

ORDEN DE SERVICIO N° 07 /

MAT.: Establece nuevo procedimiento extraordinario de fiscalización sobre el cumplimiento de los requisitos del trabajo en régimen de subcontratación y la simulación, y nuevo procedimiento extraordinario de fiscalización para la dictación de Resolución sobre reclamación de legalidad por exclusión de trabajadores de la negociación colectiva por no ser trabajadores de la empresa.

SANTIAGO, 30 OCT. 2008

Como es de vuestro conocimiento, a partir de la dictación de la Ley N° 20.123 (Ley de Subcontratación), el Servicio dispuso una amplia y completa fiscalización de la referida ley a fin de asegurar su efectiva implementación, particularmente en lo referido a uno de sus principales objetivos: la erradicación del suministro (permanente) ilegal de trabajadores.

Del mismo modo, en el último tiempo, particularmente a partir de la entrada en vigencia de la referida Ley N° 20.123, han aumentado los casos en que el Servicio debe pronunciarse sobre la determinación del empleador, en el marco de reclamaciones de legalidad formuladas por la comisión negociadora en contra de las observaciones formuladas por el empleador, cuando éstas se refieran a la exclusión de trabajadores por no ser dependientes de la empresa.

De esta manera, se ha estimado necesario modificar y sistematizar los procedimientos de fiscalización sobre cumplimiento de los requisitos del trabajo en régimen de subcontratación (artículo 183-A, del Código del Trabajo) y de la simulación (artículo 478, inciso primero, del Código del Trabajo), así como el procedimiento de fiscalización que sirve de base a la resolución que debe dictar el Jefe(a) de Oficina o el Directora(a) del Trabajo, según corresponda, en materia de reclamaciones de legalidad cuando se trate de la exclusión de trabajadores de la negociación colectiva por no ser trabajadores de la empresa (artículo 331, del Código del Trabajo).

1. NUEVOS PROCEDIMIENTOS DE FISCALIZACIÓN

A contar de la fecha de la presente Orden de Servicio, se establecen como obligatorios en los casos que se indican, los siguientes procedimientos extraordinarios de fiscalización, que se adjuntan:

- ANEXO N° 12: "PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO DE FISCALIZACIÓN: SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN Y DE LA SIMULACIÓN"; y
- ANEXO N° 13: "PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO DE FISCALIZACIÓN: PARA DICTACIÓN DE RESOLUCIÓN SOBRE RECLAMACIÓN DE LEGALIDAD POR EXCLUSIÓN DE TRABAJADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA"

Estos procedimientos, se incorporan como procedimientos extraordinarios (Anexo N° 12 y 13) a la Circular 88, de fecha 5 de julio de 2001.

2. NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE FISCALIZACIÓN

De conformidad con lo señalado en el acápite anterior, las actuaciones inspectivas orientadas a fiscalizar las materias indicadas, se llevarán a cabo a través de un *Procedimiento Extraordinario de Fiscalización*, esto es, una **fiscalización investigativa**¹ cuyo objeto es establecer si existen indicios de subordinación y dependencia entre los trabajadores objeto de la investigación y el empleador. En el primer caso (Anexo 12) con miras a proporcionar a las organizaciones sindicales y/o los trabajadores denunciantes los antecedentes que esta Dirección pueda recabar a fin de que éstos inicien las acciones legales correspondientes; y en el segundo (Anexo 13), para que sirva de base a la Resolución que sobre el particular debe dictar el Jefe(a) de Oficina o el Director(a) del Trabajo, según sea el caso.

Lo anterior, conlleva una metodología de investigación que se materializará en un **Informe de Fiscalización descriptivo** de la situación fáctica existente.

3. APLICABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO A LAS ACTUACIONES PENDIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE ORDEN DE SERVICIO

Las nuevas modalidades de fiscalización que se establecen en estas instrucciones, deberán aplicarse a la totalidad de las fiscalizaciones, por las materias indicadas, que se encuentren en los siguientes casos:

- a) Solicitudes de fiscalización (denuncias nuevas);
- b) Fiscalizaciones que a la fecha de esta Orden de Servicio estén en curso o pendientes de investigación; y
- c) Fiscalizaciones que a la fecha de esta Orden de Servicio estén terminadas pero sin notificación de resultados.

Lo anterior supondrá, en consecuencia, que en el caso de la letra c) precedente, se deberá reconducir el procedimiento y elaborarse o reelaborarse, según corresponda, el informe de fiscalización, a la luz de la presente Orden de Servicio.

4. RECONSIDERACIONES ADMINISTRATIVAS PENDIENTES (SÓLO PARA ANEXO 12)

En caso de encontrarse en las Inspecciones o DRT, aún sin resolver, reconsideraciones administrativas por sanciones cursadas de acuerdo con lo establecido en las Circulares N° 4, de 12.01.2007 y N° 82, de 26.09.2007, dichas solicitudes de reconsideraciones y sus expedientes deberán ser remitidos a la brevedad a la División de Inspección para su resolución definitiva a la luz de los criterios contenidos en esta Orden de Servicio.

