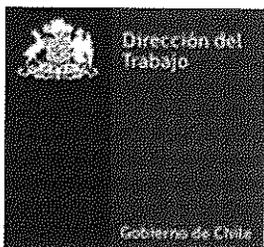


se despache por s/romm
29.11.2017 10:21 HRS



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 8702 (1964) 2017

5744

ORD.: _____

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

ANT.: 1) Instrucciones de fecha 15.11.2017, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

2) Acta de comparecencia de fecha 25.09.2017, de doña Nayade Valenzuela Vasquez, Presidente de la Federación Nacional de Sindicatos Subcontratados del Retail

3) Presentación de 06.09.2017, de Directorio Federación Nacional de Sindicatos Subcontratados del Retail.

SANTIAGO, 28 NOV 2017

DE : JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)

**A : NAYADE VALENZUELA V.
PRESIDENTE
FEDERACIÓN NACIONAL DE SINDICATOS SUBCONTRATADOS DEL RETAIL
directoriofedereacion@fenasub.org**

Mediante la presentación del antecedente Ud. ha requerido a este Servicio un pronunciamiento sobre si resulta jurídicamente procedente que se prohíba el ingreso a locales de empresas de Retail a determinados trabajadores, quienes prestan servicios a empresas subcontratistas de aquellas, teniendo en especial consideración el artículo 19 N°16 de la Constitución y el artículo 2° del Código del Trabajo.

Arguye que, dicha prohibición solo se produce una vez que estos trabajadores manifiestan su negativa de satisfacer requerimientos, órdenes e instrucciones provenientes de las empresas mandantes o cualquier otro tercero en los locales (del Retail) en los cuales prestan servicios, por no encontrarse dichas funciones descritas en sus contratos o corresponder a funciones que se realizan a favor de un tercero distinto de su empleador, lo cual en algunos casos provoca el deterioro en el cumplimiento de sus propias metas, perjudicando el monto final de los distintos bonos de producción que perciben

Agrega que, la referida prohibición de ingreso se manifiesta en que, dicho tercero (dueño o administrador de aquellos locales) niega a dichos trabajadores de empresas de subcontratación del Retail, la posibilidad de prestar funciones

en dicho local o incluso en todos los locales que posea la tienda, dejándolo en algunos casos grabado en el registro de asistencia, pues al ingresar su rut o huella, dicho sistema arroja el siguiente mensaje:

*"RUT:XX.XXX.XXX-X, Fecha: XX.XX.XXXX
XX:XX:XX, Motivo: incumplimiento normas de la compañía, incurre en conductas inseguras en bodega de abarrotes"*

Al respecto, cúmpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 183 A del Código del Trabajo define al trabajo en régimen de subcontratación como aquel que es *"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."*

A su turno, el Dictamen Ordinario N° 141/5 de 10.01.2007, indicó:

"En otros términos, la prestación de servicios de los trabajadores del contratista debe ejecutarse bajo un vínculo de subordinación y dependencia respecto de éste, el cual, conforme a la doctrina y jurisprudencia administrativa vigente, se traduce , entre otros aspectos, en el derecho del empleador a dirigir al trabajador impartándole órdenes e instrucciones, principalmente acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores, y en el deber 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."

En este sentido, el inciso segundo del citado artículo 183 A prescribe:

"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."

Al respecto, el Dictamen N° 2468/053 de 09.07.2007, complementando el precitado pronunciamiento, agregó:

"(...) 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 supervigilancia y control que se derivan de todo vínculo de subordinación o dependencia, toda vez, que como ya se expresara, éstas corresponden en forma exclusiva al contratista, en su calidad de empleador del mencionado personal."

Por consiguiente, es dable concluir que, en el supuesto que una empresa principal imparta instrucciones, órdenes y/o directrices a los trabajadores contratados por una de sus empresas subcontratistas, las cuales impliquen una manifestación de la potestad de mando, resulta aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del precitado artículo 183 A del Código del Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, cúmpleme con informar a Ud. que los antecedentes aportados no permiten emitir un pronunciamiento específico sobre el particular, pues para ello sería necesario efectuar una fiscalización previa tendiente a verificar, entre otras circunstancias, cada uno de los trabajadores que se encontrarían en la hipótesis contemplada en el inciso 2° del artículo 183 A del Código del Trabajo, a fin de determinar si han cumplidos los supuestos requeridos por la precitada norma.

