

PROBLEMÁTICA LABORAL EN LA EMPRESA ACTUAL, APLICADA A LA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS.

HUGO C. ALVAREZ CÁRCAMO

Abogado

Magíster en Derecho Corporativo (LL.M. Executive UDD)

Diplomado en Derecho Administrativo Económico (PUC)

INTRODUCCIÓN

El recurso humano es y seguramente seguirá siendo él recurso más importante en el desarrollo económico de las empresas y de la economía en general. Sin embargo, en la actualidad se presenta además como una limitante al desarrollo económico pleno. Esto es paradójico, porque por un lado es el sostenedor del desarrollo económico y por el otro contiene serias limitantes a su propio desarrollo.

Así, mientras que en la sociedad del saber que pregona Peter Drucker¹, el elemento humano es esencial, éste se está transformando o desplazando de una sociedad manual a una sociedad mucho mejor preparada, donde la desaparición de la mano de obra como factor de producción es cada vez más casi un hecho, desplazándose a una sociedad de los empleados, donde la mano de obra, en sí, ha dejado de ser un activo y donde este activo ahora, es el saber, el que ha o está ocupando un papel preponderante como recurso.

También las malas prácticas de muchos empleadores han transformado a la regulación laboral en una regulación pesada, rigurosa, que arrastra una normativa muchas veces difícil de poder cumplir a cabalidad por los propios empleadores y además se presenta también como una limitante al propio trabajo, mientras que desde la perspectiva de los trabajadores les hace fijarse en derechos contenidos en la norma jurídica, que muchas veces pasan a ser superfluos si las comparamos con los derechos obtenidos de común acuerdo entre los propios actores de la relación laboral, a través de convenios colectivos o beneficios incorporados a los propios contratos de trabajos producto de la negociación individual.

Hoy, producto de la especialización, del desarrollo profesional de muchos trabajadores, empleados y gestores, la negociación colectiva debiera cada día ir perdiendo protagonismo,

¹ La Sociedad Poscapitalista, Peter Drucker, editorial Sudamericana, tercera edición, capítulo tercero, página 62.

volcándose a una negociación individual que le permita a la empresa captar talentos y retenerlos, basado en ciertas normas genéricas regulatorias que debieran ser cauteladas por la norma jurídica laboral moderna, pero ciertamente no como la conocemos hoy.

Por otra parte, la prestación de servicios externos (outsourcing), cada día ha ido ganado terreno, permitiendo que las compañías puedan acceder a profesionales de un alto nivel de experiencia, en sus respectivas especializaciones, a un precio razonable, permitiéndole a los gestores de las compañías concentrar sus esfuerzos en el desarrollo de sus negocios principales, dejando tareas administrativas determinadas en manos de talentos que velarán técnicamente por sus intereses.

LA FLEXIBILIDAD COMO CATALIZADOR DE EFICIENCIA LABORAL

La flexibilidad laboral es un concepto que lo habremos escuchado en más de una oportunidad tanto en el ámbito político, empresarial como también en el gremial, donde unos bregan por su incorporación mientras que los últimos se niegan tajantemente a agregarla, cuidando en forma desmesurada las “*conquistas que hemos logrado*” como lo llaman, ya incluidas por cierto en la norma jurídica interna, como si esto fuera una competencia o un avance en la purga que siempre está presente entre los actores más extremos de la relación laboral.

Mi experiencia en el mundo corporativo me ha permitido darme cuenta, que en realidad esta purga es una verdadera ficción de quienes lucran oponiéndose a los avances en estas materias, que hacen y harán difícil poder lograr significativos cambios en un plazo mediano.

La normativa laboral y la regulación en general lo que busca es nivelar una relación entre dos actores de distinto poder, así, mientras que al empleador se le mira como el factor dominante de la relación, al trabajador se le ve como el actor más débil, y por ende al que hay que proteger, para que exista una sana vinculación entre ellos. Pero esto no es tan así, porque pretendemos incorporar en un mismo saco a toda una nutridísima gama de empleadores de las más diversas categorías y por cierto también a una no menos diversa gama de trabajadores y empleados que no siempre son tan débiles.

