

DIRECCIÓN DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO
K.12557 (2379)/2010 ✓

0151

Juridico

ORD.: _____/

MAT.: Emite pronunciamiento respecto a si la externalización de la administración de los Pesqueros de Alta Mar para faenas de pesca utilizado por la empresa Pesquera Alimar S.A se ajusta a las normas sobre trabajo en régimen de subcontratación, representatividad del Capitán y la procedencia de que este cargo sea ejercido por una empresa externa.

ANT.: 1) Pase N° 307, de 30.12.2011, de Subdirectora del Trabajo.
2) Pase N° 2220, de 15.11.2011, de Directora del Trabajo.
3) Instrucciones de 05.10.2011, de Jefa Departamento Jurídico.
4) Ord. N° 551, de 04.04.2011, de Inspección Comunal del Trabajo de Talcahuano.
5) Ord. N° 618, de 04.02.11, Departamento Jurídico.
6) Pase N° 2141, de 24.12.10, Jefa de Gabinete Directora del Trabajo.
7) Oficio N° 85, de 20.12.10, Sindicato Interempresa de Oficiales Motoristas de la Marina Mercante Nacional.

SANTIAGO,

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

12 ENE 2012

A : SEÑOR ARTURO BRAVO FERNANDEZ
PRESIDENTE
SINDICATO INTEREMPRESA DE OFICIALES
MOTORISTAS DE LA MARINA MERCANTE
NACIONAL
MANUEL RODRIGUEZ N° 191
TALCAHUANO

Mediante oficio citado en el antecedente 7), solicita un pronunciamiento de esta Dirección en orden a determinar si la externalización de la Administración de los Pesqueros de Alta Mar para faenas de Pesca utilizado por la empresa Pesquera Alimar S.A. se ajusta a las normas sobre trabajo en régimen de subcontratación, representatividad del Capitán y la procedencia de que este cargo sea ejercido por una empresa externa.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

En lo que respecta a la primera consulta formulada cabe señalar que, según lo indica en su presentación, la contratación del referido personal opera de la siguiente forma:

1.- Ante la Autoridad Marítima el contrato de embarco se extiende a nombre de Pesquera Alimar S.A.

2.- El Capitán, Oficiales y Tripulantes son contratados a través de PYMES,

3.- Un grupo de los Oficiales de Máquinas (Motoristas) es contratado directamente por la empresa Pesquera Alimar S.A.

4.- Otros Oficiales de Máquinas son contratados por intermedio de un contratista que sólo cumple dicha función y luego coloca el personal a disposición de la empresa (Jefe de Bahía).

Agrega que, a su entender, la forma de contratación utilizada es una manifiesta simulación de contratos.

Con el objeto de contar con la información necesaria e indispensable para resolver fundadamente la aludida presentación, se solicitó informe de fiscalización a la Inspección Comunal del Trabajo de Talcahuano, el que fue remitido mediante Oficio citado en el antecedente 4). Cabe señalar que la empresa Pesquera Alimar S.A. tomó conocimiento de la situación planteada por la organización sindical recurrente al momento de efectuarse la visita de fiscalización, oportunidad en que el fiscalizador actuante sostuvo una entrevista con el Jefe de Recursos Humanos de la misma.

Conforme a lo indicado en el informe de fiscalización emitido por la precitada Inspección Comunal, se constató que la empresa Alimentos Marinos S.A. denominada comúnmente Alimar S.A., efectúa sus operaciones de pesca con seis Pesqueros de Alta mar (PAM) de su propiedad, correspondientes a los PAM Quilpolemu, Vichuquen II, Terranova, Ranquihue, Panilolco y Querelema.

Se verificó asimismo, que dichas operaciones son efectuadas por empresas externas (pymes) mediante la suscripción de Contratos de Administración y Operación de dichas naves, los cuales obligan a la empresa Alimar S.A. a hacer entrega física de éstas - las que se encuentran equipadas con todos los bienes muebles necesarios, maquinarias y equipos- conjuntamente con las respectivas autorizaciones de zarpe y pesca.

Según manifiesta el Jefe de Recursos Humanos de la empresa este procedimiento de operación de las naves pesqueras de propiedad de la empresa armadora se realiza desde el año 2007 a la fecha, conforme a las directrices impartidas por la casa matriz.

