



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo

EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA
PRINCIPAL EN EL SISTEMA DE SUBCONTRATACIÓN CHILENO: ANÁLISIS DE LA
JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

NATALIA PAZ ESPINOZA ARRIAGADA

VICTORIA ELISA GAETE SANTELICES

Profesor Guía: Sr. Luis Lizama Portal.

Santiago, Chile

2009

A nuestras familias y amigos, por su infinito apoyo y comprensión

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a todos quienes colaboraron en la realización de este trabajo, especialmente a nuestro profesor guía, Don Luis Lizama Portal; a la señora Nancy Román, Secretaria del Departamento de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; a la señora Alejandra Monreal, secretaria de la Unidad de Dictámenes de la Dirección del Trabajo y a la División Jurídica de esta misma institución; a los funcionarios de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sin cuya ayuda esta investigación no hubiera sido posible.

Agradecemos también a nuestros padres, hermanos y amigos por su compromiso y respaldo a nuestros proyectos.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
ASPECTOS GENERALES.....	6
1.1 Antecedentes Históricos De La Subcontratación.....	6
1.2 Evolución Legislativa en Materia de Subcontratación.....	10
1.3 El concepto de Subcontratación.....	25
1.3.1 Concepto Doctrinario De Subcontratación	25
1.3.2 El concepto de la OIT de Subcontratación.....	31
1.4 Los Elementos De La Subcontratación En La Ley 20.123.....	39
1.4.1 Existencia de un acuerdo contractual entre la empresa principal y la contratista o subcontratista.....	40
1.4.2 La empresa contratista o subcontratista debe actuar por su cuenta y riesgo.....	40
1.4.3 Las obras o servicios deben tener carácter permanente.....	41
1.4.4. Los servicios u obras contratadas deben ejecutarse o realizarse en la empresa principal.....	41
1.4.5 La empresa principal que encarga la construcción de edificaciones por un precio único prefijado no debe ser una persona natural.....	41
1.4.6 La persona natural contratada laboralmente debe ser dependiente o debe estar subordinada a la contratista o subcontratista.....	42
1.5. Sujetos De La Subcontratación.....	43
1.5.1 La empresa principal.....	44
1.5.2 La empresa contratista y la empresa subcontratista.....	48
1.5.3 El trabajador subcontratado.....	50

1.6 Naturaleza Jurídica De La Responsabilidad De La Empresa Principal En La Subcontratación.....	52
1.6.1 Concepto jurídico de responsabilidad.....	53
1.6.1.1. Responsabilidad Civil.....	54
1.6.1.1.1 Responsabilidad Contractual.....	54
1.6.1.1.2 Responsabilidad Civil Extracontractual.....	56
1.6.1.2 La responsabilidad del dueño de la obra como Una Responsabilidad especial laboral.....	61
1.6.1.2.1 La responsabilidad de la empresa principal sería una mera garantía de orden estrictamente laboral.....	62
1.6.1.2.2 La responsabilidad de la empresa mandante es una responsabilidad especial que se debe regir en forma principal por el estatuto laboral y sólo subsidiariamente por el estatuto civil.....	63
1.6.2 Criterios de imputación de la responsabilidad.....	64
1.7 Fundamento De La Responsabilidad De La Empresa Principal.....	65

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DUEÑA DE LA OBRA, FAENA O SERVICIO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL..... 73

2.1 Responsabilidad Subsidiaria De La Empresa Principal En El Antiguo Artículo 64 Del Código Del Trabajo.....	73
2.1.1 Alcance de la responsabilidad subsidiaria.....	75
2.1.2 Responsabilidad de la empresa principal en materia de accidentes del trabajo y enfermedades Profesionales.....	93
2.2 Responsabilidad De La Empresa Principal En La Ley 20.123.....	112
2.2.1 Responsabilidad solidaria en la ley 20.123.....	112
2.2.1.1 Concepto de solidaridad en la ley 20.123.....,	114

2.2.2	Derechos de la Empresa Principal.....	118
2.2.2.1	Derecho de Información.....	119
2.2.2.2.	El derecho de retención.....	120
2.2.2.3	Derecho de Pago por Subrogación.....	122
2.2.3	Extensión de la responsabilidad de la empresa principal en la ley 20.123.....	124
2.2.3.1	Obligaciones laborales y previsionales de dar	125
2.2.3.1.1	Remuneraciones.....	127
2.2.3.1.2	Las asignaciones en dinero o percepciones no remuneratorias.....	128
2.2.3.1.3	Las indemnizaciones legales.....	129
2.2.3.1.4	Cotizaciones previsionales.....	132
2.2.3.1.5	Nulidad de despido por no pago de las cotizaciones previsionales.....	133
2.2.3.1.6	Fuero sindical y maternal.....	136
2.2.3.1.7	Responsabilidad de la empresa principal por indemnización por lucro cesante por término anticipado de contrato.....	138
2.3	Responsabilidad directa de la empresa principal en materia de higiene y seguridad.....	139
2.4	Límites de la responsabilidad de la empresa principal.....	142

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.....	146
--	------------

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	168
--	------------

4.1	Argentina.....	168
-----	----------------	-----

4.2 Ecuador.....	170
4.3 Uruguay.....	172
4.4 Perú.....	175
4.5 España.....	175
CONCLUSIONES.....	179
BIBLIOGRAFÍA.....	182

RESUMEN

El objetivo de esta memoria, es realizar un análisis de la jurisprudencia laboral y administrativa para determinar la extensión de la responsabilidad de la empresa principal.

Para esto, se han identificado tres aspectos problemáticos: En primer lugar, si existió una evolución en la jurisprudencia judicial y administrativa que llevara a un concepto unívoco de “obligaciones laborales y previsionales” por las que debe responder la empresa principal en la subcontratación; en segundo lugar, si la ley 20.123 da cuenta de esta evolución; en tercer lugar, y por último si esta nueva respuesta del estado es suficiente y efectiva para la protección de los trabajadores subcontratados.

La metodología utilizada para llevar adelante esta investigación, consistió en determinar y clasificar fallos de los tribunales de justicia y dictámenes de la dirección del trabajo de distintos periodos, para determinar con ellos la evolución de la extensión de la responsabilidad de la empresa principal en el régimen de subcontratación, lo que permitirá realizar un análisis crítico de la regulación en materia de responsabilidad de la empresa principal en la ley 20.123.

Esta investigación concluye sosteniendo que no hubo una evolución que llevó a un concepto unívoco en la jurisprudencia judicial, pues los distintos Tribunales de Justicia no han estado de acuerdo en el contenido que debe tener este concepto, al contrario de lo ocurrido en la jurisprudencia administrativa, la que fue resolviendo progresiva y uniformemente los problemas que le eran sometidos a su conocimiento. Es esta última respuesta la que la ley 20.123 viene a recoger. Por último, se concluye que la solución que otorga esta ley no es suficiente para lograr una protección efectiva de los derechos de los trabajadores subcontratados.

INTRODUCCIÓN

Con el arribo definitivo a la mayor parte del mundo de la globalización y el modelo económico neoliberal, la antigua estructura de las empresas y su modo de producción se vieron superados, haciéndose presente entonces, la urgente necesidad de adaptarse a las nuevas circunstancias. Es en este marco que se verifica el surgimiento de nuevas formas de organización de la producción y del trabajo, lo que trae importantes consecuencias y efectos en materia laboral.

Uno de los cambios más relevantes en esta materia es el debilitamiento de la idea de que las labores y actividades necesarias para el funcionamiento de las empresas o faenas se desarrollan por personas que mantienen un vínculo laboral directo con éstas. Esta transformación ha sido causa de la descentralización productiva, fenómeno que ha provocado que el esquema clásico del derecho laboral “un trabajador-un empleador” pierda relevancia y aplicación.

La descentralización productiva, es “[...] un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo [...]”¹. En el mismo sentido, también se ha entendido como “el encargo a terceros de la realización bien de partes u operaciones singulares del ciclo productivo de una empresa, bien de aquellas actividades complementarias que no corresponden a dicho ciclo productivo, pero que son indispensables en su marcha ordinaria”². Una de las manifestaciones más características de esta descentralización productiva es la externalización³, fenómeno que, a pesar de ser relativamente nuevo en cuanto a su masividad e intensidad, no lo es en cuanto a su esencia⁴, toda vez que “[t]radicionalmente, han existido actividades

¹ ERMIDA, Oscar y COLUZZO, Natalia. Descentralización, Tercerización, Subcontratación. Lima, OIT, 2009. p.13

² MARTIN, A. El Discreto Retorno del Arrendamiento de Servicios. En: LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. Santiago, LexisNexis, 2007. p. 3

³ LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op. Cit. p.3

⁴ ERMIDA y COLUZZO. Op. Cit. p.14

(de apoyo, de distribución, de comercialización, de servicios conexos) que no son realizadas por la empresa central o principal, y que son encargadas a otras empresas o personas físicas (terceros)”⁵.