Igual procedimiento se aplicará respecto de las reconsideraciones de multas pendientes por simulación.

¹ Tal y como sucede con la fiscalización por tutela de derechos fundamentales en el marco del nuevo procedimiento judicial contemplado en la Ley N° 20.087.

5. DEROGACIONES

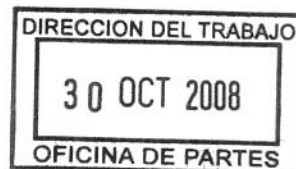
A partir de la fecha de esta Orden de Servicio, se deja sin efecto toda otra instrucción administrativa que diga relación con la materia objeto de esta regulación, en especial: los procedimientos de fiscalización sobre *subcontratación* contenidos en los Anexos incorporados por la Circular N° 4, de 12.01.2007 y la Circular N° 82, de 26.09.2007 y el procedimiento especial de fiscalización de la *simulación* incorporado en la Circular N° 53, de fecha 31.03.2005.


6. DIFUSIÓN INTERNA

Las presentes instrucciones deberán darse a conocer con la mayor prontitud a los funcionarios(as) de cada oficina.

Del mismo modo, se deberán realizar reuniones de coordinación en cada DRT, entre el Coordinador Inspectivo y de Relaciones Laborales con los Jefes(as) de Inspección y con los Jefes de Fiscalización y de Relaciones Laborales, como asimismo en cada una de las oficinas con los fiscalizadores(as), a fin de analizar la presente Orden de Servicio y uniformar la actuación inspectiva.

Saluda atentamente a Uds.,




PATRICIA SILVA MELÉNDEZ
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO


CMV/RPL/JCS/cmv

Distribución:

- Divisiones y Departamentos del Nivel Central
- Direcciones Regionales del Trabajo
- Inspecciones Provinciales y Comunales del Trabajo
- Unidades División de Inspección
- Gabinete Directora
- Gabinete Subdirector
- Of. Partes

ANEXO 12

PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO DE FISCALIZACIÓN: SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN Y LA SIMULACIÓN

GENERALIDADES

Se trata de un procedimiento extraordinario de fiscalización que comprende un conjunto de actuaciones de naturaleza investigativa, cuya finalidad es materializar en un informe de fiscalización descriptivo, los indicios de subordinación y dependencia que se han logrado establecer entre los trabajadores objeto de la investigación y el verdadero empleador.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Estas instrucciones se hacen aplicables a denuncias por *incumplimiento a los requisitos del trabajo en régimen de subcontratación*, así como también a todas aquellas denuncias que se presentan por *simulación*.

Para efectos de distinguir ambas figuras y al tenor de lo establecido en la ley 20.123, de acuerdo con el Dictamen 141/05 de fecha 10.01.2007, los requisitos para el 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;
- 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, aquél 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.

Además existirá *subcontratación*, tanto si las obras o servicios que ejecutan los trabajadores del contratista se desarrollan en las instalaciones o espacios físicos propios de la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, como fuera de éstos.

Las obras o servicios que se deban ejecutar y/o prestar en régimen de subcontratación deben, realizarse en forma habitual y permanente para la empresa principal, se excluyen por tanto, aquellos que se realizan de forma discontinua o esporádica.

Por otra parte, la *simulación* de contratación de trabajadores, es una figura laboral transgresora consistente en la elusión o encubrimiento de la calidad de empleador a través de un tercero, lo que importa una evidente infracción a las propias definiciones legales contenidas en el artículo 3° del Código del Trabajo. En esta figura participan dos o más personas naturales o jurídicas, produciendo como consecuencia que el verdadero empleador evade las obligaciones laborales y previsionales, traspasándolas a un aparente o ficticio empleador (simulador) de quien los trabajadores, en virtud del citado artículo 3°, no dependen directamente, sino que la dependencia y subordinación recae precisamente en el real empleador (empleador simulado), sin que sea un elemento esencial en la figura, el vínculo contractual que puede o no darse entre ambos.

De acuerdo con ello, la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros se puede configurar por medio de personas naturales, personas jurídicas, por medio de entes ficticios que actúan con apariencia de empleador, pero sin la potestad de mando ni de dependencia de los trabajadores, quienes prestan servicios bajo dependencia y subordinación del empleador real, es decir, de aquel que se beneficia directamente con la prestación de servicios, y no del simulador. Ello basado en el principio de la supremacía de la realidad y en concordancia con el Dictamen N° 0922/0025, de 11.03.03, de la Dirección del Trabajo.

