos señalados; y,

c) Las medidas, además, no deben tener un carácter pre policial, investigador o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, siendo requisito “sine qua non” para la legalidad de estas medidas de revisión y control, su ejecución uniforme respecto de todo el personal de la empresa o, en caso de selección, la aleatoriedad de la misma.

Las condiciones arriba señaladas, importan que si las medidas de revisión y de control deben ser operadas a través de un sistema de selección, sus características fundamentales deberán ser la universalidad y la aleatoriedad de las revisiones”.

De este modo, el referido dictamen concluye que *“las medidas de control de las personas que serán objeto de la revisión pueden lícitamente implementarse a través de dos modalidades: en primer lugar, hacer recaer la revisión sobre todo el personal de la empresa o sección, o en segundo lugar, establecer un mecanismo de selección que garantice la aleatoriedad de la misma, a través de un sistema de sorteo que la empresa debe explicitar en el Reglamento señalado”.*

Sin perjuicio del desarrollo doctrinal precedentemente expuesto, este Servicio, a fin de salvar la colisión que, para un caso concreto se produzca, entre el poder de dirección del empleador —el que encuentra su sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad— y los derechos fundamentales de los trabajadores, complementó la doctrina vigente en materia de facultades de control y revisión que el empleador puede ejercer sobre los trabajadores y sus efectos personales.

En efecto, habiéndose constatado que los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, por cuanto reconocen como límites el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales, este Servicio, mediante dictamen N° 2210/35, de 05.06.2009, dispuso que *“...cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso en concreto”.*

Existen pues, ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que omnicomprendivamente podemos englobar en la aplicación del denominado "**principio de proporcionalidad**", en virtud del cual se produce un examen de admisibilidad o ponderación de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del propio derecho). Tal principio de proporcionalidad admite, a su vez, una subdivisión en tres sub principios que, en su conjunto, comprenden el contenido de este principio genérico, a saber:

a) El "**principio de la adecuación**": El medio empleado debe ser apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto;

b) El "**principio de necesidad**": Este exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa; y,

c) El "**principio de proporcionalidad en sentido estricto**": Por éste, se determina si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

De esta forma, a partir de la modificación introducida a la doctrina vigente por el dictamen consignado en párrafos anteriores, para garantizar que la medida de control y revisión que el empleador ejerza sobre sus trabajadores no lesione los derechos fundamentales de éstos, no habrá de bastar con la generalidad, impersonalidad o aleatoriedad de la misma, sino que el punto de partida estará en el juicio de proporcionalidad, pues éste será el que razonablemente permitirá fundar el límite a uno o más derechos constitucionales de los trabajadores.

Con todo, es necesario precisar que esta operación de ponderación debe necesariamente realizarse en relación al concreto conflicto planteado y no en abstracto, ya que será en el análisis fáctico y específico de cada caso en particular, en donde se deberá determinar la virtualidad protectora del derecho fundamental y sus eventuales limitaciones en el ámbito laboral.

Precisado lo anterior, cabe señalar que el artículo 486 del Código del Trabajo dispone que cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento.

Agrega la disposición legal recién citada que si la Inspección del Trabajo, actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, deberá denunciar los hechos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el informe de fiscalización correspondiente, que servirá de requerimiento suficiente para dar inicio a la tramitación del proceso, debiendo hacerse parte la referida Inspección en el juicio que por esta causa se entable, no sin antes llevar a cabo una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas.

Dispone, a su vez, la norma en comento, que la denuncia deberá interponerse dentro de los sesenta días contados desde que se produzca la vulneración de derechos fundamentales alegada, suspendiéndose dicho plazo en el evento de haber interpuesto el trabajador un reclamo por terminación del

contrato de trabajo por aplicación de una o más de las causales a que hace referencia el artículo 168 del Código del Trabajo, por considerar que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente o porque no se invocó ninguna causal para dicho término.

Ahora bien, de la información proporcionada mediante correo electrónico del antecedente 1), consta que la Federación requirente solicitó una fiscalización a la cadena de supermercados Tottus, específicamente, aquellos ubicados en Nataliel Cox N° 620, comuna de Santiago y Américo Vespucio N° 1501, comuna de Cerrillos, a fin de verificar la legalidad de los sistemas de seguridad aplicados a los trabajadores.

De suerte tal que con el mérito de lo señalado precedentemente, se procederá a remitir los antecedentes a la Inspección Comunal del Trabajo de Maipú y a la Inspección Provincial del Trabajo Santiago, a objeto que, con arreglo al procedimiento de rigor y a la luz de lo expuesto en el presente informe, se evalúe por dichas oficinas la admisibilidad de la denuncia interpuesta.

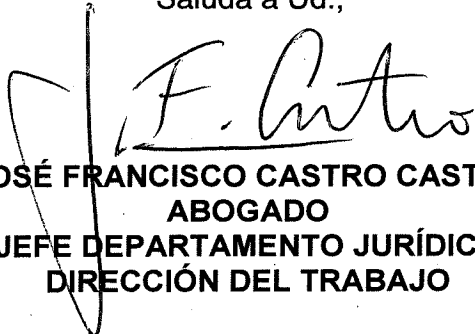
En consecuencia, sobre la base las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:


1. Al dueño de la empresa principal le está permitido adoptar las medidas que estime necesarias para resguardar la seguridad, orden y buen funcionamiento de sus instalaciones, como, asimismo, la vida y salud de los trabajadores que se desempeñan en las mismas, siempre que ello no importe el ejercicio de alguna atribución propia del vínculo de subordinación y dependencia, toda vez que tales facultades corresponden en forma exclusiva al contratista, en su calidad de empleador del mencionado personal.

2. El límite que puedan imponer los derechos fundamentales en el ámbito del poder de dirección que asiste al empleador, es una cuestión que requiere la práctica de un juicio de proporcionalidad, análisis que ha de verificarse frente a una situación concreta y determinada.

3. En caso que el empleador incurra en alguna conducta que pudiere estimarse como constitutiva de vulneración de un derecho fundamental del trabajador, como lo sería, entre otros, el derecho a la integridad física y psíquica, la denuncia respectiva deberá interponerse en la forma y oportunidad expresadas en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




DISTRIBUCIÓN:

- ICT. Maipú.
- IPT. Santiago
- Jurídico;
- Partes;
- Control.