Una de las posibles formas de externalización frente a la que nos podemos encontrar es la trilateralidad laboral, que se verifica cuando “la actividad desplazada hacia fuera de la empresa principal es asumida, en principio, por una empresa distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de esta última, que prestan servicios en los hechos para ambas”⁶. La trilateralidad laboral adopta, principalmente, dos formas: el suministro de trabajadores y la subcontratación, fenómeno, éste último, dentro del que se enmarca nuestro trabajo.

Para los trabajadores, “la externalización supone una segmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento. De ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay sólo un paso, paso que no sólo se da muy frecuentemente, sino que además, en muchas ocasiones es **el objetivo** perseguido o uno de los objetivos perseguidos”⁷. Para una mejor comprensión de esta afirmación, tenemos que tener en cuenta que en el caso de la subcontratación, nos encontramos frente a un trabajador contratado por una empresa denominada contratista para realizar una obra o prestar un servicio que le ha sido encargado a esta última por otra empresa, denominada mandante. Este trabajador desempeña su función en lugar físico que no pertenece a su empleador, por lo que la protección de su vida y seguridad pueden verse afectadas, pues el contratista no tiene el total control del lugar donde se desempeñará la faena o se prestará el servicio. Por otro lado, este trabajador será, como lo señalamos, víctima de la segmentación del colectivo, toda vez que pese a trabajar en las mismas faenas e incluso, en ocasiones, realizar las mismas labores,

⁵ Ibíd.

⁶ LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op. Cit. p.4

⁷ ERMIDA y COLUZZO. Op. Cit. p.18

que los trabajadores de la empresa principal, no puede sindicalizarse ni negociar colectivamente con ellos, y sólo podrá hacerlo con los trabajadores de la contratista que, en la mayoría de los casos, tendrá menos recursos que la empresa principal y cuya solvencia depende en gran medida de la existencia de la relación comercial con la principal. Un tercer ejemplo que evidencia la posición precaria en que se encuentran los trabajadores subcontratados, es la diferencia salarial que puede existir entre éstos y los trabajadores de la empresa principal, pese a que desarrollan una actividad similar y muchas veces el giro mismo de la empresa.

Teniendo en cuenta las características especiales de la triangulación laboral, y en especial de la subcontratación, figuras alejadas del paradigma tradicional del contrato de trabajo, y los efectos que éstas podían acarrear para los trabajadores, toda vez que la legislación protectora laboral existente no podía adaptarse y dar respuesta a las necesidades de éstos, fue necesario que los legisladores establecieran nuevas formas de regulación y protección para los trabajadores que se desempeñen bajo este régimen.

Un punto central de la respuesta del legislador chileno a este problema, fue el establecimiento de la responsabilidad de la empresa principal. Tanto es así, que con anterioridad a la dictación de la ley 20.123, que regula la subcontratación de manera sistemática en nuestra legislación laboral, la única regulación existente en esta materia se refería a la responsabilidad de la empresa mandante.

Cuando hablamos de subcontratación, como ya señalamos, nos encontramos frente a una empresa que encarga la realización de una obra o la prestación de un servicio a un contratista, quien desempeña esta tarea con sus trabajadores. El legislador hoy considera, por razones que trataremos de precisar a lo largo de esta investigación, que la empresa mandante bajo ciertos presupuestos y, atendidas las especiales características que rodean el desempeño de las labores del trabajador subcontratado, debe ser responsable subsidiaria o solidariamente, según sea el caso, de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de su contratista y que sean incumplidas por ésta. La empresa principal será solidariamente responsable de

las obligaciones laborales y previsionales de dar de su contratista, cuando no ejerza los derechos información y retención otorgados por ley, de modo que el trabajador podrá dirigirse indistintamente contra su empleador o la empresa principal por el total de sus obligaciones incumplidas. Por su parte, cuando la empresa principal ejerce los citados derechos, será responsable subsidiaria de las mencionadas obligaciones, es decir deberá responder cuando una vez perseguida la responsabilidad del contratista, este no cumpla con las obligaciones laborales y previsionales de sus trabajadores.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la ley 20.123, esta protección especial brindada por el legislador a los trabajadores sujetos al régimen de subcontratación, estaba conformada por un sistema de responsabilidad subsidiaria de la empresa principal. Sin embargo, el legislador no definía de cuáles obligaciones laborales y previsionales debía responder el dueño de la obra, empresa o faena. Por ello, este tema estuvo sujeto a la interpretación por parte de la jurisprudencia judicial y administrativa.

En razón de lo anteriormente descrito, consideramos importante determinar el contenido que a la expresión obligaciones laborales y previsionales han dado la Dirección del Trabajo y los Tribunales de Justicia, órganos competentes para interpretar la ley laboral. Para ello, procedimos a analizar y clasificar en distintos periodos, los fallos emitidos por Tribunales de Primera Instancia, Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema entre los años 1980 y 2009 y los dictámenes emanados de la Dirección del Trabajo durante el mismo período. El propósito de este estudio consiste en dilucidar si existió una evolución del concepto de responsabilidad de la empresa principal en la subcontratación en la jurisprudencia de los órganos encargados de la interpretación de la ley laboral; si ésta fue consistente y similar entre dichos órganos; para luego determinar si la nueva regulación contenida en la ley 20.123 da cuenta de dicha evolución, y si ésta da una solución completa y suficiente a las necesidades de los trabajadores subcontratados en el ámbito de la responsabilidad de la empresa principal.

Para conseguir este objetivo, nuestro trabajo se ordenó de la siguiente forma: En primer lugar, expondremos los antecedentes históricos necesarios para contextualizar este trabajo.

En segundo lugar, definiremos los conceptos básicos que hemos considerado necesarios en orden a una correcta comprensión del fenómeno de la subcontratación en nuestro país.

En tercer lugar, realizaremos una clasificación y análisis de la jurisprudencia emanada tanto de los Tribunales de Justicia como de la Dirección del Trabajo, intentando determinar el real alcance de la responsabilidad de la empresa principal en la subcontratación tanto en la antigua regulación como en la nueva ley de subcontratación.

Luego, realizaremos una breve exposición de las soluciones que ha dado el derecho comparado al problema central de nuestro trabajo.

Por último, identificaremos los posibles desafíos y tareas pendientes que frente a esta nueva legislación se puedan presentar.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

1.1 Antecedentes Históricos De La Subcontratación

El fenómeno de la subcontratación surge con la transición desde una sociedad industrial, en donde la organización de la producción estaba dominada por el sistema fordista, a una sociedad “postindustrial”, en donde el principal motor del desarrollo comienza a ser la ciencia, dominada por el modelo de producción de la “especialización flexible”⁸.

Hasta antes de la década de 1970, vemos la producción organizada típicamente en una “empresa de gran tamaño, inspirada en los principios fordistas y tayloristas, con una producción en serie, de bienes estandarizados y que, por lo tanto, no requieren de mayor esfuerzo específico de cada uno de los trabajadores”⁹. Así, “el “productor fordista” como “productor en masa” se organizaba para producir en grandes volúmenes un único bien poco diferenciado. De este binomio, producción en serie/consumo de masa, se desprendía una organización correspondiente del trabajo (y por tanto de la relación salarial) basada en la doble jerarquización taylorista: horizontal (parcelización de las tareas) y vertical (entre concepción y ejecución)”¹⁰.

Internamente, la empresa fordista se caracteriza por ser una organización altamente burocrática, con una dirección muy verticalizada y coercitiva. Como la producción es en masa y acotada en la variedad de productos, tiene costos fijos y una escasa posibilidad de adecuación a las fluctuaciones del mercado. Por esta misma razón, los trabajadores que laboran en estas empresas, no son ni trabajadores especializados ni con alguna cualificación en particular, sino que se espera de ellos

⁸ En este sentido, COCCO, Giuseppe y VERCELLONE, Carlo. Los Paradigmas Sociales del Posfordismo. [En línea] <http://www2.ccdc.vt.edu/digitalfordism/fordism_materials/cooco_vercellone.htm> [Consulta: 1 de Abril de 2009]

⁹ HALPERN, Cecily. El Nuevo Fenómeno Organizativo: Causas e Implicancias. En: Seminario “Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley 20.123”. Santiago, Chile. Colegio de Abogados de Chile. 2006. p 4.

¹⁰ COCCO, G y VERCELLONE, C. Op. Cit. sp.

que sean capaces de realizar una función mecánica a alta velocidad para así poder acelerar la producción¹¹.

Con la llegada de la década de 1970 las empresas fordistas, como la ya descrita, se vieron inmersas en un escenario económico que las obligó a cambiar el paradigma de producción.