Ambas figuras investigadas, tienen como resultado final de la fiscalización el establecimiento de los indicios y hechos que describen la situación en la que se encuentran los trabajadores objeto de la fiscalización con relación a la figura del verdadero empleador.

2. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN

La actuación inspectiva se llevará a efecto a través de *Procedimiento Extraordinario de Fiscalización*, esto es, una **fiscalización investigativa** que no conlleva la aplicación de sanciones. Lo anterior, implica una metodología de investigación que se materializará en un **Informe de Fiscalización descriptivo** de la situación fáctica existente.

Esto supone que la labor fiscalizadora deberá concluir con un informe de fiscalización que dé cuenta de los hechos constatados durante ésta, particularmente aquéllos que digan relación con los indicios de subordinación y dependencia respecto de los trabajadores objeto de dicho procedimiento.

En consecuencia, el funcionario(a) actuante deberá abocarse única y exclusivamente a la constatación de los hechos verificados en el proceso de fiscalización investigativa, absteniéndose de incluir cualquier calificación jurídica.

Copia del informe deberá ser entregado a los requirentes de la fiscalización a fin de que puedan iniciar las acciones legales correspondientes ante los Tribunales de Justicia.

3. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN

El eje central de la investigación es la búsqueda, de acuerdo con el principio de la primacía de la realidad, de indicios o hechos que permitan dilucidar, en sede judicial, quién efectivamente ejerce las facultades establecidas en el artículo 3° del Código del Trabajo, esto es, de acuerdo con la definición de lo que debe entenderse por "empleador" en los términos señalados en dicho cuerpo legal:

"Para todos los efectos legales se entiende por: a) empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo".

Lo anterior, complementado con nuestra reiterada jurisprudencia administrativa que le ha dado sustento y contenido al concepto de subordinación y dependencia como elemento rector para resolver quién es en realidad el verdadero empleador.

De acuerdo con lo señalado, la fiscalización deberá dar respuesta a las siguientes interrogantes:

- a) Determinar con claridad el universo de trabajadores objeto de la fiscalización así como el universo e identificación de los trabajadores respecto de los cuales se dan indicios de subordinación y dependencia con la empresa fiscalizada;
- b) Cuáles son las personas jurídicas o naturales que se relacionan de manera directa en la prestación de los servicios de los trabajadores objeto de la investigación y de qué forma se relacionan entre ellas;
- c) Determinar en qué empresa o empresas radica la administración, cómo se desarrolla la estructura de mando y la subordinación efectiva de los trabajadores;
- d) Se debe señalar quién imparte las instrucciones directas a los trabajadores y de qué forma ellos acatan dichas instrucciones. En el evento de mencionar a personas naturales es necesario que se señale por quiénes han sido contratadas;
- e) El informe debe determinar quién genérica o específicamente, establece la forma y oportunidad de ejecutar las labores de los trabajadores, objeto de la investigación;
- f) Se debe señalar quién establece y/o controla el régimen de jornada y sus interrupciones;
- g) El informe debe mencionar quién organiza y administra (cadena de mando) la actividad laboral de los trabajadores;
- h) Quién establece la carga de trabajo diaria, semanal, mensual, de los trabajadores;
- i) Quién controla, fiscaliza o supervisa el desarrollo de las labores del trabajador;
- j) Con quién se da la continuidad y exclusividad de los servicios prestados, exponiendo los fundamentos de hecho;
- k) Quién ejerce la potestad disciplinaria respecto de los trabajadores;
- l) Quién determina la contratación y/o despido de trabajadores; y
- m) Por último, y sólo como antecedentes adicionales, se debe señalar qué empresa tiene el dominio de la infraestructura y/o medios que utilizan los trabajadores en el desempeño de sus funciones, y a qué empresa corresponde la imagen corporativa.

4. TRATAMIENTO ADMINISTRATIVO DEL PROCEDIMIENTO

4.1 Activación de la fiscalización

Esta modalidad de fiscalización se inicia, exclusivamente, por solicitud de los trabajadores y/o organizaciones sindicales que tengan interés en la fiscalización (entendiendo por tal, aquellas que tengan trabajadores asociados involucrados en la fiscalización); razón por la cual no deberán planificarse ni ejecutarse actuaciones de oficio (programas). Ello, en atención a que el objetivo del procedimiento (entregar informe para eventuales acciones judiciales) no es posible de cumplir si no hay requerentes.

4.2 Carga de trabajo

La fiscalización será de carácter excluyente y como ponderación tendrá un valor de 4 con posibilidad de reponderación en atención al grado de dificultad, complejidad o amplitud de la fiscalización, según facultad entregada a los Jefes de Unidad de Fiscalización.

4.3 Asignación de la Fiscalización

La asignación tendrá el carácter de ordinaria.