De la revisión efectuada por el fiscalizador informante, tanto de los Contratos de Administración y Operación, como de las escrituras sociales respectivas, se constató que Alimar S.A. tiene entregada la administración de los Pesqueros de Alta Mar, ya individualizados, a 6 sociedades distintas pudiendo citarse, a modo de ejemplo, las siguientes: PAM Querelema administrado por la Sociedad Pesquera Fábila y Cía Ltda. constituida el 14.10.del

2008 y PAM Ranquihue, por la sociedad Servicios Pesqueros Vicris Ltda. constituida el 24.02.2010.

Agrega el informe de fiscalización en referencia, que el análisis de las cláusulas Cuarta, Quinta y Sexta de los contratos de Administración, permiten una mejor comprensión de la materia investigada.

La primera de las cláusulas citadas, señala:

“El Administrador no podrá efectuar ningún zarpe con la nave, sin obtener previamente y por escrito de parte del Armador la correspondiente Autorización de Zarpe y Pesca, en el cual se indicará en cada caso la zona en que deberá operar la nave, la duración máxima del correspondiente viaje de pesca, el puerto de recalada, las especies que podrá pescar, la cantidad máxima de tonelada de captura y la nómina del personal embarcado. En la operación y administración de la nave, el Administrador deberá ceñirse estrictamente a las órdenes e instrucciones que para tal efecto le imparta el Armador.”

A su vez, las cláusulas Quinta y Sexta contienen las obligaciones de las partes, estableciendo que son obligaciones del Administrador, contratar los Patrones, Pilotos y Tripulantes y, en general, todo el personal que fuere necesario para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas en el contrato, a excepción de los Motoristas, los que son contratados por el Armador; remunerar íntegra y oportunamente al personal de su dependencia y entregarles ropa de trabajo y elementos de seguridad. El Armador por su parte, debe contratar los Motoristas que sean necesarios, efectuar la mantención de la nave y las reparaciones mayores o menores que correspondan, mantener al día los certificados de navegabilidad y permisos para cumplir con las exigencias legales y mantener asegurada la nave.

Adicionalmente, se especifican otras obligaciones contraídas por las partes, entre ellas, las asignadas al Administrador en orden a cumplir y respetar todas las disposiciones legales vigentes en relación a la captura de recursos marítimos y a cumplir fielmente las instrucciones que imparte el Armador (cláusula séptima) el cual no contrae responsabilidad alguna con los trabajadores que el Administrador contrate (cláusula octava). Se deja establecido que toda operación de la nave que efectúe el Administrador se hará a nombre del Armador y en su representación, y que el producto de la pesca será de propiedad de este último (cláusula décimo tercera).

Asimismo, el citado informe de fiscalización indica que de las dotaciones de los PAM, 14 trabajadores que efectúan labores de Motoristas, mantienen contrato de trabajo de carácter indefinido con la empresa Alimar S.A. y que tales trabajadores son asignados a funciones de Jefe de Máquina en las naves de la empresa, quedando bajo la subordinación y dependencia del Capitán. el cual pertenece a las distintas empresas externas, ya individualizadas. Que en lo que dice relación con los demás trabajadores que integran las respectivas dotaciones de las naves, se constató que éstos tienen suscritos contratos de trabajo con las diferentes empresas externas.

Finalmente, el fiscalizador actuante indica que se constató la efectividad de lo siguiente:

-Los Contratos de Embarco y Autorizaciones de Zarpe son extendidos y autorizados por la Autoridad Marítima a la empresa Alimar S.A.

-El Capitán del PAM y los Oficiales de Cubierta y Máquina (2º y 3º) son contratados por las empresas externas.

-Los Oficiales de Máquina (1º) en funciones de Jefe de Máquina son contratados por Alimar S.A.

-Los Oficiales de Máquina que realizan labores en puerto (bahía) son contratados por empresas externas.

-El Capitán de cada nave pesquera es quién ejerce a bordo las funciones de dirección y administración respecto de los trabajadores de su propia empresa, como de aquellos que pertenecen a la Armadora.

Ahora bien, teniendo presente que la empresa Pesquera Alimar S.A. ha externalizado, para las faenas de pesca, la administración y operación de los PAM de su propiedad a través de la suscripción de los respectivos contratos con empresas externas, corresponde analizar si tal procedimiento se ajusta a las normas sobre trabajo en régimen de subcontratación.

