

Qué hacer cuando se está en Subcontratación?

Circular N°5. De circulación para socios Aproval



El trabajo agrícola cada día más requiere de mayor nivel de mecanización, así como el apoyo de terceros para poder realizar algunas tareas u obras, tales como control de plagas, servicios contables y de control lechero, construcción e instalación de sistemas de riego, entre muchas otras tareas. Por otro lado, la normativa ha impuesto la obligación solidaria o subsidiaria a la empresa, respecto de las empresas contratistas que presten servicios a aquélla.

Ante el riesgo que implica trabajar en el predio con terceras empresas, que ingresan personal propio a desempeñar alguna tarea específica, surge la interrogante y la necesidad de aclarar qué se entiende por subcontratación, si un determinado servicio está o no comprendido dentro de esta normativa y, en caso de estarlo, cómo proceder dentro de la normativa. Este es el tema de la presente circular: Subcontratación: Cuándo se está en ella y cuáles son sus procedimientos y consecuencias .

Qué es la subcontratación?

El artículo 183-A del Código del Trabajo, en su inciso primero, establece que:

“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.”

De la lectura del artículo 183-A transcrito, se desprende, por una parte, 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. Así también, se establece que se excluyen expresamente de tal normativa a **aquellas obras o servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.**

El mismo artículo define la existencia de tres actores en la relación de subcontratación:

TRABAJADOR: Persona que por medio de un contrato de trabajo, presta servicios personales a un empleador denominado ‘contratista’, el cual a su vez, posee un contrato con una empresa.

CONTRATISTA. Persona natural o jurídica que contrata trabajadores para poder realizar por su cuenta y riesgo, obras o faenas contratadas con un tercero o ‘empresa principal’.

EMPRESA PRINCIPAL. Empresa que, por medio de un contrato civil o mercantil, contrata los servicios de un contratista, para que éste, con personal de su dependencia, ejecute obras o faenas convenidas.

No es subcontratación..!

Debe señalarse que el propio artículo 183-A establece que las normas sobre subcontratación **sólo rigen respecto de aquellas obras o servicios que se ejecutan o prestan en forma habitual o permanente**, quedando excluidas de tal normativa aquellas que se realizan de modo discontinuo o esporádico.

Según la Dirección del Trabajo, están afectas al régimen de subcontratación, las obras o labores que el trabajador deba realizar para la empresa principal cuando éstas implican permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en

el tiempo, careciendo de incidencia para estos efectos la duración del vínculo contractual que une al contratista con la empresa principal.

Es decir, si las obras o labores que corresponde ejecutar al trabajador revisten el carácter de **ocasionales, discontinuas o esporádicas, no se deriva para la empresa que encarga la respectiva obra o servicio, la responsabilidad solidaria o subsidiaria.**

De esta forma, aún cuando los trabajadores de la persona natural o jurídica encargada de realizar una determinada obra o servicio en forma discontinua o esporádica, tienen todos los derechos laborales y previsionales que contempla la Ley, éstos sólo podrán ser exigidos respecto de su propio empleador, no existiendo en tal caso subcontratación ni responsabilidad alguna de la empresa que ha contratado la realización de la obra o la prestación del servicio.

La afirmación en cuanto a que el trabajo en régimen de subcontratación no procede cuando las labores o servicios que corresponda ejecutar a los trabajadores sean de carácter esporádico u ocasional, se ve corroborada si se tiene presente que tal disposición fue incorporada por el Ejecutivo, mediante veto presidencial, el cual, fundamentando esta normativa, en lo pertinente, señaló:

*“La propuesta precisa la aplicación de las normas relativas a la subcontratación, en cuanto no se incluye en esta categoría a aquellas relaciones jurídicas que se establecen entre la empresa principal y el contratista de modo discontinuo o esporádico. Esto es, cuando se trata de **servicios ocasionales, aislados, que obedecen a una causa específica extraordinaria, que se expresa en un contrato civil o comercial, con un objeto determinado y que queda limitado en el tiempo, en cuanto éstos quedan ordenados por la naturaleza de la urgencia o de las necesidades esencialmente transitorias o breves a que responden.**”*

En atención a los criterios establecidos, no serían sujetos a la subcontratación las tareas de reparación y mantención de una construcción,

siempre que esta tarea sea esporádica, ocasional y no continua.