4.4 Preparación de la fiscalización

En toda fiscalización debe efectuarse un estudio previo de los antecedentes disponibles sobre el fiscalizado en el propio Servicio. Ello incluye los datos disponibles en el sistema informático, en la carpeta que existiere en la Unidad de Relaciones Laborales sobre organizaciones sindicales existentes en la empresa investigada, y cualquier otro antecedente que pueda servir a la fiscalización.

a) *Entrevista previa con el solicitante*

El fiscalizador(a) se contactará con el o los denunciante(s) y los citará a una reunión a efectuarse normalmente en oficina. Se recomendará al solicitante acudir acompañado de sus asesores jurídicos si los tuviere.

Sin perjuicio de consultar con el o los recurrentes los aspectos centrales de la investigación, y las razones o fundamentos que hacen atendible el requerimiento de fiscalización por esta materia, en dicha reunión el fiscalizador(a) deberá informar sobre la metodología de trabajo a utilizar y los alcances del resultado de la investigación (fiscalización investigativa). De la misma forma, requerirá mediante acta levantada al efecto, toda aquella información, antecedentes o documentos que permitan realizar planificadamente y con mayor grado de eficacia la investigación.

b) *Reunión de análisis previo*

Después de efectuadas las actividades preparatorias precedentes, el fiscalizador(a) y el Jefe(a) de la Unidad de Fiscalización fijarán una reunión preparatoria de análisis del caso. A esta reunión asistirá el Abogado(a) si lo hubiere y, en la medida de lo posible, el Inspector(a) Jefe de Oficina. En ella, se analizarán los antecedentes disponibles, la solicitud de fiscalización, el resultado del estudio preliminar del fiscalizador y la entrevista adicional previa con el solicitante, y se formularán las estrategias para abordar la visita inspectiva en terreno y la investigación en general.

4.5 Visita inspectiva

La fiscalización se practicará de acuerdo con el procedimiento general de fiscalización, siguiendo el esquema de la inspección perceptiva, entrevista a trabajadores, entrevista al empleador, etc., debiendo el fiscalizador(a) actuante verificar y aclarar antecedentes que se detallan a continuación, los que deberán ser consignados en notas durante la visita, para ser registrados finalmente con la mayor claridad y fidelidad posible en el informe de fiscalización.

La visita inspectiva tendrá las siguientes sub-etapas:

- Entrevista a los representantes de los trabajadores si los hubiere (organizaciones sindicales);
- Entrevista a cada uno de los trabajadores objeto de la investigación, no admitiéndose por regla general fiscalizaciones muestrales. Con todo, cuando debido al excesivo número de trabajadores involucrados en la fiscalización dificulte la realización de las entrevistas, podrá entrevistarse a una muestra de trabajadores, en la medida que dicha muestra sea representativa de todas y cada una de las áreas o secciones de trabajo fiscalizadas, asegurándose de adscribir al informe a la totalidad de los trabajadores que desempeñan labores en dicha área o sección de conformidad a las nóminas que entregue la o las empresas fiscalizadas (principal y contratista), según se trata en la letra c), del apartado Antecedentes Generales de la Fiscalización contenido en el siguiente acápite, y de que se encuadre en la caracterización efectuada de la muestra;

- Entrevista a los empleadores de la supuesta empresa contratista y principal, debiendo el fiscalizador actuante levantar actas de dichas declaraciones, para efectos de verificar y aclarar antecedentes que deberán ser consignados en el informe de fiscalización respectivo. En todo caso, deberá siempre darse la oportunidad de que, tanto la aparece como empresa principal y la o las contratistas de que se trate, puedan hacer sus observaciones o descargos;
- Inspección perceptiva, que permita al fiscalizador establecer la forma cómo se organiza el trabajo, su estructura y cualquier otro hecho relevante en la fiscalización; y
- Análisis documental, revisión de todos los antecedentes que permitan realizar la actuación inspectiva con el mejor sustento posible. Comprende, por tanto, el análisis de órdenes de trabajo, instrucciones escritas, memos internos y todo aquello que facilite la labor investigativa.

4.6 Informe de Fiscalización Investigativo

Una vez terminado el procedimiento de investigación en terreno y análisis, el fiscalizador(a) procederá a evacuar Informe de Fiscalización, que necesariamente debe contener un desarrollo explicativo de los hechos investigados, desarrollando los indicios de la existencia o inexistencia del vínculo de subordinación y dependencia, de acuerdo con lo antes expuesto.

El Informe de Fiscalización, deberá ajustarse en su estructura a los siguientes contenidos mínimos:

I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA FISCALIZACIÓN

- a) Descripción detallada de la denuncia objeto de la investigación. Se hace presente que en caso de denuncia de un trabajador que puede eventualmente ser objeto de represalias, el fiscalizador(a) deberá siempre resguardar su identidad.
- b) Identificación de la o las empresas, nombre o razón social, representante legal, domicilio, giro de las mismas que se han investigado.