Al efecto, cabe señalar que esta Dirección mediante dictámenes N° 141/5, de 10.01.2007, y N° 2468/53, de 09.07.2007 fijó el sentido y alcance de los artículos 183 A, 183 B, 183C y 183 D, del Código del Trabajo, incorporados por la Ley N° 20.123.

El artículo 183 A del Código del Trabajo, prescribe:

"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.

"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."

La referencia anterior debe entenderse actualmente al artículo 507 del mismo Código.

Del análisis del citado precepto legal 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, como asimismo, que ha excluido expresamente de tal normativa a aquellas obras o servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

En su punto 1.2.- el primero de los pronunciamientos indicados, al referirse a los requisitos del trabajo subcontratado, señala:

"Precisado entonces que el régimen de subcontratación sólo opera en caso de prestaciones que impliquen habitualidad o permanencia, cabe referirse a los requisitos que al efecto establece el inciso 1º del artículo 183-A, cuales son:

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.

En lo que concierne al requisito establecido en la letra b), es necesario precisar que 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.

Atendido todo lo expuesto no cabe sino reiterar que para los efectos de determinar la existencia de trabajo en régimen de subcontratación, sólo cabe atender, a si la empresa principal es dueña de la respectiva obra, empresa o faena, resultando irrelevante para estos efectos, el lugar o recinto donde deban desempeñarse los trabajadores del contratista.

En relación con el mismo requisito, cabe señalar que la exigencia de que la empresa principal deba ser dueña de la obra o faena que debe realizar el personal subcontratado, significa que éstas deben corresponder a actividades que pertenezcan a la organización de la empresa principal y que estén sometidas a su dirección, debiendo por lo tanto, excluirse de tal aplicación, a aquellas que no cumplan tal exigencia.

En cuanto al requisito previsto en la letra c) precedente, cabe señalar que conforme al texto legal en estudio resulta imprescindible para la existencia de subcontratación la presencia de un acuerdo contractual entre contratista y empresa principal, en virtud del cual, la primera se obliga a ejecutar para la segunda, obras o servicios en las condiciones que la misma disposición señala y que se han analizado en párrafos anteriores.

Ahora bien, en opinión de este Servicio, el acuerdo contractual a que alude la ley debe materializarse en un contrato, sea éste de carácter civil o mercantil, cuyas cláusulas deben ajustarse a las normas que en estos ámbitos regulan la materia, no correspondiendo a esta Dirección fijar pautas o procedimientos al respecto, por no constituir dicha relación un vínculo contractual de naturaleza laboral.

Otra de las exigencias a que alude la letra c) precedente es que el contratista ejecute las obras o servicios encargados por la empresa principal, por su cuenta o riesgo, esto es recayendo sobre él los resultados económicos favorables, menos favorables o adversos de su gestión, toda vez que tiene la facultad para adoptar las decisiones que involucra el desarrollo y realización de las obras, faenas o servicios encomendados por la empresa principal.

Finalmente el **requisito consignado en la letra d)** exige que las obras o servicios que ejecuta el contratista para la empresa principal, deben ser realizadas con trabajadores de su dependencia.

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.

Finalmente, en relación a esta materia, debe advertirse que la concurrencia de los requisitos que se consignan en las letras a), b), c) y d) precedentes, debe ser analizada caso a caso, a fin de determinar si en una situación concreta se está o no en presencia de trabajo en régimen de subcontratación, teniendo presente los antecedentes de que se disponga sobre el particular.”

.Asimismo, el precitado pronunciamiento en su punto 1.3 indica los efectos que se derivan de la prestación de servicios sin sujeción a los requisitos señalados en párrafos anteriores o si ésta se limita a la intermediación de trabajadores, en los siguientes términos:

“Al respecto, cabe tener presente que el inciso 2º del artículo 183-A del Código del Trabajo, preceptúa:

“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”.

Como es dable apreciar, la norma legal anotada contempla dos situaciones distintas que escapan del ámbito de la subcontratación, a saber:

1) Cuando la prestación de servicios se realiza sin sujeción a los requisitos establecidos en el inciso 1º del artículo 183-A del Código del Trabajo, y

2) Cuando los servicios prestados por la persona natural o jurídica que aparece como contratista, se limiten a la intermediación o colocación de trabajadores para la empresa principal, sin cumplir los requisitos ni revestir el carácter de empresa de servicios transitorios en los términos del párrafo 2º, del Título VII, del Libro Primero del Código del Trabajo.