Para muestra un botón, tan sólo para incorporar a la conciencia del lector esta situación que acostumbramos a dar por hecho pero que en realidad no es tan evidente. En muchas oportunidades, y cada vez en forma más frecuente nos encontramos con profesionales que han sido capaces de destacarse en sus respectivas áreas de desarrollo de manera sobresaliente y que ciertamente dejan de tener esta razón de debilidad en la relación contractual, sino que por el contrario, son la parte dominante en la relación laboral.

Por otra parte, una micro empresa que con un descomunal esfuerzo logra contratar a cinco trabajadores para poder llevar adelante un emprendimiento en el que tiene todos sus esfuerzos personales y económicos, radicados en él, claramente es un elemento más débil en relación con su fuerza trabajadora que puede poner, en cualquier momento, en jaque el cumplimiento de sus obligaciones y de ser así enterrar de un plumazo los esfuerzos emprendidos y no solamente eso, sino que causarle un daño económico que puede durar mucho tiempo antes de poder recuperarse.

Luego, claramente debemos producir cambios relevantes que nos permitan revertir las situaciones que atentan contra el éxito económico de los emprendedores, de los trabajadores y del entorno económico local.

La flexibilidad laboral entendida como instrumento de desarrollo no es otra cosa que la incorporación de soluciones innovadoras a la relación laboral, que resten o tiendan a desregular situaciones que se presumen de facto y que permitirán que los actores de la relación laboral encuentren sus propios acuerdos a nivel contractual, no necesariamente impuestos por la norma legal.

Seguramente, muchos cultores de estas materias no estarán de acuerdo, sin embargo si analizamos fríamente este tema, podremos darnos cuenta que efectivamente nos transportaría a una relación laboral distinta, innovadora y no sólo con el ánimo de hacerlo distinto, sino de hacerlo mejor.

Una de las mejores y más relevantes muestras de lo que digo es la externalización de tareas (outsourcing), que ha ido ganando terreno en forma decisiva en la empresa moderna, por las facilidades que otorga dicha modalidad, que por un lado evita sobrecargar una compañía de personal, y logra obtener un alto y eficiente grado de especialización técnica en materias que la empresa moderna requiere para poder competir. Así, por ejemplo, el externalizar las materias jurídicas en un estudio jurídico corporativo permite que el empresario dedique todos sus esfuerzos a su tarea principal cual es la de rentabilizar su negocios y deja en manos de su equipo de abogados la protección de sus intereses comerciales. Curiosamente esta relación, de la que estamos hablando es una relación civil o comercial y no laboral, lo que demuestra que la normativa laboral deberá en el futuro entregar parte de su terreno a las relaciones civiles, desregulando convenientemente la normativa laboral propiamente tal.

Por otra parte, conceptos como subcontratación y suministro de trabajadores son concepciones que han ido innovando la regulación laboral, así mientras el primero da cuenta de una empresa mandante que contrata a un empresa contratista para que con sus propios medios y personal realicen una determinada tarea, relación que está regulada por un contrato de subcontratación civil y que ahora se le han adicionado normas tendientes a

proteger a los trabajadores existentes en dicha relación, de manera de poder mantener una relación equilibrada.

Por su parte la empresa de suministro de trabajadores lo que hace es poner a disposición de otra empresa a sus trabajadores, en forma transitoria y bajo el alero de un contrato, manteniendo el primero siempre para sí la calidad de empleador.

Para facilitar la comprensión de esto, ofrecemos los siguientes ejemplos, una empresa constructora A es contratada por una empresa mandante para la realización de un camino y una postación eléctrica, a su vez, esta empresa A subcontrata a una empresa de montaje eléctrico B para que realice la postación y cableado eléctrico. Si bien el contrato entre el mandante y la empresa A y entre la empresa A y la empresa B, son contratos de subcontratación civil, en ambos casos, estas relaciones están también reguladas por la subcontratación laboral, que cuenta con normas especiales en el Código del Trabajo en su Título VII, artículos 183 – A y siguientes².