En caso de que se trate de empresas vinculadas o ligadas contractualmente se deberá especificar el vínculo que las une (contrato civil o comercial, N° de contrato y denominación).

- c) Determinación de universos de trabajadores objeto de la fiscalización:
 - Establecimiento del número total de trabajadores que laboran en la empresa principal, desagregado por trabajadores propios y contratistas y por procesos productivos.
 - Determinación del universo de trabajadores objeto de la fiscalización, con desagregación de cada uno de los procesos o subprocesos productivos existentes.

Para estos efectos, se le requerirá a la empresa principal y a las empresas contratistas el listado de trabajadores (con individualización y funciones) vigentes al momento de la fiscalización, lo que deberá formularse mediante requerimiento formal, dejando constancia mediante acta levantada al efecto de lo aportado por cada empresa.

- d) Descripción de la metodología utilizada en la fiscalización. Resultando necesario indicar el proceso de preparación de la fiscalización, número de visitas realizadas y lugares determinados en que se practicaron. Precisar la cantidad de trabajadores entrevistados; el o los representantes del empleador entrevistados; documentación revisada y la forma en que fue obtenida; técnica de observación, indicando la colaboración prestada por la empresa y/o las dificultades o entorpecimientos ocasionados. En general, aportar cualquier elemento que de cuenta de la acuciosidad, objetividad y profundidad del trabajo realizado.

II. ANTECEDENTES ESPECÍFICOS DE LA FISCALIZACIÓN

a) Descripción del proceso productivo objeto de la fiscalización. Se requiere determinar claramente:

- El proceso productivo objeto de la prestación de servicios por parte de los trabajadores, con cada uno de subprocesos; y
- Quién tiene la administración del proceso productivo, tanto técnica como laboralmente, esto es, quién tiene a su cargo las decisiones operacionales y de producción y las decisiones sobre contratación y despido, aplicación de sanciones laborales, políticas de promoción, capacitación, supervisión y control; y la utilización de medios para desarrollar la prestación de servicios (computadores, indumentaria, imagen corporativa, etc.).

b) Descripción de la estructura de supervisión y mando

Referirse a la estructura de mando que llega directamente a los trabajadores involucrados, por la vía de jefes de grupo, capataces, supervisores, etc., indicando si la dependencia o subordinación de los trabajadores es de la empresa principal o es de cada una de las empresas contratistas o entes involucrados.

c) Describir pormenorizadamente los indicios de subordinación y dependencia respecto de trabajadores individualizados, que se han logrado establecer en el procedimiento de investigación, detallando las formas en que ellos se manifiestan (ver acápite 3).

d) Determinación del universo de trabajadores, objeto de la fiscalización, respecto de los cuales se establecen los indicios de subordinación y dependencia, con individualización (Nombre y RUT) y funciones, indicado específicamente los procesos o subprocesos en los que laboran, y la empresa contratista o subcontratista para la cual aparecen contratados formalmente.

Esta determinación, se deberá realizar mediante la constatación directa del fiscalizador(a), o en el caso de que debido al número de trabajadores se dificulte enormemente esta constatación, la individualización de los trabajadores debe elaborarse a partir de las nóminas que entregue la o las empresas fiscalizadas (principal y contratista), ello según se señaló en la letra c), de apartado Antecedentes Generales de la Fiscalización.

Para estos efectos, una vez establecido que en un determinado proceso o subproceso productivo existen indicios de subordinación y dependencia respecto de los trabajadores que allí laboran, lo que deberá obtenerse a través de la fiscalización muestral (ej.: trabajadores de un turno), corresponderá asociar a dicho proceso o subproceso productivo a la totalidad de trabajadores que laboran en él, lo que se verificará en base a las nóminas proporcionadas por la empresa principal y/o contratista. En todo caso, deberá tenerse especial cuidado de asociar a los trabajadores que, según las nóminas, cumplen precisamente las funciones o labores respecto de las cuales se constataron indicios de subordinación y dependencia, excluyendo a aquellos trabajadores que, no obstante estar en dichas nóminas por estar asociados al contrato objeto específico del proceso o subproceso de que se trata, cumplen funciones no comprendidas en aquellas respecto de las cuales se verifican los indicios de subordinación y dependencia (ver entrevistas muestrales en Acápite 4.5).

III. CONCLUSIONES

En este apartado se establece la conclusión final de la fiscalización, con un resumen de los indicios recogidos en la investigación, con la siguiente frase final de acuerdo con el tenor de lo que se investiga (cumplimiento de requisitos de subcontratación o simulación):

“Los hechos constatados en la fiscalización y que se describen precedentemente, constituyen indicios de infracción al artículo 183-A, del Código del Trabajo, razón por la cual se hace entrega del presente informe a los solicitantes a fin de que puedan iniciar las acciones legales correspondientes ante Tribunales de Justicia”.