Por el contrario, si la reparación y mantención de la construcción se extiende en el tiempo, se generaría una condición de subcontratación por la habitualidad y permanencia en el tiempo. Por supuesto el límite de interpretación de si corresponde o no, siempre estará en manos del Juez del trabajo competente.

Lo verdaderamente relevante, entonces, para determinar si a una obra o servicio le resulta aplicable el estatuto de subcontratación, es determinar previamente la habitualidad y permanencia en el desempeño de su labor para la empresa principal.

En resumen, se estará en presencia de trabajo en régimen de subcontratación cuando las obras o servicios que deban ejecutar y/o prestar los respectivos trabajadores, sean realizadas en forma permanente o habitual para la empresa principal, entendiéndose que revisten tales características aquellas cuyo desarrollo **implica permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo**, esto es, que no se realicen o respondan a necesidades específicas, extraordinarias u ocasionales.

A modo de ejemplo, La Dirección del Trabajo reconoce que no estarían sujetas a régimen de subcontratación las actividades de reparación de maquinaria, soporte técnico, aseo industrial u otras que se realizan en forma ocasional y extraordinaria cuya duración queda determinada por la prestación del servicio específico contratado.

En cada ejemplo dado a continuación, deberíamos establecer una suerte de test, donde calificamos si cumple o no cumple con los criterios de habitualidad/ocasional, permanencia breve/extendida, continua/discontinua. Si con estos criterios las respuestas son habitual, larga permanencia, y continua; entonces claramente estaremos frente a una relación de subcontratación; por el contrario, si las respuestas son ocasional, breve duración, y

discotinuua, entonces estaremos frente a una relación que no califica como subcontratación.

Si las respuestas no son tan nítidas, entonces la interpretación generalmente se hará a la mejor conveniencia del trabajador, es decir, existe subcontratación.

Tarea	Habitualidad	Permanencia	Continuidad
Construcción de galpones	si / no	si / no	si / no
Construcción Pozo purinera	si / no	si / no	si / no
Control de plagas	si / no	si / no	si / no
Fertilización y fumigaciones	si / no	si / no	si / no
Hechura silos, fardos o bolos	si / no	si / no	si / no
Preparación de suelos	si / no	si / no	si / no
Reparación de maquinaria	si / no	si / no	si / no

Como se deduce, la respuesta no es única para todos los casos, por cuanto la hechura de bolos, por ejemplo, en un campo podrá durar una semana, es esporádica (una vez en el año), por lo cual no cae en las normas de subcontratación, mientras que en otro, esta tarea podrá durar uno o dos meses, por lo cual se acerca a considerarla 'permanente'.

Claramente no se está frente a la subcontratación cuando quienes trabajan son empleados de una empresa y que han venido a realizar la mantención de los equipos de ordeña.

Qué hacer al reconocer estar en régimen de subcontratación?

Al reconocer que la relación contractual con un tercero al cual se le encargará una obra, faena o servicios; se deben seguir ciertos pasos para reducir los riesgos asociados:

1. Suscribir un contrato donde se especifiquen los derechos y obligaciones de las partes (empresa principal y contratista),
2. Verificar que el contratista esté inscrito en el Registro de Contratistas Agrícolas de la Inspección del Trabajo,
3. Solicitar el Certificado de Cumplimiento de Obligaciones Laborales del Contratista, que se obtiene en la Inspección del Trabajo,
4. Solicitar copia del Contrato de cada uno de los trabajadores que ejercen tareas con motivo de la relación con la empresa principal,
5. Nómina diaria de los trabajadores que ingresan a las dependencias de la empresa, para reconocer sobre quiénes la empresa es solidaria (es sabida la alta rotación de trabajadores agrícolas de temporada),
6. Inscripción de faena ante la Inspección del Trabajo,
7. Solicitar que el contratista acredite el pago de remuneraciones a los trabajadores, antes de pagarle el total de sus servicios,
8. Solicitar que el contratista acredite el pago de Cotizaciones Previsionales por el total remunerado al trabajador, antes de pagarle el total de sus servicios,
9. Avisar a la Inspección del Término de la faena. La responsabilidad de la empresa principal se extiende solo entre el inicio y el término de las faenas contratadas,
10. Avisar al contratista del término de los servicios en la forma y plazos acordados y convenidos en el contrato,
11. Retener parte de los montos pactados hasta no disponer de la verificación que han sido pagadas las cotizaciones y remuneraciones respectivas (normalmente se retiene entre un 20 y 30% del valor de la factura),
12. Solicitar copia de los respectivos Finiquitos, si los trabajadores han sido contratados sólo para esa faena.

Si se procede cumpliendo los pasos indicados, la responsabilidad de la empresa principal es subsidiaria respecto de los incumplimientos del contratista, es decir, la empresa principal debe responder sólo cuando el contratista no cumple con sus obligaciones laborales y previsionales respecto de sus trabajadores.

Para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria el trabajador debe demandar primero al contratista que es su empleador directo y, sólo si éste no responde la acción judicial, ésta se dirige hacia la empresa mandante. En otras palabras, la empresa mandante responde solo una vez que se ha agotado la persecución de la responsabilidad del contratista.

Derecho a Saber de los trabajadores del Contratista?

Siendo obligación de la empresa proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores del contratista, la empresa principal asumirá esta obligación si, por causa del incumplimiento de contratista, éste no ha dado a conocer los procedimientos de trabajo seguro, los riesgos de las labores y los mecanismos para evitarlos. En consecuencia, si el trabajador del contratista sufre un accidente del trabajo, éste podrá demandar directamente a la empresa principal por la reparación de los perjuicios sufridos.

Para evitar esta situación, la empresa principal debe verificar que el trabajador del contratista se desempeñe con todos los Elementos de Protección Personal (EPP), requeridos y necesarios a las funciones que desarrolla; que reciba oportunamente la información sobre los riesgos inherentes a sus actividades (Derecho a Saber) y que cumpla con las obligaciones propias del cargo, por ejemplo, que el operador de maquinaria cuente con la Licencia de Conducir que lo habilita, o bien, que los aplicadores de plaguicidas tengan cursos de capacitación en la materia.

Resumen

Cuando una empresa contrata a otra para que realice determinadas labores, hay que observar si esas labores son habituales o permanentes, entendiendo con ello que existe permanencia (dura un horizonte de tiempo prolongado) o bien, responden a una necesidad ocasional, extraordinaria, específica, de tal modo que no califica como habitual.

Ante esa observación, se podrá resolver si la actividad contratada está o no sujeta al régimen de subcontratación, lo cual tendrá severas consecuencias administrativas, normativas y de responsabilidad para la empresa principal.

En ambos casos, ya sea que se ha determinado que es una actividad habitual u ocasional, es conveniente suscribir un contrato de tipo civil y mercantil donde se suscriban los términos de la obra, servicio o faena contratada y quede expresada la interpretación que se ha tenido en la materia.

Si se trata de una relación que se considera sujeta al régimen de subcontratación, la empresa principal o mandante asumirá una inmediata responsabilidad solidaria (indistintamente) o subsidiaria (responde después que no pueda el contratista), lo cual dependerá si dió o no cumplimiento a los pasos antes indicados.

De los riesgos que asume la empresa principal, el de mayor monto ante una situación imprevista, es el caso de accidentes de trabajo, por lo cual una tarea esencial que debe realizar la empresa principal, es verificar que los trabajadores del contratista (y los propios), hayan recibido adecuadamente la información sobre los riesgos inherentes a las labores que realizan, las acciones preventivas y que usen en todo momento los EPP que se les proporcionan.

Manuel Saavedra Correa, Ing. Agr., para Aprobación