

**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 5874 (1434) 2016**

Jurídico

ORD.: 0800

MAT.: Atiende consultas sobre trabajo en régimen de subcontratación y ejercicio de facultades derivadas de la potestad de mando.

ANT.:

- 1) Ord. N° 214 de fecha 30.01.2017, de Inspector Comunal del Trabajo Viña del Mar (S).
- 2) Correos electrónicos de 16.11.2016 y 15.11.2016, entre Jefa de la Unidad de Defensa Judicial, Derechos Fundamentales y Coordinación Jurídica y Coordinadora Jurídica de Dirección Regional del Trabajo, Región de Valparaíso.
- 3) Ord. 1844 de 27.10.2016, de Inspectora Comunal de Viña del Mar.
- 4) Informes de Fiscalización N° 506/2016/1973 y N° 506/2016/1974, de Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar, de 22.09.2016.
- 5) Ord. 3288 de 23.06.2016, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 6) Pase N° 182, de Jefa de 1 Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 7) Instrucciones de 07.06.2016, de Jefa de Unidad de Dictámenes e informes en Derecho.
- 8) Presentación de 01.06.2016, de Presidente de Federación Nacional de Trabajadores.

SANTIAGO,

16 FEB 2017

DE : JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)

**A : ÁLVARO LAGOS FUENTES
PRESIDENTE
FEDERACION NACIONAL DE TRABAJADORES (FENTRA)
MOLINA 478, OFICINA 1-A, VALPARAISO
ALAGOS@VTR.NET**

Mediante antecedente 8), la Federación Nacional de Trabajadores, FENTRA, solicita a este servicio un pronunciamiento respecto de la subordinación y dependencia que se estaría ejerciendo por funcionarios de Ripley Store Limitada respecto de dos promotoras

de la empresa Cafferena S.A. en la tienda Ripley ubicada en el mall Marina Arauco, ubicado en Ancla 2 Avenida Libertad 1348, Viña del Mar.

De acuerdo a los antecedentes acompañados por el solicitante, las trabajadoras tienen vínculo laboral con la empresa Caffarena S.A., sin embargo, indican que, las trabajadoras, Nicole Maldonado e Irene García, son objeto de una serie de hechos por parte de personal de la empresa Ripley Store Ltda., propios de la calidad de empleador, a pesar de no serlo, como control de horarios de entrada, salida y colación por parte de los guardias de la tienda, control de uso de los permisos sindicales, instrucciones y deber de informar movimientos diarios dentro de la tienda, atención de ventas de otras marcas distinta de la empresa Caffarena y solicitud de datos personales por parte de personal de seguridad de Ripley Store. Asimismo, denuncian malos tratos y otras conductas que podrían ser constitutivas de vulneración de derechos fundamentales.

En virtud de lo anterior y con el objeto de emitir el pronunciamiento requerido, se estimó necesario recabar información, solicitándose una fiscalización en el local de la empresa Ripley Store Ltda., para efectos de establecer y verificar la existencia de los hechos indicados en la solicitud. Para estos efectos, la Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar, llevó a cabo fiscalización N° 0506/2016/1662, según consta en antecedente 3), con el fin de determinar la existencia del ejercicio de facultades inherentes a la subordinación por parte de la empresa fiscalizada respecto de las promotoras de la empresa Caffarena S.A., en la tienda en las que ellas laboran, en el cual se constató que:

1. Respecto al control horario, de acuerdo a las declaraciones de las propias afectadas y trabajadores de la empresa Ripley Store, no fue posible determinar la existencia de un control de registro de asistencia de parte de aquella a las trabajadoras de Caffarena afectadas.

Sin embargo, don Elías Espinoza, Jefe de Prevención de Pérdidas de la empresa Ripley Store, declaró que *“se lleva un control respecto del personal que ingresa a la empresa, el cual no es registro de asistencia, es un cuaderno donde se anota a todo el personal que permanece al interior de la empresa, Este registro se hace con la finalidad que si existiera algún evento o desastre, saber que personas están al interior de la empresa.”*

2. En relación al control del uso de permisos sindicales. En virtud de lo indicado por las propias afectadas, los guardias de la empresa Ripley Store les solicitan la exhibición del comprobante de permiso sindical, los cuales jamás exhibieron. Sobre el particular, una de las guardias de seguridad mencionada en la solicitud, Sra. Victoria Becerra, declaró que *“lleva un control de la asistencia del personal propio de la empresa, respecto del personal externo (promotoras), no existe control de su permanencia al interior de la empresa fiscalizada”.*