En el caso del suministro de trabajadores, por ejemplo, una empresa de Transportes y grúas, contratará a una empresa de suministro de trabajadores a través de un contrato del mismo nombre, para que ponga a disposición trabajadores especialistas en la conducción de camiones y grúas, lo que está regulado, desde la perspectiva laboral, en las normas antes indicada.

Luego, en esta modalidad vemos un avance en la flexibilización normativa del recurso humano, al permitir una forma distinta de ejercer la relación laboral, que si es bien llevada, podremos agregar importantes ventajas para los trabajadores y empleados que trabajan bajo el alero de dicho sistema.

EL TRABAJO BAJO LA MODALIDAD DE SUMINISTRO DE TRABAJADORES

Este sistema de contratación es una situación de mucha particularidad porque representa una situación de excepción a las reglas generales que contiene la normativa jurídica laboral interna, debido a que en este caso se validan dos concepciones de rareza jurídicas.

La primera de ellas se refiere a que esta nueva e innovadora normativa, deja en stand by el principio de la primacía de la realidad, toda vez que en este caso en particular se le reconoce la calidad de empleador a un gestor distinto al que efectivamente o en realidad recibe el servicio o es la empresa usuaria de dicho trabajo.

² Incorporados al Código del Trabajo por la Ley N° 20.123 del año 2006.

En segundo término, este nuevo sistema deja establecida una excepción al principio de la subordinación y dependencia que en este caso en particular se radica en una empresa distinta, la usuaria del servicio, a la que es considerada como empleadora.

Esta nueva modalidad es un gran aporte al desarrollo económico, a la formación de nuevas formas de trabajo, a la incorporación de un primer atisbo a la concreción de la flexibilización laboral y a fomentar el sistema de externalización que ya se está posicionando como el gran cursor de la especialización laboral en nuestro sistema económico.

EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS

Cuando uno se remite a la Ley N° 20.123 incorporada al Código del Trabajo, llama la atención que el legislador hizo algo que normalmente no hace, nos referimos a dar una definición legal sobre lo que se entiende por empresa de servicios transitorios, lo que normalmente deja a la creatividad, interpretación y visión, muchas veces novedosa de la doctrina, lo que deriva generalmente en conflictos que luego se arrastran por años evitando poner un coto definitivo a una interpretación que la mayoría considere razonable.

El Párrafo 2^o³ artículo 187 – F letra a, define a la empresa de servicios transitorios como *“.....toda personas jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para este efecto empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”*.

Si analizamos la definición legal incorporada a la norma, podemos concluir que se trata en primer término de una persona jurídica, como la norma no hace ninguna distinción, podemos concluir que se puede tratar de cualquier tipo de sociedad, conocida en nuestro sistema jurídico, vale decir, puede tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima, u otra, incluso una EIRL, toda vez que este tipo societario cumple con las normas exigidas, pero habrá que estudiar cada caso, según el rubro de especialización del que se trate, porque habrán figuras societarias que sean más ventajosas que otras.

Esta sociedad deberá incluir en su Razón Social la denominación “Empresa de Servicios Transitorios” o la sigla EST, según lo dispone en forma expresa el artículo 183 – K del Código del Trabajo.

³ De las empresas de servicio transitorio, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios, Código del Trabajo, artículos 183 – F y siguientes.

En todo caso y como se desprende de la propia definición, esta sociedad debe tener como objeto social único, el suministro de trabajadores o tareas relacionadas con el suministro de recursos humanos en general, en lo que dice relación con la selección, capacitación y formación de trabajadores, dejando abierta la posibilidad a otras actividades que se relacionen con el objeto principal, luego, podemos entender que su objeto se extiende a toda materia relacionada a los recursos humanos y su exclusividad se entiende producto de lo sensible de su objeto, debiendo estar sometido a normas regulatorias de mayor severidad.