Cabe recordar que la década de los '70 fue una época marcada, en primer lugar, por una crisis de los productos energéticos: los precios del petróleo fueron afectados con las alzas, lo que evidentemente tuvo un impacto en las economías de los países productores. Sumado a esto, “[e]n el contexto externo de la empresa se advierten grandes avances tecnológicos, cambios sociales y políticos que impactan en diversos ámbitos del sistema productivo”¹². Según HALPERN, la incorporación de la mujer a la fuerza laboral, la caída de las ideologías, el término de la guerra fría y la consecuente globalización de la economía son los factores más relevantes que incidieron en la mutación de la organización productiva.

Como consecuencia de estos cambios, surgen las economías integradas entre distintos países y con esto, la apertura de mercados que en tiempos anteriores resultaban inaccesibles, lo que a su vez generó entre las empresas una competencia exacerbada, que obligó a los productores a bajar aún más los costos de producción¹³. El problema era que, como ya mencionamos más arriba, los costos en la producción fordistas son esencialmente invariables, por lo que los empresarios se vieron obligados a modificar la forma de producción, integrando nuevas tecnologías que permitieran reducir los costos y adecuarse al nuevo mercado. Sin embargo, el problema no se agotó en la integración de nuevas tecnologías, ya que las empresas carecían de personal capacitado para operar con ellas, por lo que surgió la necesidad de contar con personal especializado.

¹¹ Ver: HALPERN, C. Op. Cit. pp. 4-5.

¹² *Ibíd.* p. 5

¹³ HALPERN, C. Op. Cit. p. 5-6.

Así las cosas, la economía dominada por las grandes empresas fordistas de producción rigidizada y en la que las pequeñas y medianas empresas se dedicaban a producir bienes no masivos (bienes de lujo, etc.) sufre una suerte de inversión, pues, “[l]a definición del modelo de "especialización flexible" deriva precisamente de la inversión del dualismo industrial descrito arriba”¹⁴, es decir, de la inversión de la relación de predominio en el mercado entre las grandes empresas fordistas y las pequeñas y medianas empresas. Comenzó, entonces, una progresiva disminución de los mercados de bienes estandarizados, lo que habría llegado a transformar las normas de rentabilidad de las grandes empresas fordistas. En otros términos, “a consecuencia de la inestabilidad cuantitativa y cualitativa de la demanda, la rentabilización de semejante aparato productivo se hacía cada vez más difícil. El paso a un crecimiento lento e inestable, marcado por una demanda sometida a una obsolescencia rápida, habría determinado la nueva centralidad de las pequeñas unidades productivas”¹⁵. Debido a su flexibilidad y a que su estructura productiva le permitía una mayor adaptabilidad a los cambios del mercado, “las PYMEs superarían a las grandes empresas "rígidas". De ahí la afirmación de una nueva forma de especialización "plegable". Se trataría de la instalación tendencial de un nuevo paradigma industrial, más descentralizado y más innovador, cuyas condiciones técnicas y relaciones sociales representarían una verdadera superación del modelo fordista”¹⁶.

Como consecuencia, surge una nueva división del trabajo, en la que “ciertos ciclos o procesos productivos complejos ya no son asumidos en su integridad por una sola empresa, sino por varias que, si bien actúan coordinadas entre sí, conservan empero su autonomía económica y jurídica”¹⁷. Estas empresas se especializan en una fase particular del proceso productivo de un determinado bien. Por esto mismo, “son

¹⁴ COCCO, G. y VERCELLONE, C. Op. Cit. sp.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ COCCO, G. y VERCELLONE, C. Op. Cit. sp.

¹⁷ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación. Régimen Jurídico del Trabajo Subcontratado y del Suministro de Personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 2006. p. 14

empresas más pequeñas, más especializadas y que tienen, por lo tanto, un mejor conocimiento de esa fase específica de producción para lograr el producto general de la empresa matriz”¹⁸. Así, la empresa principal se concentraría en realizar aquellas funciones esenciales y estratégicas, fragmentándose el resto de ellas en pequeñas unidades medibles. De esta manera, resulta más fácil la medición del margen de resultado y productividad que si se intentara descubrirlo respecto de la empresa total (no fragmentada)¹⁹.

Como ya dijimos en párrafos anteriores, si bien estas empresas son autónomas entre sí, trabajan siempre interconectadas. Una de las formas jurídicas que toma esta coordinación es, precisamente, las relaciones laborales triangulares, como la subcontratación.

Sin embargo, si bien es cierto que ésta es una explicación suficiente para el surgimiento del fenómeno de la subcontratación, nosotros creemos que la actual figura y la permanencia de la misma tiene motivaciones que van más allá que la mera reacción ante la crisis económica y la revolución tecnológica.

La experiencia muestra que en nuestro país el fenómeno que se originó como respuesta a la necesidad de especialización, principalmente tecnológica, se ha visto hoy desvirtuado, llegando a expandirse esta forma de producción a actividades elementales para toda empresa, pero que no requieren de cualificación técnica alguna, como por ejemplo el servicio de aseo. En palabras del H. Senador Ruiz De Giorgio el establecimiento de relaciones subcontratadas “también ocurre respecto a faenas propias del giro de la empresa, connaturales a su funcionamiento y que, no obstante, se encargan a contratistas, no por razones de eficiencia en la marcha de la empresa, sino para disminuir costos, ya que desarrollarlas con los trabajadores permanentes - quienes tienen una serie de beneficios obtenidos en el ejercicio de sus derechos laborales, tales como negociar colectivamente- resulta mucho más oneroso que

¹⁸ HALPERN, C. Op. Cit. p. 9

¹⁹ Ver *Ibíd.*

realizarlas a través de trabajadores puestos a disposición por contratistas; trabajadores, estos últimos, que no siempre tienen acceso a beneficios superiores a los mínimos que establece la ley”²⁰.

En el mismo sentido, HALPERN reconoce que existen otras razones, que no son de orden estrictamente económico como las señaladas más arriba, sino que político-laborales para incentivar la descentralización productiva, como lo es el “contrarrestar la acción de los obreros, el movimiento de los trabajadores que se había generado en torno a las grandes empresas”²¹ con el propósito de “frenar el desarrollo de los movimientos sindicales y detener, como consecuencia de ello, el avance de las conquistas sociales y de las condiciones de trabajo”²²

1.2 Evolución Legislativa en Materia de Subcontratación

Tal como lo han señalado nuestros Tribunales de Justicia, la normativa que regula la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena o empresa principal, según la denomina la ley 20.123, busca resolver “el problema de la insolvencia de los contratistas o subcontratistas que va en desmedro de los derechos de los trabajadores”²³, y a lo largo del tiempo ha tenido distintas enunciaciones.

Los primeros atisbos de alguna clase de regulación de la responsabilidad de la empresa principal se encuentran en la legislación civil. El Código Civil de 1855, establecía en su artículo 2003 n° 5, lo siguiente:

²⁰ Opinión extraída del Primer Informe Comisión de Trabajo del Senado, Primer trámite constitucional. En: TOLEDO, César. La subcontratación laboral en Chile. Análisis de la Ley 20.123. p.8 [En línea] <www.derecho-trabajo.cl/Ponencias/CESAR%20TOLEDO.doc> [Consulta: 15 de Abril de 2009.]

²¹ HALPERN. Op. Cit. p. 7.

²² *Ibíd.*

²³ Corte Suprema, Casación, Rol 1552-2003, de 4 de Diciembre de 2003. Considerando octavo.

“Los contratos de construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan, además a las reglas siguientes:

Nº5 Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado directamente con el dueño del edificio por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero, si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste le deba al empresario.”

Este artículo permite a los trabajadores que se desempeñen en la construcción de edificios, y que han sido contratados por el “empresario”, figura que podemos entender como el contratista, accionar contra el dueño en forma subsidiaria por los montos que se les adeuden, pero sólo hasta el monto de lo que el dueño pueda deber, a su vez, al contratista.

Si bien esta norma intenta dar una solución al problema de la insolvencia de los contratistas, su ámbito de aplicación se reduce a la construcción de edificios por un precio prefijado.

La primera disposición referida a la responsabilidad de la empresa principal, contenida en la legislación laboral, es la establecida por el artículo 4º de la Ley 4.055 sobre Accidentes del Trabajo, publicada el 26 de Septiembre de 1924, que señala:

“La responsabilidad del patrono o empresario que por cuenta ajena tome a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del empresario”.

En esta disposición, ya podemos observar que el legislador, para el caso de accidentes del trabajo, establece una responsabilidad subsidiaria para la empresa principal, opción que se mantendrá, con algunas interrupciones, en la legislación chilena hasta el 2006, fecha de dictación de la Ley de Subcontratación.