3. Respecto al ejercicio de supervisión directa y las instrucciones otorgadas, la supervisora de la sección de corsetería, doña Nicole Riquelme, declara que se *“les solicita que le informen si van hacer uso de algún permiso, ya sea personal o sindical, este requerimiento lo hace solo con la finalidad de colocar trabajadores de Ripley para su reemplazo, para que no quede sin personal la sección, normalmente la supervisora de las trabajadoras le informa sobre la permanencia en el local comercial y así ella toma las providencias del caso. Indica que no solicita a las colaboradoras que atiendan otras marcas que no corresponden a Cafferena, en general no tiene contacto laboral con las trabajadoras”.* Por su parte, la supervisora comercial, doña Maryorie Leiva, agrega que las trabajadoras *“son controladas diariamente por su supervisora, si la supervisora Sra. Jacqueline López, le informa vía correo o whatsapp que no estarán presente por algún motivo ya sea personal o sindical, así tomar las medidas para el reemplazo para que no existan reclamo de clientes que no haya personal que los atiendan.”*

4. Por su parte, la supervisora de la empresa Caffarena S.A., doña Jacqueline López, declara que *“de acuerdo a su cargo, ejerce el control de las trabajadoras... en lo que se refiere a control de asistencia, cumplimiento al contrato de trabajo, permisos personales y sindicales, este control lo realiza diariamente.”* Además, *“niega tajantemente la existencia de subordinación de sus trabajadoras hacia trabajadores de la empresa Ripley, indica si alguna de sus trabajadoras le solicita permiso para retirarse de su puesto de trabajador, estos son concedidos, ella informa a la supervisora de Ripley que sus colaboradoras se ausentaran, esta información va relacionada para que sus puestos de trabajo no queden sin personal y Ripley pueda colocar algún reemplazante por el tiempo de ausencia.*

Asimismo, entrevistada sobre si los guardias de Ripley ejercen algún control sobre sus colaboradoras, declaró que *“las Sras. Irene García y Nicole Maldonado nunca le han informado si existe algún control de su permanencia en el local comercial que no fuese el que ella lleva como su supervisora.”*

5. Finalmente, las trabajadoras Irene García Galeas y Nicole Maldonado, ambas promotoras de Caffarena, señalan que no cumplen los supuestos requerimientos que los funcionarios de Ripley Store le solicitan.

De igual modo y en virtud de los hechos expresados en solicitud de antecedente 8), se remitieron los antecedentes a la Unidad de Defensa Judicial, Derechos Fundamentales y Coordinación Jurídica, para su investigación en caso de existir una eventual vulneración de derechos fundamentales, según consta en antecedente 4). En virtud de lo anterior, se efectuaron dos investigaciones por eventual vulneración de Derechos Fundamentales, que corresponden a los Informes N° 506/2016/1973 y N° 506/2016/1974, ambas de fecha 22.09.2016 y realizadas por la Inspección Comunal del Trabajo de Viña del Mar, las cuales concluyeron que no era posible constatar los hechos y vulneraciones denunciadas.

De esta manera, es necesario analizar los hechos denunciados, con el fin de poder determinar si ha existido un indebido ejercicio de las facultades -que competen al empleador- por parte de la empresa principal, y por consiguiente, si existe subordinación y dependencia de las trabajadoras individualizadas con respecto a Ripley Store Ltda.

1. En relación a los malos tratos denunciados, los Informes de Fiscalización N° 506/2016/1973 y N° 506/2016/1974, concluyen que no fue posible constatar la efectividad de actos de maltrato laboral ejercidos en contra de las denunciadas.

2. Sobre el ejercicio de facultades de control sobre el horario y el uso de permisos sindicales, los informes de fiscalización N° 506/2016/1973, N° 506/2016/1974 y N° 0506/2016/1662, concluyen que no fue posible constatar los hechos denunciados, como tampoco, la efectividad de la realización de conductas que constituyan prácticas antisindicales. Además, son las propias trabajadoras quienes declaran que no cumplieron las supuestas órdenes sobre esta materia.

Sin perjuicio de lo anterior, es el propio representante de la empresa principal, quien reconoce que se lleva un control, el cual no constituye registro de asistencia, para efectos de determinar quienes se encuentran al interior de la empresa, en caso de desastre o emergencia.

Sobre esta materia, el artículo 183 - A del Código del Trabajo dispone: *“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 478.”

En virtud de la citada norma, este Servicio, en Dictamen N° 141/5 de 10.01.2007, señala que son requisitos para la existencia del trabajo en régimen de subcontratación los siguientes:

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

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.

Sobre este último requisito, el citado pronunciamiento agrega que: *“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”*

Asimismo, este Servicio, a través del Ordinario N° 6463 de 10.12.2015 estableció que *“Atendido lo anterior, no cabe sino 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.*

Ello no significa, en caso alguno, desconocer a la empresa principal el ejercicio de determinadas atribuciones a su respecto, siempre que estas no se traduzcan en alguna de las manifestaciones 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 y que podría configurarse en tal caso la figura ilícita de simulación contemplada en el inciso 1° del artículo 478 del Código del Trabajo.

