

Cumplimiento de Deberes de Dirección y Supervisión en las relaciones laborales triangulares: Efectos de la subcontratación

La dictación de la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal corporativa sumado a graves casos de corrupción, han contribuido al desarrollo de una preocupación genuina por implementar y desarrollar sistemas de cumplimiento robustos.

El Proyecto de Ley de Delitos Económicos aumentará los deberes de dirección y supervisión de proveedores y contratistas. En efecto, la ley contempla que una persona jurídica será penalmente responsable por cualquiera de los delitos señalados en el artículo primero (económicos), perpetrado por o con la intervención de alguna persona natural que ocupe un cargo, función o posición en ella, o le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, siempre que la perpetración del hecho se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de tales delitos, por parte de la persona jurídica.

Rebeca Zamora Picciani Rebeca Zamora Picciani Octubre 25, 2021

La dictación de la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal corporativa sumado a graves casos de corrupción, han contribuido al desarrollo de una preocupación genuina por implementar y desarrollar sistemas de cumplimiento robustos. Ahora, esa ley, está a punto de aumentar las responsabilidades y obligaciones de las personas jurídicas, aumentando los estándares de los deberes de dirección y supervisión.

Con motivo de ello, parece prudente analizar la manera en que se cumple con el control debido a respecto a proveedores contratistas, de modo que no genere un impacto aquello que siempre se busca prevenir: limitar la responsabilidad de la empresa principal. Aunque se suele incluir en las cláusulas con proveedores declaraciones respecto a la inexistencia de subcontratación, en Derecho Laboral prima el principio de realidad.

Para efectos de esta columna, las relaciones laborales triangulares se refieren a aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica tres partes: dos empresas que se vinculan para la prestación de servicios comerciales entre ambas, y el trabajador que en la prestación de servicios subordinados queda posicionado entre ambas. Acá existen dos modalidades: la subcontratación laboral y el suministro de trabajadores por la vía de una empresa de trabajo temporal. En la primera, la potestad de mando es ejercida efectivamente por la empresa contratista o subcontratista, en el suministro de trabajadores dicho poder es ejercido por la empresa usuaria del suministro1.

Una cuestión preocupa a quienes utilizan esta modalidad, es no contribuir a generar indicios de subterfugio o simulación que dé cuenta de una calidad de empleador. Cuando un contrato o subcontrato de obra o servicio es real, las facultades tradicionalmente asociadas a la condición de empleador (organización, dirección y disciplina) están en manos del empresario contratista, aunque la obra o el servicio se realicen en el sitio o recinto del empresario principal. En el contrato o subcontrato por obra o servicio falso o simulado, en cambio, los trabajadores quedan subordinados a la empresa principal, la cual los organiza, dirige y controla, en tanto que el contratista se dedica exclusivamente a la administración y gestión del personal, asumiendo las obligaciones laborales y de seguridad social respecto de estos (ver C. Palavecino, Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2013, “La simulación y el subterfugio laborales”). De esta forma, el contratista, en su carácter de empleador, es 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 respecto2.

¿Cómo se relaciona esto con la Ley 20.393? En el artículo 4 N°3, dicha ley señala las obligaciones, prohibiciones y sanciones internas […] deben ser incorporadas expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores,

empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma. Así, en la práctica se incluyen cláusulas o anexos de Compliance en los subcontratos, exigiendo la implementación de un modelo de prevención o al menos el compromiso de tomar acciones razonables para prevenir la comisión de delitos. No cabe duda de que ese estándar no basta para entender que se han cumplido los deberes de dirección y supervisión. De allí que la debida diligencia manifestada en el Know Your Counterparty (KYC), se cumple mediante la elaboración de Códigos y/o Políticas "para" proveedores y el cumplimiento de sus actividades, declaraciones juradas, la difusión hacia ellos y sus trabajadores del canal de denuncias, auditorías aleatorias y seguimiento e incluso capacitaciones, entre otras.