El Código del Trabajo de 1931, recogió las ideas de la legislación laboral previa, y en su artículo 16 estableció:

“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros. En los casos de construcciones de edificios por precio único prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural”

Debemos tener en consideración, que el Código de 1931 hacía una diferenciación entre empleados y obreros, según predominara mayormente lo manual o lo intelectual, creando de este modo dos estatutos distintos de protección. Esta norma no protegía, por tanto, a los empleados que pudiesen prestar labores a favor de un contratista. Tampoco esta norma hace mención ni establece algún tipo de responsabilidad de la empresa principal en relación a los trabajadores que pudiesen laborar para sus subcontratistas.

Respecto a la interpretación de este artículo, la Dirección del Trabajo señaló que el dueño de la obra respondería subsidiariamente en “aquellos casos en que requerido el contratista, éste no pueda dar cumplimiento a dichas obligaciones”²⁴

Por su parte, los artículos 256 y 257 del Código de 1931, referidos a los accidentes del trabajo, establecían la responsabilidad subsidiaria para la empresa principal en el ámbito de los accidentes laborales, e incluso lo que podríamos denominar una responsabilidad directa para el caso en que los subcontratistas emplearan un reducido número de trabajadores, éstos señalaban que:

Artículo 256: “La responsabilidad del patrón o empresario que, por cuenta ajena, toma a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario”

²⁴ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1893, 05.04.1972.

Artículo 257: “Los subcontratistas o subempresarios que tengan tres o menos obreros ocupados en el momento del accidente, no adquieren la calidad de patronos y subsistirá la responsabilidad del empresario o propietario en su caso”

Ambos preceptos fueron con posterioridad derogados por la Ley 16.744, sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

En nuestra opinión, 1968 es un año clave para la subcontratación. La dictación de la ley 16.757, supuso una mejora sustantiva para la protección de los trabajadores, al reducir las actividades que podían desarrollarse por medio de contratistas, sólo a aquellas actividades que requieren especialización y están fuera de la actividad regular de la empresa, impidiendo, de este modo, el uso de la subcontratación como medio para disminuir costos en mano de obra, en lugar de utilizarlo como una herramienta de eficiencia productiva de la empresa. Su artículo 1º señalaba:

“Los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria, o de reparación o mantención habituales de sus equipos y que no sean de los tratados en los incisos segundo y tercero de este artículo, no podrán ser ejecutados a través de contratistas o concesionarios. Sin embargo, la disposición del inciso anterior no se aplicará cuando los referidos trabajos constituyan una labor especializada, que se encomiende a una empresa o industria establecida que pague patente como tal, cuyo giro principal sea, precisamente, ejecutar tales labores o manufacturar elementos, partes, piezas, o repuestos por orden de terceros.

No se aplicará esta disposición a la actividad de la construcción.”

La Dirección del Trabajo, interpretando el alcance de la expresión trabajo especializado, señaló: “A juicio de esta Dirección, el aseo de las diversas dependencias del campamento que ocupa el personal de la Compañía Minera Chuquicamata S.A., es una labor típica de mantención habitual y permanente del equipo habitacional con que cuenta la mencionada empresa, actividad que en ningún

caso constituye una labor especializada que haga necesaria la concurrencia de personal calificado”²⁵.

A la protección establecida por la Ley 16.757, se sumaba la de Ley 16.624 del 15 de Mayo de 1967 que hacía frente a un problema de los trabajadores subcontratados que ni aún la ley 20.123, destinada a regular específicamente el trabajo en régimen de subcontratación, pudo responder, esto es, la equiparación de beneficios y remuneraciones para los trabajadores contratistas y aquellos empleados directamente por la empresa principal que desempeñan las mismas tareas. Aún cuando su ámbito de aplicación era restringido sólo a las grandes empresas productoras de cobre, fue un importante avance que no ha vuelto a tener cabida en nuestra legislación.

El artículo 69 de esta ley disponía: “Cuando la Corporación del Cobre declare que las labores de producción u operación realizadas por medio de un contratista es una actividad normal en una empresa productora regida por el Título I de la presente ley, ésta deberá asegurar a los trabajadores ocupados en ella condiciones de trabajo, remuneraciones y beneficios sociales iguales a aquellos de los trabajadores de las propias empresas”.

Por su parte, en las actividades en que se permitía la subcontratación, principalmente la construcción y las mejoras, también existían normas protectoras de los derechos de los trabajadores. El DFL N°2 de 29 de Septiembre de 1967, referido al caso de la construcción por contratistas del Estado, en su artículo 43 señalaba: “Los contratistas de obras públicas, fiscales o municipales y de las personas jurídicas creadas por la ley en que el Estado tenga aporte de capital, deberán acreditar, para que pueda darse curso a los estados de pago y para la devolución de garantías que hubieren otorgado, que no tienen reclamos pendientes por remuneraciones de su personal, mediante certificados expedidos por la Inspección del Trabajo en que estén

²⁵ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen N° 9135,31.12.1970.

ubicadas las faenas correspondientes, y de imposiciones a las leyes de previsión mediante certificado expedido por el instituto previsional correspondiente”.

En el ámbito de las reparaciones, el artículo 20 de la Ley 17.322 de 1970 disponía: “En todo contrato de construcción de obra, reparación, ampliación o mejoras, se entenderá sin necesidad de estipulación expresa, que las garantías constituidas para responder a su cumplimiento y las retenciones que se hagan a los estados de pago caucionen también el cumplimiento de las obligaciones previsionales.

Para obtener la devolución o alzamiento de esas garantías, el contratista o subcontratista deberá acreditar el pago de la totalidad de las obligaciones previsionales correspondientes a la obra [...]. La infracción de esta disposición hará al dueño de la obra solidariamente responsable del cumplimiento de esas obligaciones.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los dos incisos anteriores, el dueño de la obra responderá subsidiariamente de las obligaciones previsionales que fueren de cargo de los contratistas o subcontratistas, correspondientes a los trabajadores que hubieren prestado servicios en la respectiva obra”.

En 1978 se dicta el Decreto Ley 2.200, que deroga los libros I y II del Código del Trabajo de 1931, incluyendo el artículo 16 referido a la responsabilidad del dueño de la obra. Sin embargo, este decreto no establece nuevas normas relativas a la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena.

En 1979, el régimen de la subcontratación en el país vivió un gran cambio, sin duda como efecto de la transformación del modelo económico y las políticas del país introducido por la dictadura. La adopción del modelo neoliberal, provoca un cambio en las relaciones laborales. Las empresas necesitan lograr una mayor eficiencia para poder competir en el mercado, disminuir costos y maximizar utilidades, y la regulación en materia de subcontratación al parecer no lo permitía. Es por ello que se dicta el Decreto Ley 2.759, que en su artículo 5º termina con el sistema de protección a los trabajadores subcontratados, establecido por las leyes 16.624, al derogar

expresamente la equiparación de beneficios y la Ley 16.757, la que fue derogada en su totalidad. La equiparación de remuneraciones y beneficios entre los trabajadores de la empresa principal y los subcontratados, abandona nuestra legislación para no volver.

En reemplazo de la regulación existente hasta ese minuto, el Decreto Ley 2.759 vuelve a introducir el precepto referido a la responsabilidad del dueño de la obra contenido en el Código de 1931. En su artículo 4º dispone: “El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural”

En 1987 se dicta el nuevo Código del Trabajo, contenido en la ley 18.620, el que en materia de responsabilidad de la empresa principal, contempló en su artículo 63 la misma disposición contenida en el artículo 4º del Decreto Ley 2.759, que, como ya señalamos, era prácticamente igual a la contenida en el Código del Trabajo de 1931. Este Código contempló, además, la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena en materia de cotización y afiliación al seguro establecido por la ley 16.744 sobre Enfermedades Profesionales y Accidentes del Trabajo.

El 30 de Septiembre de 1993 se dicta la Ley 19.250, que modifica el artículo 63 del Código del Trabajo, el que pasó a tener el siguiente tenor: “El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos.

También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también solicitar que ésta sea notificada a todos aquellos que puedan responder subsidiariamente de sus derechos, entendiéndose interrumpidos respecto de ellos los plazos de prescripción, si se les practicó tal notificación dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 453 del presente Código.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural”.

Esta ley introdujo algunas novedades en el campo de la responsabilidad de la empresa principal, así “vino a precisar las obligaciones por las cuales el dueño de la obra, empresa o faena era subsidiariamente responsable; simultáneamente, reafirmó la responsabilidad subsidiaria del contratista respecto de los trabajadores del subcontratista y estableció la posibilidad que el trabajador, además de demandar a su empleador directo, pudiera entablar su acción contra el responsable subsidiario”²⁶.