“Los hechos constatados y que se describen precedentemente, constituyen indicios de infracción al inciso primero, del artículo 478 del Código del Trabajo, razón por la cual se hace entrega del presente informe a los solicitantes a fin de que puedan iniciar las acciones legales correspondientes ante Tribunales de Justicia”.

De igual forma, en caso de no haberse encontrado indicios de la figura infraccional, según corresponda, se deberá indicar este hecho en el informe, debiendo argumentar circunstanciadamente, los fundamentos de esta conclusión.

5. VISACIÓN

Una vez elaborado el informe de fiscalización, **siempre deberá ser visado** por los Coordinadores(as) Inspectivo y Jurídico de la respectiva DRT.

6. ACTOS POSTERIORES

Una vez visado el informe, el Jefe(a) de Fiscalización deberá entregar mediante acta, copia al trabajador u organización sindical denunciante, con el objeto de que éstos ejerzan las acciones legales que estimen pertinentes,

ANEXO 13

PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO DE FISCALIZACIÓN: PARA DICTACION DE RESOLUCIÓN SOBRE RECLAMACIÓN DE LEGALIDAD POR EXCLUSIÓN DE TRABAJADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR NO SER TRABAJADORES DE LA EMPRESA

GENERALIDADES

Se trata de un procedimiento extraordinario de fiscalización que comprende un conjunto de actuaciones de naturaleza investigativa, cuya finalidad es materializar en un informe de fiscalización descriptivo, los indicios de subordinación y dependencia que se han logrado establecer entre los trabajadores objeto de la investigación y el verdadero empleador, con el objeto de servir de base a la Resolución de que debe dictar el Jefe(a) de la Inspección o el Director(a) del Trabajo, según corresponda.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Estas instrucciones serán aplicadas cuando la comisión negociadora, dentro de un proceso de negociación colectiva, formula reclamaciones de legalidad, de acuerdo con el artículo 331 del Código del Trabajo, respecto de la respuesta al proyecto de contrato colectivo dada por el empleador, la cual ha excluido algún(os) trabajadores por considerar que éste(os) no son dependientes de la empresa.

2. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN

La actuación inspectiva se llevará a efecto a través de un *Procedimiento Extraordinario de Fiscalización*, esto es, una **fiscalización investigativa** que no conlleva la aplicación de sanciones. Lo anterior, implica una metodología de investigación que se materializará en un **Informe de Fiscalización descriptivo** de la situación fáctica existente.

Esto supone que la labor fiscalizadora deberá concluir con un informe de fiscalización que dé cuenta de los hechos constatados durante ésta, particularmente aquéllos que digan relación con los indicios de subordinación y dependencia respecto de los trabajadores objeto de dicho procedimiento.

En consecuencia, el funcionario(a) actuante deberá abocarse única y exclusivamente a la constatación de los hechos verificados en el proceso de fiscalización investigativa, absteniéndose de incluir cualquier calificación jurídica.

3. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN

El eje central de la investigación es la búsqueda, de acuerdo con el principio de la primacía de la realidad, de indicios o hechos que permitan dilucidar al Jefe(a) de la Inspección o al Director(a) del Trabajo, quién efectivamente ejerce las facultades establecidas en el artículo 3º del Código del Trabajo, esto es, de acuerdo con la definición de lo que debe entenderse por "empleador" en los términos señalados en dicho cuerpo legal:

"Para todos los efectos legales se entiende por: a) empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo".

Lo anterior, complementado con nuestra reiterada jurisprudencia administrativa que le ha dado sustento y contenido al concepto de subordinación y dependencia como elemento rector para resolver quién es en realidad el verdadero empleador.

De acuerdo con lo señalado, la fiscalización deberá dar respuesta a las siguientes interrogantes:

- a) Cuáles son las personas jurídicas o naturales que se relacionan de manera directa en la prestación de los servicios de los trabajadores objeto de la investigación y de qué forma se relacionan entre ellas;
- b) Determinar en qué empresa o empresas radica la administración, cómo se desarrolla la estructura de mando y la subordinación efectiva de los trabajadores;
- c) Se debe señalar quién imparte las instrucciones directas a los trabajadores y de qué forma ellos acatan dichas instrucciones. En el evento de mencionar a personas naturales es necesario que se señale por quiénes han sido contratadas;
- d) El informe debe determinar quién genérica o específicamente, establece la forma y oportunidad de ejecutar las labores de los trabajadores, objeto de la investigación;
- e) Se debe señalar quién establece y/o controla el régimen de jornada y sus interrupciones;
- f) El informe debe mencionar quién organiza y administra (cadena de mando) la actividad laboral de los trabajadores;
- g) Quién establece la carga de trabajo diaria, semanal, mensual, de los trabajadores;
- h) Quién controla, fiscaliza o supervisa el desarrollo de las labores del trabajador;
- i) Con quién se da la continuidad y exclusividad de los servicios prestados, exponiendo los fundamentos de hecho;
- j) Quién ejerce la potestad disciplinaria respecto de los trabajadores;
- k) Quién determina la contratación y/o despido de trabajadores; y
- l) Por último, y sólo como antecedentes adicionales, se debe señalar qué empresa tiene el dominio de la infraestructura y/o medios que utilizan los trabajadores en el desempeño de sus funciones y a qué empresa corresponde la imagen corporativa.