El Proyecto de Ley de Delitos Económicos aumentará los deberes de dirección y supervisión de proveedores y contratistas. En efecto, la ley contempla que una persona jurídica será penalmente responsable por cualquiera de los delitos señalados en el artículo primero (económicos), perpetrado por o con la intervención de alguna persona natural que ocupe un cargo, función o posición en ella, o le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, siempre que la perpetración del hecho se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de tales delitos, por parte de la persona jurídica. De ese modo, es claro que el nivel de control de ésos prestadores se acerca más (o debería) al que se debiera ejercer sobre los propios trabajadores gracias al vínculo de subordinación y dependencia.

De ese modo ¿El ejercicio de estas medidas podrían generar efectos adversos en materia de subcontratación y subterfugio, inhibiendo a la empresa principal de ejercer control? ¿Hay una contradicción entre las normas de subcontratación y sus límites y el deber de ejercer deberes de dirección y supervisión en la prevención penal? ¿Cuál prevalece? En este punto, me parece importante traer a colación el Dictamen de la Dirección del Trabajo. de 9 de julio de 2007, ORD.N°2.468/053, que rescata lo siguiente:

"(…) 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 eso, "la circunstancia de que la empresa principal exija a los trabajadores del contratista el cumplimiento de medidas mínimas de control de ingreso u otras necesarias para la seguridad y buen funcionamiento de la misma, no implica el ejercicio de atribuciones propias del vínculo de subordinación o dependencia que pudieren atribuirle la calidad de empleadora de los mismos […] no implicarían manifestaciones propias de dicho vínculo, las relaciones que emanan de normas de educación, de buenas costumbres y de comportamiento o trato cotidiano que necesariamente deben existir entre los trabajadores del contratista y aquellos que ejercen cargos de jefatura en la empresa principal. Es así como "no importaría asumir atribuciones propias del vínculo de subordinación o dependencia, por parte de la empresa principal, el hecho de que ésta requiera circunstancialmente a los trabajadores del contratista sobre el respeto de normas de comportamiento y otras que tengan por objeto una mayor eficiencia y el mejor desarrollo de los servicios subcontratados".

A mi juicio, la imposición de medidas de cumplimiento sobre proveedores y contratistas se justifica en el deber de dirección y supervisión de la empresa principal, que debe primar sobre cualquier efecto que pudiera implicar alguna sanción, que es precisamente lo que acarrea un indicio de relación directa del mandante en la relación triangular (solidaridad – subterfugio). El contratista debe ejercer ese deber preferentemente y en forma directa (para evitar su propia responsabilidad), pero ello no puede obstar a que el mandante también las pueda imponer, pues están dentro de las normas de educación, de buenas costumbres y de comportamiento o trato cotidiano y ÉTICO que necesariamente deben existir entre los trabajadores del contratista y la empresa principal, sobre todo a través de sus jefaturas y supervisores.

En conclusión, el ejercicio de medidas de control basadas en programas de cumplimiento de una empresa principal, siempre que se realice únicamente con ese objetivo, en ningún caso debería acarrear efectos negativos en la relación triangular, so pena de inhibir al mandante de imponer sus estándares. Es esa supervisión la que la Ley Penal le exige para cumplir el estándar de un sistema de prevención eficaz respecto a sus prestadores de servicio y que constituye la única manera de absolverse de responsabilidad en caso de que cualquiera de éstos cometa un delito que le beneficie.

* Rebeca Zamora Picciani es Abogada de la Universidad de Chile y diplomada en Compliance y Buenas Prácticas de la PUC. Actualmente es profesora de Derecho Penal en la Universidad Central y Directora de Cumplimiento Normativo & Derecho Penal en Honorato | Delaveu. Ha centrado su carrera en asesorías relacionadas a anticorrupción, delitos económicos y materias relacionadas a la Ley de Responsabilidad de Personas Jurídicas, entre otros. Secretaria Ejecutiva de la World Compliance Association, Capítulo Chileno.