Con respecto a la posibilidad de los trabajadores de accionar en forma simultánea contra aquellos que puedan responder subsidiariamente de sus derechos, surgieron dudas acerca de cómo debía interpretarse la norma que la establecía, toda vez que parte de la jurisprudencia consideró que dicha disposición tenía como único fin interrumpir la prescripción de la acción, mientras que otros consideraron que establecía la posibilidad de impetrar en un juicio distintas acciones.

Por otro lado, la especificación del tipo de obligaciones por las que la empresa principal debe responder, trajo consigo un nuevo problema para los trabajadores, pues los tribunales comenzaron a reducir el campo de la responsabilidad, por ejemplo no

²⁶ PALAVECINO, Op. Cit. p. 25

considerando, en ocasiones, a la empresa principal responsable de los accidentes del trabajo²⁷.

En 1994 el DFL N°1, refundió en un texto la normativa laboral existente, pasando a ser el artículo 63 el nuevo artículo 64 del Código del Trabajo.

La dictación de la ley 19.666 de 10 de Marzo de 2000, vino a resolver el problema de la interpretación de la posibilidad de que junto con demandar al empleador directo se pudiera notificar la demanda a todos los potenciales responsables. Esto se logró con la modificación del inciso 3º del artículo 64, que estableció expresamente la posibilidad de demandar conjuntamente a los posibles responsables del incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores.

Además, esta ley incorporó un nuevo artículo, el artículo 64 bis, el que otorgó al dueño de la obra, empresa o faena respecto del contratista y a éste respecto del subcontratista una serie de derechos, a saber:

- Derecho de información: La empresa principal tiene derecho a ser informada del monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de su contratista y de los subcontratistas de ésta. La empresa contratista tiene el mismo derecho respecto a sus subcontratistas.
- Derecho de retención: En el caso en que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales para con sus trabajadores, o cuando el dueño sea demandado subsidiariamente de conformidad con el artículo 64, la empresa principal tiene el derecho de retener de las obligaciones que tenga a favor del contratista, el monto del que es responsable subsidiariamente. Este mismo derecho tienen los

²⁷ Corte Suprema, Casación, Rol 3872-2002, de 23 de Enero de 2003.

contratistas respecto de los subcontratistas.

- Derecho al pago por subrogación: La empresa principal podrá pagar por subrogación al trabajador o institución acreedora.

La responsabilidad de la empresa principal quedó entonces regulada en los siguientes artículos:

Artículo 64: “El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiese hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural.”

Artículo 64 bis: “El dueño de la obra, empresa o faena, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informado por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores.

El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

En el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, así como cuando el dueño de la obra, empresa o faena fuere demandado subsidiariamente conforme a lo previsto en el artículo 64, éste podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél, el monto de que es responsable subsidiariamente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas.

En todo caso, el dueño de la obra, empresa o faena, o el contratista en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso primero de este artículo, podrá ser acreditado mediante certificados emitidos por la Inspección del Trabajo respectiva.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento del dueño de la obra, empresa o faena, las infracciones a la legislación laboral o previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.”

Hasta ese momento, las normas que regulaban la responsabilidad de la empresa dueña de la obra, empresa o faena se encontraban ubicadas en el capítulo referido a las remuneraciones y no constituía un estatuto propiamente tal. La doctrina²⁸ daba cuenta de una serie de deficiencias que presentaba la regulación de la subcontratación en Chile. Un primer tema en que nuestra legislación presentaba falencias era en la seguridad en el trabajo de los trabajadores en régimen de subcontratación, derivado de que el único responsable de la protección de la vida y salud de los trabajadores era su empleador directo, esto es el contratista. “La mayor precariedad de medios por parte de éstos para hacer frente a tal responsabilidad, así

²⁸ En este sentido TOLEDO, César. Op. Cit

como, en buena cantidad de casos, las dificultades para adoptar las medidas precisas, debido a carecer del control del escenario en el que ha de verificarse la protección, explican entre otras causas, la mayor incidencia de casos de accidentes del trabajo graves o con resultado de muerte entre trabajadores subcontratados”²⁹.

Otro problema que se presentaba era la interpretación de la expresión “obligaciones laborales y previsionales”, pues la legislación no las individualizaba. A ello debe agregarse el aumento del abuso de la figura de la subcontratación por parte de las empresas, especialmente para proveerse de mano de obra a través de terceros, facilitada por la falta de una regulación sistematizada de la subcontratación y de la nula regulación del contrato de servicios transitorios. Todo ello, hizo necesaria una nueva regulación, no sólo de la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, sino del trabajo en régimen de subcontratación y del contrato de servicios transitorios.

Un primer intento de regulación se contenía en la Ley 19.759, conocida como la Reforma Laboral, que modificó el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador, entre otras materias. Sin embargo, por petición de la Comisión del Trabajo y Previsión Social del Senado, lo referido a la subcontratación y empresas de servicios transitorios se separó del proyecto. En cumplimiento de esta petición el ejecutivo presenta un nuevo proyecto separado, el Proyecto de Ley 2943-13, de Subcontratación, y que regula el funcionamiento de Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Servicios Transitorios. Dicho proyecto se convertiría en la Ley 20.123.

En el mensaje del citado proyecto, el ejecutivo hace presente la urgencia de “la sistematización de la normativa sobre subcontratación y suministro de trabajadores en un mismo capítulo”,³⁰ y en sus fundamentos señala como imperativo para regular esta materia, el creciente fenómeno de la captación de mano de obra a través de terceros,

²⁹ Ibíd. p.4

³⁰ HISTORIA DE LA LEY 20.123. p.10 [En línea] <http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-10-25.1798310653/otros-documentos-sobre-subcontratacion/Historia_de_la_ley.pdf> [Consulta: 30 de Septiembre de 2009]

ya sea personas o empresas, y señala: “Estas prácticas, que en muchos casos se han prestado para la comisión de abusos, requieren urgentemente de un marco jurídico que combine la necesaria flexibilización de las relaciones laborales que demanda un mercado del trabajo moderno, con los adecuados resguardos que eviten, sin embargo, su precarización.”³¹

La ley 20.123, que vino a responder a la necesidad de un marco jurídico para la subcontratación y el contrato de servicios transitorios, regula la responsabilidad de la empresa principal en los artículos 183-B, 183-D y 183-E. Esta nueva regulación introduce grandes cambios a la responsabilidad de la empresa principal, tal como la conocíamos hasta este momento: establece una responsabilidad solidaria para la empresa principal por las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de su contratista o subcontratista, la que pasará a ser subsidiaria en el caso que la empresa principal ejerza los derechos de información y retención que posee; y establece una responsabilidad directa de la empresa principal, en caso de incumplimiento de la obligación de protección de la vida y salud de los trabajadores que se desempeñen en su obra, empresa o faena, independientemente de su dependencia, que, como ya vimos, era un grave problema de la legislación anterior.

De este modo, la protección de los trabajadores subcontratados se plasma en la ley de la siguiente manera:

Artículo 183-B.- La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

³¹ Ibid. p.11.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiese hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

Artículo 183-D.- Si la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

Se aplicará también, lo dispuesto en el inciso precedente, en el caso que, habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, la empresa principal o contratista, según corresponda, hiciera efectivo el derecho de retención a que se refiere el inciso tercero del artículo precedente.

Artículo 183-E.- Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán las obligaciones y responsabilidades señaladas en el inciso precedente, cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1° al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador.

1.3 El concepto de Subcontratación

Establecer un concepto universal de subcontratación no ha sido una tarea fácil ni para la doctrina, ni para los organismos internacionales relacionados con el trabajo. De esto dan cuenta distintos autores, y al parecer existirían diferentes razones para ello. Así, se ha expresado que “encontrar una definición universal que integre y represente todas las formas que toma la subcontratación en los distintos contextos nacionales y normativos, ha significado una discusión sin arribo a consensos hasta ahora”³². Se ha dicho también que la falta de esta definición se debe a las “dificultades encontradas para coincidir en una definición universal que satisfaga y comprenda, por

³² ESPINOZA, Carmen. La subcontratación, Una Nueva Fórmula para Rentabilizar Los Negocios. p. 1 [En Línea] <www.iglesia.cl/vicariatrabajadores/articulos/La_subcontratacion.doc>. [Consulta: 20 Abril 2009].

una parte, las formas que toma la subcontratación en distintos contextos nacionales y, por otra, los distintos niveles de legitimidad y regulación con que cuenta en cada uno de ellos”³³. Por último se ha señalado como causa de esta dificultad, que este concepto presentaría un grado de ambigüedad, ya que “designa tanto un concepto económico como un concepto jurídico, los dos de contenido relacionado, aunque no equivalente”³⁴.

1.3.1 Concepto Doctrinario De Subcontratación

En razón de esta dificultad para arribar a un concepto unitario de subcontratación, la doctrina ha definido el fenómeno de distintas formas.