Acorde a lo expresado, la circunstancia de que la empresa principal exija a los trabajadores del contratista el cumplimiento de medidas mínimas de control de ingreso u otras necesarias para la seguridad y buen funcionamiento de la misma, no implica el ejercicio de atribuciones propias del vínculo de subordinación o dependencia que pudieren atribuirle la calidad de empleadora de los mismos sino aquel que se deriva de las facultades de dirección y administración que la ley le reconoce.”

Conforme con dicho sentido interpretativo, el registro de ingreso indicado por la empresa principal, mientras sólo tenga por objeto la seguridad y

buen funcionamiento de la misma, no implica el ejercicio de atribuciones propias del vínculo de subordinación.

3. Respecto de la disposición de instrucciones, órdenes y supervisión por parte de funcionarios de Ripley Store respecto de las trabajadoras ya individualizadas, solo fue posible constatar que la supervisora Nicole Riquelme solicitaba aviso, mas no otorgar permiso, frente a la ausencia de una o ambas trabajadoras de su puesto de trabajo, con el fin de sustituir sus puestos por dicho tiempo.

Con todo, resulta necesario recordar, en virtud de las declaraciones realizadas por los trabajadores de Ripley Store Ltda., como por la supervisora de Caffarena S.A., 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 (Dictamen N°2468/53, de 09.07.2007 y Ord. N° 6463 de 10.12.2015).*

Lo anterior, conlleva a que el contratista, como empleador de las trabajadoras que se encuentran prestando servicios en régimen de subcontratación, deba ejercer, respecto de ellas, las anteriores atribuciones. De esta manera, las funciones que ejerza el supervisor de la empresa contratista, deben enmarcarse dentro de este rol, tal como indica el Dictamen N° 3468/053 de 09.07.2007, el cual concluyó que: *"...forzoso es convenir que al supervisor le corresponde desarrollar un papel activo y autónomo dentro del régimen de trabajo subcontratado como el que nos ocupa, lo cual implica que su labor no puede estar subordinada a las decisiones de la empresa principal, ni limitarse a la mera transmisión de órdenes impartidas por aquella, puesto que de lo contrario, podría estimarse que el ejercicio efectivo de tales atribuciones respecto del personal del contratista no lo realiza por cuenta de éste sino de la empresa principal, situación que podría derivar en la figura ilícita de la simulación prevista y sancionada en el inciso 1° del artículo 478 del Código del Trabajo".* Agrega que *"cabe señalar que la sola circunstancia de que el contratista designe a un supervisor a cargo de sus trabajadores, no basta para entender que se está en presencia de trabajo en régimen de subcontratación, siendo necesario para ello, además, que dicho supervisor ejerza con autonomía de la empresa principal y en forma efectiva y directa, las atribuciones derivadas del vínculo de subordinación o dependencia que une a aquél con el personal subcontratado."*

En conclusión, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa indicada y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:


1. De los hechos constatados, no es posible concluir que la empresa Ripley Store Ltda., en su rol de empresa principal, ejerza respecto de las trabajadoras que motivan el presente pronunciamiento, facultades derivadas de una relación de subordinación y dependencia.

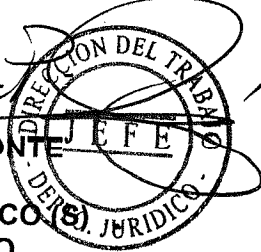
2. Que las actuaciones realizadas por la empresa principal, se enmarcan dentro del ejercicio de aquellas atribuciones -reconocidas por la ley-, que le permiten exigir a los trabajadores del contratista el cumplimiento de medidas mínimas de control de ingreso u otras necesarias para la seguridad y buen funcionamiento de la misma, las cuales tienen como límite, que su ejercicio no implique profesar atribuciones propias del vínculo de subordinación o dependencia, que pudieren atribuirle la calidad de empleadora de los mismos.

3. La empresa contratista, en su rol de empleador, es quien debe ejercer las atribuciones derivadas del vínculo de subordinación y dependencia. Por consiguiente, las funciones ejercidas por sus supervisores deben ser efectivas y no limitarse a la mera transmisión de instrucciones, ni encontrarse subordinadas a las decisiones de la

empresa principal, es decir se deben ejercer con autonomía de ésta, de manera directa respecto de sus trabajadores.

Saluda atentamente a Ud.


~~LORETO BARRERA PEDEMONTE~~
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO (S. JURIDICO)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




EBP/NPS

Distribución:

- Jurídico – Partes – Control
- Inspección Comunal del Trabajo Viña del Mar.