4. TRATAMIENTO ADMINISTRATIVO DEL PROCEDIMIENTO

4.1. Activación de la fiscalización

La fiscalización se inicia, exclusivamente, cuando la comisión negociadora, dentro de un proceso de negociación colectiva, formula reclamaciones de legalidad, de acuerdo con el artículo 331 del Código del Trabajo, respecto de la respuesta al proyecto de contrato colectivo dada por el empleador, la cual ha excluido algún(os) trabajadores por considerar que éste(os) no son dependientes de la empresa.

El Jefe o encargado(a) de la Unidad de Relaciones Laborales, deberá entrevistar a la comisión negociadora, respecto de cuáles pueden ser los aspectos centrales de la investigación, las razones o fundamentos de la objeción de legalidad, que no estuvieran expresamente contenidas en la misma, y le solicitará, bajo acta, toda información, antecedentes o documentos que permitan realizar planificadamente y con mayor grado de eficacia la investigación.

En consecuencia la activación de la fiscalización, que incluye el ingreso al DTplus, se producirá en la Unidad de Relaciones Laborales, informando al Jefe de la Unidad de Fiscalización, con el objeto de que su asignación sea, a más tardar al día siguiente de ingresada.

4.2. Carga de trabajo

La fiscalización será de carácter excluyente y como ponderación tendrá un valor de 4 con posibilidad de reponderación (menor o mayor) en atención al grado de dificultad, complejidad o amplitud de la fiscalización, según facultad entregada a los Jefes(as) de Unidad de Fiscalización

4.3. Asignación de la Fiscalización

La asignación tendrá el carácter de URGENCIA. El Informe de fiscalización debe ser evacuado en un plazo no superior a 4 días hábiles, debiendo el Inspector(a) Comunal o Provincial tomar las medidas para esos efectos, ya que en estas circunstancias la investigación ordenada será el único elemento que le permitirá estar en condiciones de acoger o rechazar la(s) objeción(es) de legalidad planteada(s) por la comisión negociadora

4.4. Preparación de la fiscalización

En toda fiscalización debe efectuarse un estudio previo de los antecedentes disponibles sobre el fiscalizado en el propio Servicio. Ello incluye los datos disponibles en el sistema informático, en la carpeta que existiere en la Unidad de Relaciones Laborales sobre organizaciones sindicales existentes de la empresa investigada, así como una reunión con el Jefe(a) de la Unidad de Relaciones Laborales, abogado y, en lo posible con el Jefe de Inspección, a fin de que aporte los antecedentes que recabó con la comisión negociadora al momento de ingresar la denuncia.

En la reunión preparatoria, se analizarán los antecedentes disponibles y se formularán las estrategias para abordar la visita inspectiva en terreno y la investigación en general. Será responsabilidad de Inspector(a) Jefe de Oficina el que la fiscalización se desarrolle conforme a los parámetros y en los plazos que impartirán los funcionarios ya indicados.

4.5. Visita inspectiva

La fiscalización se practicará de acuerdo con el procedimiento general de fiscalización, siguiendo el esquema de la inspección perceptiva, entrevista a trabajadores, entrevista al empleador, etc., debiendo el fiscalizador actuante verificar y aclarar antecedentes que se detallan a continuación, los que deberán ser consignados en notas durante la visita, para ser registrados finalmente con la mayor claridad y fidelidad posible en el informe de fiscalización.

El fiscalizador deberá entrevistar a cada uno de los trabajadores objeto de la investigación, no admitiéndose por regla general fiscalizaciones muestrales. Con todo, cuando debido al excesivo número de trabajadores involucrados en la fiscalización dificulte la realización de las entrevistas, podrá entrevistarse a una muestra de trabajadores, en la medida que dicha muestra sea representativa de todas y cada una de las áreas o secciones de trabajo fiscalizadas, asegurándose de adscribir la totalidad de los trabajadores que desempeñan labores en dicha área o sección, y de que se encuadre en la caracterización efectuada de la muestra.