Para Bronstein “más que hablar de una sola forma de subcontratación convendría hablar de las distintas formas de arreglos o prácticas que se conocen como subcontratación y preguntarnos si es posible establecer alguna tipología de ellas”³⁵. El autor distingue formas tradicionales y formas recientes de subcontratación laboral³⁶. Así, entre las primeras tenemos: El contrato de equipo, contratistas de mano de obra, intermediarios y trabajo a domicilio. Entre las formas recientes están: Las empresas de trabajo temporal, préstamos entre empresas principales y subordinadas de un mismo grupo, cooperativas laborales, “entidades empleadoras” y contratación o pseudocontratación de labores personales.

Este autor señala que pese a la existencia de múltiples formas de subcontratación, no todas deben ser estudiadas desde el campo del Derecho Laboral, sino sólo aquellas “modalidades o prácticas cuyo objeto principal o cuyo efecto es la prestación de trabajo en condiciones semejantes a las de una relación de trabajo

³³ ECHEVERRÍA, Magdalena. Subcontratación de la Producción y Subcontratación del Trabajo.P.1. [En Línea] <biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2943-13/632.pdf>. [Consulta: 20 Abril 2009]

³⁴ PALAVECINO, Op. Cit. pp. 36-38

³⁵ BRONSTEIN, Arturo. La Subcontratación Laboral. p. 6. [En Línea] <alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2943-13/639.pdf>. [Consulta: 20 de Abril 2009].

³⁶ Esta clasificación se encuentra en: *Ibíd.* p. 5

subordinada, pues éste es el presupuesto socioeconómico indispensable para que se aplique el Derecho del Trabajo.”³⁷

Por su parte, otros autores³⁸ consideran que el elemento clave al momento de abordar el concepto de subcontratación, es la necesidad de identificar el objeto de la misma, es decir, qué es lo subcontratado. Sobre la base de este criterio, entonces, podríamos encontrar dos formas de subcontratación:

- Subcontratación de la producción de bienes y/o la prestación de servicios: Correspondería al “ámbito de las relaciones que se establecen entre dos empresas en donde una encarga a otra (o contrata con otra) la producción de etapas, de partes o de partidas completas de la producción de bienes o la prestación de determinados servicios que la segunda empresa se compromete a llevar a cabo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos.”³⁹

Con respecto a este tipo de subcontratación, se ha señalado que “la relación contractual es entre dos entidades totalmente independientes entre sí, perfectamente diferenciadas y que se encuentran en igualdad de condiciones para negociar los términos por lo que no es necesario proteger legalmente a ninguna de las partes”⁴⁰. Sin embargo, lo mismo no puede ser dicho respecto de los trabajadores involucrados en la subcontratación. La práctica ha demostrado la necesidad de que las personas que laboran en el régimen denominado como subcontratación de la producción, gocen de la protección del derecho laboral. Ello basado principalmente en dos motivos: El primero de ellos, es que es un hecho cierto que el panorama de las relaciones laborales, motivado por las transformaciones tecnológicas, económicas y sociales, ha

³⁷ *Ibíd.* p.6

³⁸ Esta clasificación es propuesta por ECHEVERRÍA, M. *Op. Cit.* y por ESPINOZA, C. *Op. Cit.*

³⁹ ECHEVERRÍA. *Op. Cit.* p.6.

⁴⁰ ESPINOZA. *Op. Cit.* p.5.

cambiado: Se ha dejado atrás el paradigma clásico de la relación laboral que supone un vínculo de subordinación entre Empleador-Trabajador. “Hoy están surgiendo nuevas formas de utilización de mano de obra, muchas de las cuales impugnan el modelo de empleo tradicional correspondiente al esquema de <<una empresa, un empleador>>”⁴¹. Una de estas nuevas formas es la triangulación laboral, que se define como el fenómeno que se produce cuando una empresa decide dejar de desarrollar por su cuenta una actividad que forma parte de su procesos productivos, para que la asuma una empresa que es un tercero ajeno, la que viene a desarrollar la actividad con sus propios recursos y sus propios trabajadores. Podríamos decir, entonces, basándonos en la definición dada por Magdalena Echeverría, que en el caso de la subcontratación de la producción estamos frente a una modalidad de triangulación laboral. En ella tenemos, por una parte, una empresa principal que externaliza una actividad, por otra, una empresa contratista que asume la ejecución de la actividad con sus recursos y el uso de sus propios trabajadores y, por último, dichos trabajadores, con los cuales la empresa principal no tiene relación alguna en términos formales, es decir, no mantiene un relación contractual directa. Sin embargo, en último término, quien se beneficia del trabajo de esos trabajadores y quien define las políticas de producción de la empresa es la empresa principal, y pese a que no da las instrucciones directas ni organiza la actividad externalizada, sus políticas de producción de igual manera influirán en éstas. En otros términos, ya no existe identidad entre dueño de la producción, entiéndase faena, y empleador, como sí la había en una relación clásica laboral. Por esto mismo, en razón de los beneficios que le reportan a la empresa principal, es que ella debe hacerse responsable de ciertas obligaciones para con los trabajadores de su contratista.

El segundo motivo para la necesidad por parte del derecho laboral de protección a los trabajadores en régimen de subcontratación de la producción,

⁴¹ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (85ª, 1997, Ginebra, Suiza,). Informe VI (1). Trabajo en Régimen de Subcontratación. Ginebra, Suiza, OIT. 1995. p.6.

que viene a complementar el motivo anterior, es uno de carácter histórico-práctico. La historia ha demostrado los problemas de insolvencia en que incurren los contratistas o la falta de condiciones de seguridad adecuadas en las faenas de la empresa principal, que están fuera de la posibilidad de control y solución por parte de la empresa contratista, situaciones que hacen necesario el establecimiento de responsabilidades especiales en materia de subcontratación para la empresa principal, tema al que nos abocaremos a lo largo de este trabajo.

- Subcontratación del trabajo: Es aquella que se da “cuando una empresa contrata con otra no la compra de determinados bienes o servicios, sino el suministro de trabajo, específicamente de trabajadores”⁴². Este tipo de subcontratación se expresa de distintas maneras, puede asumir, por ejemplo, “la forma de una relación comercial entre la empresa que utilizará los servicios efectivos del trabajo y una segunda empresa que presta el servicio de suministrar trabajadores, en principio, un servicio de colocación de empleo.”⁴³

El problema surge cuando este tipo de subcontratación opera de una forma distinta. La empresa principal busca, a través de la subcontratación del trabajo, contratar trabajadores, desligándose de las responsabilidades derivadas del establecimiento de una relación laboral. En este caso, el intermediario no se limita al acto de la colocación, sino que es él quien establece la relación laboral con los trabajadores, asumiendo los costos y obligaciones de la relación laboral, y suministra los trabajadores a la empresa usuaria quien entonces se sirve de la actividad laboral.

Pese a las distintas visiones y a la dificultad para establecer un concepto unitario de subcontratación, LÓPEZ parece encontrar un punto en común, y señala: “todos los autores se aproximan en sus definiciones a la idea de que el término

⁴² ECHEVERRÍA. Op. Cit. p.7.

⁴³ *Ibid.*

subcontratación hace referencia a una prestación de trabajo para una empresa, pero que se efectúa fuera de ella, o el vínculo original con el operario, que lo obliga a realizar el trabajo, es externo a la empresa y, por tanto, ella se beneficia con el trabajo pero no responde de las obligaciones propias del vínculo contractual”⁴⁴. Este autor agrega que la subcontratación se ha efectuado a través de dos vías, a las que denomina de la siguiente forma:

- Fórmula contractual de intermediación en la prestación de servicios: Bajo esta modalidad la subcontratación abarcaría “la modalidad de trabajo desarrollado mediante la intermediación de agencias de empleo temporal, ya que en este tipo de empleo el trabajador no tiene ninguna relación contractual con la empresa en la que desarrolla su actividad laboral. También incluye la utilización de mano de obra externa, mediante la intermediación de un contratista que introduce trabajadores permanentes en la empresa usuaria”⁴⁵. Este sería el sentido más propio de la subcontratación laboral.
- Modalidad de organización del trabajo, denominada externalización de funciones u “*outsourcing*”: Consiste en la “la delegación o transferencia de una función o actividad que tradicionalmente se ha desarrollado al interior de la empresa, hacia una fuente externa, lo que implica el traslado de las prestaciones de trabajo.”⁴⁶

ERMIDA y COLOTUZZO, clasifican los distintos sentidos que se le ha dado a la expresión subcontratación en 3 grandes grupos:

- Subcontratación en sentido amplísimo: “[...] se la identifica con la tendencia empresarial y productiva a realizar parte de sus actividades a través de otras

⁴⁴ LOPEZ, Diego. La Subcontratación y La Precarización del Empleo. Boletín Oficial Dirección del trabajo, 1996.P. 2. [En Línea]< www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-62199_bol_oct_96.pdf>. [Consulta: 15 Abril 2009]

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.* p.3.

unidades más o menos independientes”⁴⁷. Éste correspondería a un sentido más bien económico o sociológico.