Por su parte, respecto de la consulta sobre prohibición de ingreso al lugar de prestación de los servicios, debe recordarse que una de las estipulaciones mínimas del contrato de trabajo, según se desprende del artículo 10 N°3 del Código del Trabajo, es el lugar de prestación de los servicios y, por tanto, constituye una de las cláusulas respecto de las cuales las partes han pactado.

Sin embargo, no es baladí indicar que, el artículo 12 del Código del Trabajo permite al empleador alterar el sitio o recinto en que deban prestarse los servicios, mientras el lugar o ciudad no importe un menoscabo para el trabajador.

En este contexto, una prohibición de ingreso al lugar de prestación de los servicios para los cuales dicho trabajador fue contratado, salvo que se trate de la hipótesis contemplada en el precitado artículo 12, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, el cual podrá ser reclamado por el trabajador administrativamente como por la vía judicial.

Luego, respecto de si la prohibición de ingreso antes indicada constituye una vulneración de un Derecho Fundamental, resulta preciso indicar previamente que, en la hipótesis analizada en el presente informa, resultaría aplicable lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 5 del Código del Trabajo, el cual preceptúa:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos.”

En este sentido, la doctrina de este Servicio ha sostenido mediante, entre otros, el Dictamen N°2210/035 de 05.06.2009 que los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen carácter de límites infranqueables respecto a las potestades del empleador.

Asimismo, el Dictamen N°2856/162 de 30.08.2002, definió el poder de dirección del empleador como *“una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que el ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades del mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador”*.

En efecto, esta función limitadora se desarrolla en el conjunto y en la totalidad de la relación laboral. Allí donde se ejerzan los poderes empresariales siempre estará presente esta perspectiva. Tanto al inicio de la relación laboral, en su desarrollo y en su conclusión, tanto en el ámbito estrictamente laboral como fuera de él. Desde otra perspectiva, los derechos fundamentales del trabajador limitarán el ejercicio de todas las potestades que al empleador le reconoce el ordenamiento jurídico, a saber, la potestad de mando, la potestad disciplinaria y el ius variandi. Lo anterior quiere decir, por más elemental que parezca, que al empleador no le ha de bastar como argumentación frente a un reproche de afectación a un derecho fundamental del trabajador, el señalar que actuó dentro de sus potestades, pues estas siempre estarán limitadas por la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por su parte, como indica el Ordinario N° 3274 de 18.07.2017, *“el legislador estableció un procedimiento de Tutela ante los Tribunales de Justicia con competencia laboral, para el resguardo de los derechos fundamentales de los trabajadores al interior de la empresa, el cual se encuentra regulado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo.”*

Establecido lo anterior, resulta preciso indicar que frente al despliegue de los poderes empresariales es necesario dilucidar cuándo concretamente éstos pueden llegar a afectar el libre ejercicio de las garantías fundamentales de los trabajadores.

En este sentido, agrega el precitado Ordinario N° 3274 que:

“Por lo que, la ponderación de derechos fundamentales, siempre deberá observarse caso a caso, puesto que para determinar si existe una vulneración es necesario analizar muchos factores, no siendo posible pronunciarse sobre supuestos o situaciones en abstracto, debido a que cada

pronunciamiento sobre esta materia, debe ser producto de una fiscalización que analice hechos concretos.”

Por lo que en la especie, de la consulta planteada respecto de si la prohibición vulnerarían los derechos fundamentales de los trabajadores, específicamente a Libertad de Trabajo como el derecho a la no discriminación, este Servicio se inhibirá de pronunciarse sobre esta materia, por tratarse de situaciones abstractas, debido a que para ponderar la existencia de una vulneración de derechos fundamentales en ellas, deberá analizarse los hechos concretos del caso a caso.

Saluda a Ud.,


LORETO BARRERA PEDEMONTE
ABOGADA
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




RGR/NPS
Distribución:
- Jurídico
- Partes
- Control

DIRECCIÓN DEL TRABAJO
28 NOV 2017
OFICINA DE PARTES