Por otra parte, la propia definición incorpora una situación novedosa referida a la inscripción de este tipo de sociedades en un *registro respectivo*. El registro lo llevará la Dirección de Trabajo⁴, y su razón se justifica en la especial supervisión que tendrán este tipo de sociedades ante las autoridades fiscalizadoras, entendiéndose que éste es un requisito de la esencia para este tipo de empresas, toda vez que si por alguna razón se excluye a la empresa del registro, como su objeto es único y exclusivo relacionado con los recursos humanos, podría importar la disolución de la sociedad por falta de objeto lícito. Sin embargo esto no deja de ser riesgoso, toda vez que a través de una resolución administrativa podría constituirse una causal de disolución distinta a las causales generales dispuestas en nuestra normativa.

Cabe hacer presente sí, que la exclusión del registro está considerada en la norma con cierto detalle, en el artículo 183 – M, letras a y b. Con respecto a esto la causa más común en la que puede incurrirse, es la definida en la letra a, que dice que el Director del Trabajo podrá, por resolución fundada, ordenar la cancelación de la inscripción del registro por incumplimientos reiterados y graves de la legislación laboral o previsional, entendiéndose por incumplimientos reiterados *“.....cuando ha sido objeto de tres o más sanciones aplicadas por la autoridad administrativa o judicial, como consecuencia del incumplimiento de una o más obligaciones legales, en el plazo de un año....”*, y continua diciendo que *“...se consideran graves todas aquellas infracciones que, atendida la materia involucrada y el número de trabajadores afectados, perjudiquen notablemente el ejercicio de los derechos establecidos en las leyes laborales.....”*, dando especial importancia a la infracción en materias del capítulo II (capacidad legal de los trabajadores), capítulo V (remuneraciones y su protección) y del título II (protección a la maternidad), luego, esta última disposición contiene un importante elemento subjetivo, referido al término *“perjudique notablemente”*, lo que seguramente será motivo de muchas controversias, las que podrán ir siendo resueltas por la vía administrativa o judicial y donde la doctrina podrá desarrollar lineamientos generales de interpretación que nos ayuden a definir con mayor exactitud este concepto.

⁴ Artículo 183 – K *“...las empresas de servicios transitorios deberán inscribirse en un registro especial y público que al efecto llevará la Dirección del Trabajo.....”*

Otra exigencia incorporada a la definición en análisis es la transitoriedad u ocasionalidad de los servicios que se prestan, lo que se desprende del vocablo “...*tareas de carácter transitorio u ocasional...*”, esto implica y se traduce en la práctica, en la incorporación al contrato de servicios de un plazo, que en éste caso en particular será un plazo máximo de duración, según la hipótesis de que se trate, en algunos de ellos sin la posibilidad de renovación, conforme a lo dispuesto en la norma del artículo 183 – Ñ y 183 – O.

Llama la atención en esta norma en particular, el reducido tiempo que otorga la ley en cada una de las hipótesis en las cuales se manifiesta, y me llama especialmente la atención que no está prevista como trabajo transitorio el trabajo en obras o faenas, lo que a mi juicio podría permitir tener un mayor grado de estabilidad laboral para muchos trabajadores de cierto grado de especialización que podrían ejercer sus labores con la modalidad de servicios transitorios en las empresas que así lo requieran durante el tiempo de la obra, estoy pensando en personas como conductores de camiones especiales, (transporte de ganado, o transporte de material inflamables, que requieren de una *expertise* distinta a la de conducción habitual), u operadores especializados de grúas, u otras.

Dichas labores no podrán, según se desprende de la norma, actuar en calidad de trabajadores de servicios transitorios, sino que deberán hacerlo bajo la modalidad de contrato de trabajo por obra o faena, si ésta última excede los plazos de 180 días considerados en la Ley, lo que es muy probable atendido los plazos que se manejan en el desarrollo de proyectos de construcción de cierta envergadura.