- Subcontratación en sentido amplio: Se utiliza “para referirse a los diversos instrumentos jurídicos utilizados para tercerizar o descentralizar.”⁴⁸
- Subcontratación en sentido estricto: Entendida como “uno de los mecanismo jurídicos utilizados para descentralizar o tercerizar”⁴⁹

1.3.2 El concepto de la OIT de Subcontratación

Tampoco la concepción de una definición universal de subcontratación ha sido una tarea fácil para los organismos internacionales relacionados con el trabajo, en especial la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En la reunión nº 262 del Consejo de Administración, se decidió incluir a la subcontratación como el tema central de la 85ª Conferencia internacional del Trabajo. Basados en el trabajo realizado y las conclusiones a las que esta conferencia arribó, y pese a que el avance en el tema fue nulo, en conformidad con el artículo 39 del reglamento de la Conferencia, se envió a los Estados un proyecto de Convenio y un proyecto Recomendación referida a la subcontratación, para ser discutida en la 86ª Conferencia Internacional del Trabajo. Sin embargo, no fue posible arribar a un acuerdo y por tanto, a la aprobación de dichos documentos. Ello causó mucha extrañeza, ya que generalmente “la Agenda de la Conferencia resulta de una decisión del Consejo de Administración de la OIT, la que se toma casi siempre por consenso, y por lo general luego de debates y negociaciones que pueden prolongarse a lo largo de varios años. Aún cuando esto no prejuzga sobre el contenido que tendrán las normas internacionales que adoptará la Conferencia da motivos para pensar que si ha habido

⁴⁷ ERMIDA y COLOTUZZO.P.9

⁴⁸ Ibid.p.10

⁴⁹ Ibid

consenso para que el tema figure en la Agenda también lo habrá para que la Conferencia adopte las normas que se le habrán propuesto, aunque ello fuese al precio de arduas negociaciones y numerosas enmienda⁵⁰. En el informe V (2B) de la 86ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, se dan ciertas luces acerca de las razones de la dificultad de aprobar un instrumento internacional referido a la subcontratación: “los mandantes de la OIT entienden e interpretan de manera diferente varios asuntos importantes de carácter sustantivo, entre ellos, la definición de «trabajo en régimen de subcontratación», el alcance de los instrumentos propuestos y la terminología que ha de utilizarse⁵¹. BRONSTEIN, considera que, básicamente, existieron dos grandes dificultades para lograr adoptar una norma internacional relativa a la subcontratación: “En primer lugar, las respectivas posiciones estratégicas de los empleadores y los trabajadores frente a esta cuestión no hubieran podido ser más opuestas⁵², la segunda y más importante dificultad que se presentó a la Conferencia Internacional del Trabajo fue “la necesidad de definir un concepto jurídico de trabajo en régimen de subcontratación, que fuese lo suficientemente amplio para responder a toda la problemática que se deseaba abordar mediante la inclusión de este tema en su Agenda, pero también lo suficientemente preciso como para poder definir obligaciones susceptibles de aplicarse en todos los sistemas jurídicos de los Estados Miembros que componen la OIT⁵³. Ello es, sin duda, un requisito indispensable para que un Convenio internacional pueda ser ratificado y con posterioridad aplicado para tener real eficacia, toda vez que si el Estado tiene dudas acerca del contenido de las obligaciones a que se está comprometiendo, será difícil que adhiera al documento. AMEGLIO, por su parte, también considera que las causas que explican esta situación son dos: “a) aspectos idiomáticos relacionados con la expresión “trabajo en régimen de subcontratación” que tiene significados distintos, particularmente en francés y en

⁵⁰ BRONSTEIN. Op. Cit. p.2.

⁵¹ CONFERENCIA Internacional del Trabajo (86ª, 1996, Ginebra, Suiza). Informe V(2b). Trabajo en Régimen de Subcontratación. Ginebra, Suiza, OIT, 1998. p.2.

⁵² BRONSTEIN. OP. Cit. p.2.

⁵³ *Ibíd.* p.3.

inglés; y b) aún en países con sistemas jurídicos similares, el alcance de esta expresión difiere según la legislación interna aplicable en los mismos”⁵⁴.

Pese a los múltiples esfuerzos empleados, en el año 2003 la OIT abandonó el intento por establecer un instrumento internacional referido al trabajo de subcontratación y optó por reconducir sus esfuerzos para la lograr la protección efectiva de los trabajadores que, producto de las transformaciones ocurridas en el mundo del trabajo, quedan fuera de la protección del derecho laboral clásico, centrandó su esfuerzo en la adopción de instrumentos internacionales abocados a la idea de relación de trabajo, por ser este un concepto común a todos los sistemas y tradiciones jurídicas del mundo⁵⁵. Siguiendo esta línea de acción, el 15 de Junio de 2006, se adoptó la Recomendación 198 sobre relación de trabajo, que tuvo como objetivo evitar la creciente tendencia a reemplazar el contrato de trabajo por contratos de naturaleza distinta de aquel con el fin de negar derechos a los trabajadores y evadir la protección del Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo de la OIT. La importancia de esta recomendación para la subcontratación y la relaciones triangulares se ve reflejada en que ésta, “subraya la necesidad de protección de todos los trabajadores, postula el principio de primacía de la realidad y –consecuentemente-, de la indiferencia de la clasificación jurídica que las partes hagan del negocio que las vincula, así como ratifica la necesidad de luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, y promueva la eliminación de las disposiciones nacionales que supongan incentivos al uso de formas encubiertas de relación de trabajo, todo lo cual es de indiscutible y provechosa aplicación a las relaciones triangulares”⁵⁶.

Tal como hemos señalado, la OIT debió enfrentar el problema de la ausencia de un concepto universal de subcontratación en sus intentos por regular esta institución.

⁵⁴ En: ERMIDA y COLUTZZO. p.31.

⁵⁵ CONFERENCIA Internacional del Trabajo (95ª, 2006, Ginebra, Suiza). Informe VI(1). La Relación de Trabajo. Ginebra, Suiza, OIT, 2006 . p.4. En el mismo sentido, LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op. Cit. Infra p.5.

⁵⁶ ERMIDA Y COLOTUZZO. p.38.

Al igual que muchos autores, la OIT establece dos tipos principales de subcontratación, que denomina:

- Subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios: Corresponde a la situación en que “una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos.”⁵⁷
- Subcontratación de mano de obra: se presenta cuando “el objetivo único o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra [...] por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere”⁵⁸.

Pese a esta clasificación, la OIT ha hecho presente que existen diversas modalidades de relaciones contractuales que no pueden clasificarse dentro de estas categorías o que poseen característica de ambas. Por tanto, tampoco esta clasificación podía dar cuenta de todas la variante del fenómeno de la subcontratación.

Sin duda, el más claro intento de la OIT para dar un concepto unitario de subcontratación, es la propuesta de definición de trabajo en régimen de subcontratación contenida en el proyecto de Convenio sobre Subcontratación, y complementada con el proyecto de Recomendación, que, como ya hemos señalado, no pudo ser aprobado. La definición de trabajo en régimen de subcontratación, se encuentra en el artículo 1º del Proyecto de Convenio:

“Artículo 1: A efectos del presente Convenio:

⁵⁷ CONFERENCIA Internacional del Trabajo(85). Informe VI(1). Op. Cit. p.7.

⁵⁸ *Ibid.* p. 7.

a) la expresión «trabajo en régimen de subcontratación» designa todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como «empresa usuaria») por una persona (designada como «trabajador en régimen de subcontratación»), cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto a la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, y cuando:

i) el trabajo se realiza con arreglo a un acuerdo contractual directo entre el trabajador en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, distinto de un contrato de trabajo, o

ii) el trabajador en régimen de subcontratación es puesto a disposición de la empresa usuaria por un subcontratista o un intermediario;

b) el término «subcontratista» designa a una persona física o jurídica que se compromete a asegurar la realización de un trabajo para una empresa usuaria en virtud de un acuerdo contractual celebrado con ésta;

c) el término «intermediario» designa a una persona física o jurídica que pone a disposición de una empresa usuaria trabajadores en régimen de subcontratación, sin adquirir formalmente la calidad de empleador de esos trabajadores”.

La definición propuesta por la OIT es, a lo menos confusa. En ella se consideran dos posibles modalidades de trabajo de subcontratación que compartirían ciertas características comunes:

- Realización por parte de un trabajador en forma personal de un trabajo para una persona física o jurídica denominada empresa usuaria.
- El trabajo debe realizarse por el trabajador en condiciones de subordinación o

dependencia efectivas respecto de la empresa usuaria.