- Entrevista a la comisión negociadora;
- Entrevista a cada uno de los trabajadores objeto de la investigación, no admitiéndose por regla general fiscalizaciones muestrales, salvo en los casos ya señalados precedentemente;

- Entrevista a los empleadores de la supuesta empresa contratista y principal, debiendo el fiscalizador actuante levantar actas de dichas declaraciones, para efectos de rescatar y aclarar antecedentes que deberán ser consignados en el informe de fiscalización respectivo. En todo caso, deberá siempre darse la oportunidad de que, tanto la supuesta empresa principal y la o las contratistas de que se trate, puedan hacer sus observaciones o descargos;
- Inspección perceptiva, que permita al fiscalizador establecer la forma cómo se organiza el trabajo, su estructura y cualquier otro hecho relevante en la fiscalización; y
- Análisis documental, revisión de todos los antecedentes que permitan realizar la actuación inspectiva con el mejor sustento posible. Comprende, por tanto, el análisis de órdenes de trabajo, instrucciones escritas, memos internos y todo aquello que facilite la labor investigativa.

4.6 Informe de Fiscalización

Una vez terminado el procedimiento de investigación en terreno y análisis, el fiscalizador(a) procederá a evacuar Informe de Fiscalización, el que debe contener un desarrollo explicativo de los hechos investigados, desarrollando los indicios de la existencia o inexistencia del vínculo de subordinación y dependencia, de acuerdo con lo antes expuesto.

El Informe de Fiscalización, deberá ajustarse en su estructura a los siguientes contenidos mínimos:

I. ANTECEDENTES GENERALES DE LA FISCALIZACIÓN

- a) Descripción detallada de las materias contenidas en la reclamación de legalidad que fueron objeto de la investigación.
- b) Identificación de la o las empresas, nombre o razón social, representante legal, domicilio, giro de las mismas que se han investigado.

En caso de que se trate de empresas vinculadas o ligadas contractualmente se deberá especificar el vínculo que las une (contrato civil o comercial, N° de contrato y denominación).

- c) Descripción de la metodología utilizada en la fiscalización. Resultando necesario indicar el proceso de preparación de la fiscalización, número de visitas realizadas y lugares determinados en que se practicaron. Precisar la cantidad de trabajadores entrevistados; el o los representantes del empleador entrevistados; documentación revisada y la forma en que fue obtenida; técnica de observación, indicando la colaboración prestada por la empresa y/o las dificultades o entorpecimientos ocasionados. En general aportar cualquier aspecto que demuestre la acuciosidad, objetividad y profundidad del trabajo realizado.

II. ANTECEDENTES ESPECÍFICOS DE LA FISCALIZACIÓN

- a) Descripción de la Administración del proceso productivo objeto de la fiscalización. Se requiere determinar claramente:
 - El proceso productivo objeto de la prestación de servicios por parte de los trabajadores; y
 - Quién tiene la administración del proceso productivo, esto es, quién tiene a su cargo las decisiones de contratación y despido; aplicación de sanciones laborales; políticas de promoción, capacitación, supervisión y control. La utilización de medios para desarrollar la prestación de servicios (computadores, indumentaria, imagen corporativa, etc.).

b) Descripción de la estructura de supervisión y mando.

Es necesario referirse por separado a la estructura de mando que llega directamente a los trabajadores involucrados, por la vía de jefes de grupo, capataces, supervisores, etc., indicando si la dependencia o subordinación de los trabajadores es de la empresa principal o es de cada una de las empresas contratistas o entes involucrados.

c) Describir pormenorizadamente los indicios de subordinación y dependencia (respecto de trabajadores individualizados), que se han logrado establecer en el procedimiento de investigación, detallando las formas en que ellos se manifiestan (ver acápite 3).

III. CONCLUSION

Conclusión final, que conlleva un resumen de los indicios recogidos en la investigación que dan cuenta de la real subordinación y dependencia a la cual están afectos los trabajadores objeto de la reclamación de legalidad. Es decir, se deberá dejar expresamente establecido con qué persona jurídica o natural existen indicios de subordinación o dependencia respecto de los trabajadores investigados.

De esta forma, la determinación de si los trabajadores pueden o no negociar colectivamente corresponde efectuarla, exclusivamente, en la Resolución que se pronuncia sobre la objeción de legalidad.

5. VISACIÓN

Una vez elaborado el informe de fiscalización, siempre deberá ser revisado por el abogado(a) y o Coordinador(a) Jurídico si no existiere abogado(a) en la Inspección y visado por el Jefe(a) de la Unidad de Fiscalización, quien lo remitirá al abogado(a) o Jefe(a) de Inspección, con el objeto de que se dicte la Resolución correspondiente.

6. ACTOS POSTERIORES

El Informe será archivado en la Unidad de Fiscalización, debiendo enviar una copia a la Unidad de Relaciones Laborales, a fin de que se adjunte a la carpeta respectiva.