La vulneración de esta norma, trae aparejada una sanción descrita en el artículo 183 – N, sanción que considera al trabajador como dependiente de la empresa usuaria, además de multas interpuestas por la Inspección de Trabajo respectiva y otras sanciones que puedan aplicarse por estar estipuladas en el Código del Trabajo.

En cuanto a la renovación, esta está prohibida en forma expresa en el inciso final del artículo 183 – O, sin embargo, existe una excepción en el mismo artículo que prescribe que “...*si al tiempo de la terminación del contrato de trabajo subsisten las circunstancias que motivaron su celebración, se podrá prorrogar el contrato hasta completar los 90 o 180 días en su caso...*”, luego, si bien esta norma se refiere al contrato, claramente es extensible también a la prestación servicio, porque a él se refiere dicho contrato, en todo caso el plazo máximo según la causal será de 90 o 180 días.

Finalmente acotar que de la propia definición, aun cuando no es explícito, se desprende una excepción a la regla general de subordinación y dependencia y al principio de la realidad ya comentado, en el sentido que se puede desprender que a este tipo de empresa de servicios transitorios se le atribuye la calidad de empleador de los trabajadores que se pondrán *a disposición de terceros*, como dice la norma.

EXIGENCIAS ADICIONALES DE FORMACIÓN

Además, de los requisitos que encontramos en la propia definición de empresa de servicios transitorios, existen otros requisitos adicionales incorporados a la norma jurídica donde se destacan dos que son dignos de análisis, a saber, me refiero a la constitución de una garantía y a la restricción de relaciones societarias entre la empresa de suministro de trabajadores y la empresa usuaria de dichos servicios.

Con respecto a la constitución de una garantía, esto reviste una novedad y es raro en éste tipo de contrataciones, constituyendo una carga pública que dificulta y pone trabas al correcto desenvolvimiento de este tipo de empresas en el fluido desarrollo económico de aquellas, toda vez que se les exige mantener un capital inmovilizado, que será usado en caso de incumplimiento por parte de la empresa de sus obligaciones laborales y previsionales o para cubrir eventuales multas que le pueda cursar la autoridad fiscalizadora⁵.

La garantía deberá estar constituida por “...una boleta de garantía, u otro instrumento de similar liquidez.....”.

Este instrumento de mucha habitualidad en los contratos de construcción y otros, obligará a las empresas de servicios transitorios a mantener un capital inmovilizado, como ya lo comenté, que respalde la Boleta de Garantía que otorgará un banco de la plaza para hacerla efectiva cuando así se requiera por el beneficiario de dicha boleta, en este caso en particular la Dirección del Trabajo.

Cabe hacer presente además, que hay bancos que otorgan dichas garantías contra un crédito, vale decir, en algunos casos no será necesario dejar el capital inmovilizado, sino que cuando el beneficiario quiera cobrar una determinada boleta de garantía, en ese momento el banco cursa un crédito, previamente aprobado, para su cliente la empresa de servicios transitorios, modalidad que generalmente los bancos otorgan a clientes de cierta antigüedad y buen comportamiento. Seguramente la mayoría de las nuevas empresas no tendrán esa condición.

Además, en cualquiera de los casos comentados existirá para la empresa tomadora de la garantía un costo financiero que deberá pagar al banco.

Finalmente acotar, que al decir la ley “....otro instrumento de similar liquidez.....”, excluye de esta condición a las Pólizas de Seguro de fiel cumplimiento, instrumento similar

⁵ Artículo 183 – J del Código del Trabajo “...La garantía estará destinada preferentemente a responder, en lo sucesivo, por las obligaciones legales y contractuales de la empresa con sus trabajadores transitorios, devengadas con motivo de los servicios prestados por éstos en las empresas usuarias, y luego las multas que se le apliquen por infracción a las normas de este Código....”.

a la boleta de garantía, muy usadas en los contratos de construcción, que son instrumentos que otorgan las compañías de seguros para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones de un determinado contrato, sin embargo en este caso en particular, se excluye su utilización, lo que es lamentable, porque es un buen instrumento y de habitual uso. Lo anterior por dos razones.