De esta forma, preciso es convenir que dándose las situaciones descritas en los numerales 1) y 2) precedentes no estaremos en presencia de trabajo en régimen de subcontratación, sino frente a un suministro ilegal de trabajadores, sancionado como tal por la nueva normativa que regula la materia."

En estas circunstancias, aplicando en la especie la doctrina reseñada en párrafos que anteceden y considerando que la operación de las actividades en los respectivos Pesqueros de Alta Mar (PAM) debe sujetarse de manera estricta a las órdenes e instrucciones que emanan de la empresa armadora, esto es, Pesquera Alimar S.A. cuestión que se manifiesta en la entrega de las autorizaciones de zarpe y pesca a nombre de esta última, definición de las dotaciones, volúmenes de captura, zona de pesca, duración del viaje y subordinación del Capitán de la nave a las instrucciones y directrices emanadas de aquella, todo lo cual se materializa por intermedio del Departamento de Flota de dicha empresa, no cabe sino concluir, en opinión de la suscrita, que en la prestación de servicios que nos ocupa no se cumple el requisito establecido en la letra c) del punto 1,2 del dictamen N° 141/5, de 10.01.2007, transcrita en párrafos que anteceden, toda vez que las empresas externas (pymes) carecen de la facultad para adoptar las decisiones que involucra el desarrollo y realización de las faenas encomendadas y, por tanto, no realizan las faenas por su cuenta y riesgo como lo exige la normativa en comento.

En otros términos, la empresa armadora Alimentos Marinos S.A. (Alimar S.A.) es quién ejerce la facultad de administración y operación de las actividades desarrolladas por las ya citadas naves pesqueras, por tanto, en la especie no se está en presencia de trabajo en régimen de subcontratación.

En cuanto a la segunda consulta, esto es, representatividad del Capitán y la posibilidad que éste sea trabajador de una empresa externa, cabe señalar que la figura central del derecho marítimo es el armador, en quien se concentran los derechos y obligaciones que tanto las leyes como los contratos relativos a la actividad marítima prevén. La complejidad del negocio marítimo en cuanto a los diversos personajes que en él intervienen, ha llevado al legislador a exigir a aquél que opere una nave, que realice una declaración de armador ante la Autoridad Marítima, a efectos de precisar sobre quién recae esta calidad a fin de hacerlo responsable de las consecuencias que se originen en la explotación de la misma.

En la especie, el armador o naviero es la empresa Alimar S.A.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 905 del Código de Comercio, el Capitán es el jefe superior de la nave y el encargado de su gobierno y dirección.

Por su parte, el artículo 906 del precitado Código dispone que, salvo acuerdo o disposición legal en contrario, el Capitán de una nave es siempre designado por el armador.

A su vez, el artículo 907 del citado Código señala que el Capitán es representante legal del propietario de la nave o del armador, en su caso, y como tal los representa en juicio activa y pasivamente.

Por último, el artículo 46 del Decreto Ley 2222, Ley de Navegación, expresa que sin perjuicio de la representación del agente de naves, el Capitán es representante legal del propietario, armador u operador de la nave ante las autoridades marítimas y portuarias.


De lo expuesto precedentemente es dable inferir que si el Armador es la figura central del derecho marítimo y el Capitán es el jefe superior de la nave, resulta de toda lógica que este último sea su representante legal y, por tanto, designado por aquél, más aún cuando la normativa especial aplicable como lo es la Ley de Navegación, considera siempre al Capitán como representante del armador ante las autoridades marítimas y portuarias.

Luego, si el Capitán es el representante legal del armador existiría, desde el punto de vista laboral, una relación directa de aquél con el armador o propietario de la nave y, por tanto, en opinión de la suscrita, no resultaría jurídicamente procedente su contratación por un tercero para desempeñarse como tal en las naves del armador.

Saluda a Ud.,



MARIA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO


MAO/SMS/EAH/eah
Distribución:
 - Jurídico,
 - Partes,
 - Control,
 - D.R.T. del Bío Bío,
 - I.C.T. Talcahuano.