La primera de ellas se refiere a que la propia Dirección del Trabajo a través de un dictamen⁶ la prohibió por considerar que no tenía la suficiente liquidez y la segunda se refiere precisamente a ello, porque al usar la norma el término de *similar liquidez*, excluye de facto a la póliza de garantía, porque si bien la boleta puede ser pagada en el mismo momento que se presenta en ventanilla del banco emisor para su cobro, la póliza por ser generada por una compañía de seguro, cuya actividad principal no es la intermediación de instrumentos financieros y la imposibilidad de tener cajas que puedan dar cumplimiento inmediato al pago requerido, imposibilitan su cumplimiento expedito. En la práctica las pólizas de garantía tienen un plazo de cumplimiento de aproximadamente 20 días.

El segundo requisito adicional dice relación con la prohibición expresa que determina la Ley al decir en su artículo 183 – I “...*Las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios....*”, vale decir, la prohibición es extensísima, muy amplia y cubre prácticamente todas las posibilidades de relación societaria que pueden existir, porque lo que persigue la Ley es justamente evitar que a través de una tercerización se pueda evitar que las empresas matrices o las empresas principales de algún grupo de empresas, sea la contratante de los trabajadores.

Solo para recordar algunos conceptos, son empresas relacionadas⁷ con una sociedad, las que pertenecen al mismo grupo empresarial; las que tengan respecto de la sociedad la calidad de matriz, coligante, coligada, filial; quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores, como también sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, además de otras hipótesis consideradas en la norma de la Ley de mercado de valores.

Asimismo, son sociedades filiales⁸ de una matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital,

⁶ Dictamen de la Dirección de Trabajo N° 4.786/090 de fecha 2 de noviembre de 2006.

⁷ Ley 18.045 Mercado de Valores, artículo 100.

⁸ Ley 18.046 de Sociedades Anónimas, artículo 86.

mientras que una sociedad coligada⁹ es aquella que sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital.

De igual forma el interés también está regulado en la norma del artículo 44 de la Ley 18046 de Sociedades Anónimas, que especifica en su inciso 3°, que se entiende por interés de un director en toda negociación, acto, contrato u operación en la que deba intervenir en cualquier situación relacionada con él, su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; sociedades o empresas en las cuales sea director o dueño, directa o indirectamente con un 10% o más de su capital, o alguna de las personas antes mencionadas lo sea; sea controlador de la sociedades o sus personas relacionadas.

Como vemos, la norma en este sentido creemos ha cumplido su propósito de limitar la posibilidad de evitar la contratación directa en los casos de los grupos de empresas.

Finalmente agregar que la norma incluye una importante regulación tanto sobre el contrato de prestación de servicios transitorios denominado “Contrato de puesta a disposición”, como también el contrato de trabajo transitorio para los trabajadores sujetos a esta modalidad contractual.

CONCLUSIÓN

Como dijimos al inicio de éste análisis, esta innovadora solución abre posibilidades impensadas de flexibilización en materias laborales, creando figuras distintas que posibilitan una nueva generación de negocios que van en beneficio directo, tanto de empresarios emprendedores como de trabajadores y empleados, sirviendo además como catalizador en el fomento y generación de nuevos empleos.

Pero, también creemos que la regulación en este tipo de solución ha sido demasiado rígida y le restan una aplicación mucho más amplia, porque presume ex – antes la vulneración de la norma, lo que hace que pierda una real dimensión y posibilidades de expansión de mucha relevancia.

Así, la norma finalmente permite una aplicación tremendamente restrictiva en la generación de nuevos negocios, utilizando esta modalidad, lo que le resta competitividad y un flujo de intercambio que beneficie finalmente a todos los actores que intervienen en el mercado.

⁹ Ley 18.046 de Sociedades Anónimas, artículo 87.