En la primera de las modalidades se agrega a las características señaladas la existencia de un acuerdo contractual directo entre el trabajador y la empresa usuaria, distinta del contrato de trabajo. No compartimos la idea de SOTO de que la modalidad de subcontratación establecida por el punto I del artículo 1 del proyecto de convenio corresponda a la denominada subcontratación de la producción de bienes o prestación de servicios⁵⁹. Ello, porque hace expresa mención a la existencia de un acuerdo contractual directo entre el trabajador y la empresa usuaria, situación que no se da en la subcontratación de bienes o servicio, toda vez que en esta figura de triangulación laboral, no existe una relación directa entre trabajador y empresa usuaria, sino entre éste y la empresa contratista, y entre la empresa contratista y la empresa usuaria. Podríamos estar ante la modalidad descrita en el punto I del artículo 1 en los casos, por ejemplo, en que la empresa usuaria establece un contrato de prestación o arrendamiento de servicios con un trabajador y, sin embargo, entre ellos existe una relación de subordinación o dependencia. Esta hipótesis se usa por las empresas para rebajar costos, a través de la re-contratación de trabajadores que fueron dependientes suyos, a través de contratos de prestación de servicios. Así, un trabajador que era conductor de uno de los camiones de una empresa, pasa a prestar servicios de transportista a la empresa, realiza la misma labor, pero ya no existen obligaciones derivadas de la existencia de la relación laboral.

La modalidad contemplada en el punto II del artículo 1º del proyecto de convenio, tiene como elementos constitutivos, como señalamos, la realización de un trabajo en forma personal por parte de un trabajador para una empresa usuaria, en condiciones de subordinación o dependencia de ésta, y además este trabajador es puesto a disposición de la empresa usuaria por un contratista o un intermediario. A fin de tener un acertado entendimiento del precepto, es necesario recurrir a los conceptos de contratista e intermediario, contenidos en las letras b y c del citado artículo. Si bien,

⁵⁹ SOTO, Alejandro. El Trabajo Prestado en Régimen de Subcontratación y en Empresas de Servicios Transitorios a la luz de la Nueva Legislación Laboral. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. p.33.

en principio, podríamos decir que en ella se recoge la denominada subcontratación de mano de obra, en que la empresa usuaria contrata con otra empresa la provisión de trabajadores, siendo la última la que mantiene una relación laboral con ellos, especialmente porque se utiliza en la redacción del punto II la expresión “puesto a disposición”, señal clara de esta modalidad. Sin embargo, teniendo en consideración la definición de contratista contenida en la letra b del artículo 1º, y la redacción del punto II del mismo, podría sostenerse que también la subcontratación de la producción estaría recogida en esta modalidad. El artículo define al contratista como una persona que se compromete a realizar, en virtud de contrato, un trabajo para la empresa usuaria, lo que corresponde a la figura de la subcontratación laboral. Por su parte, el punto II habla de que el trabajador es puesto a disposición de la empresa usuaria por el contratista, lo que se puede interpretar como que pasa a desempeñar un trabajo en la empresa principal, en virtud del acuerdo que ésta tiene a su vez con la empresa contratista, que sería, a su vez, quien tiene una relación laboral con el empleador.

Como hicimos notar, la redacción del artículo 1 del proyecto de Convenio sobre subcontratación de la OIT, pese a los esfuerzos involucrados en su elaboración, no es del todo feliz.

Consideramos que gran parte de esta dificultad de establecer un concepto unitario de subcontratación, se debe, tal como lo ha hecho presente los profesores LIZAMA y UGARTE⁶⁰, a una confusión tanto de la doctrina, como de la OIT. Como hemos podido reparar, dicho concepto se utiliza para denominar una serie de prácticas, que puede decirse pertenecen al fenómeno de la triangulación laboral, en especial la subcontratación de la producción y del trabajo. Sin embargo, estos conceptos corresponden a dos instituciones distintas, a saber la subcontratación y el suministro de trabajadores.

Sostenemos que nos encontramos ante un caso de subcontratación propiamente tal, cuando estamos frente a la situación en que “una empresa, dueña de

60 LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op. Cit. p.9.

una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido”⁶¹, es decir la denominada por parte de la doctrina y la OIT como subcontratación de la producción.

Por otra parte, nos encontramos frente a un suministro de trabajadores en el caso en que “un trabajador se obliga ante su empleador a prestar servicios para un tercero, por un periodo transitorio, en las condiciones y por el tiempo que aquel le señale”⁶², fenómeno denominado por la doctrina como subcontratación del trabajo dado.

Distinguir entre ambas instituciones no responde a un mero capricho. La importancia de esta distinción radica, a nuestro juicio, en que en ambas instituciones los problemas a los que se enfrentan los trabajadores son distintos, como lo hacen presente los profesores LIZAMA y UGARTE⁶³. En la subcontratación, los problemas a los que deben hacer frente los trabajadores pasan por “el cumplimiento efectivo de la legislación existente, especialmente de la responsabilidad de la mandante o empresa principal, y en la equiparación de las condiciones salariales entre estos trabajadores y los que están directamente contratados por la empresa dueña de la obra”⁶⁴. Por su parte, en el suministro de trabajadores los problemas se refieren principalmente a “determinar quién será el empleador, y respecto de quién se ejercerán los derechos y

⁶¹ UGARTE, José Luis. Sobre Relaciones Laborales Triangulares. *Ius et Praxis* [en línea], 12(1): sp, 2006. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100002&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 17 de marzo de 2009].

⁶² LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op.Cit. p.5.

⁶³ *Ibid.* p. 10.

⁶⁴ LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 10.

créditos laborales de los trabajadores suministrados”⁶⁵. Su diferenciación permite darle una mejor solución a estos problemas.

Con la dictación de la ley 20.123, el problema del concepto de la subcontratación parece haber sido superado en Chile, toda vez que esta ley define en el artículo 183-A la subcontratación como aquél trabajo “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”. Por otra parte, si bien no se establece un concepto expreso del suministro de trabajadores, sobre la base de la definición de trabajador de servicios transitorios establecida en el artículo 183-F, podemos señalar que nos encontraríamos ante un caso de suministro de trabajadores cuando un trabajador celebra un contrato con una empresa de servicios transitorios, para ser puesto a disposición y prestar servicios a una o más empresas usuarias de aquélla. De este modo, el legislador, en nuestra opinión de manera acertada, diferencia la subcontratación y el suministro de trabajadores, al que denomina puesta a disposición de trabajadores, tratándolos en forma separada en diferentes párrafos y estableciendo una regulación distinta para cada figura, lo que facilita una adecuada resolución de los distintos problemas a los que, como hemos señalado, cada una da origen.

1.4 Los Elementos De La Subcontratación En La Ley 20.123

Una vez determinado el concepto de subcontratación que utilizaremos, haremos un análisis de los elementos que la conforman.

⁶⁵ *Ibid.*

Siguiendo la estructura de LIZAMA y UGARTE⁶⁶, podemos señalar como elementos del trabajo en régimen de subcontratación, los siguientes:

1.4.1 Existencia de un acuerdo contractual entre la empresa principal y la contratista o subcontratista.

Este acuerdo contractual tiene como objeto la ejecución de una obra determinada o la prestación de algún servicio específico. Sin embargo, el acuerdo nunca puede constituir la cesión directa de mano de obra, de lo contrario nos encontraríamos con la figura del suministro de trabajadores y no con la de subcontratación en sentido estricto. Además, esta obligación será siempre una obligación de hacer y una obligación de resultados.

Cabe destacar, que para que exista subcontratación no es necesario que la empresa que solicita el servicio o la ejecución de la obra sea la destinataria final, ya que nuestra legislación permite configurar relaciones de subcontratación en cadena, de modo que es lícito que la empresa principal encargue una obra a una empresa contratista y que ésta, a su vez, contrate la obra o parte de ella a otra empresa, denominada subcontratista y así sucesivamente.

1.4.2 La empresa contratista o subcontratista debe actuar por su cuenta y riesgo.

Esto implica que la empresa contratista o, en su caso, la subcontratista, debe, en primer lugar, desarrollar una actividad propia y específica, en segundo lugar, debe tener en su haber los medios materiales y humanos que requieran para cumplir con su obligación. Por último, correrán por su cuenta todos los riesgos que traiga consigo el desarrollo de su actividad, la que además deberá dirigir, organizar y controlar, teniendo siempre en cuenta que la labor de empleador recae en su persona.

1.4.3 Las obras o servicios deben tener carácter permanente.

⁶⁶ LIZAMA, L. y UGARTE J. Op. Cit. pp. 19-33

Es decir, las obras encargadas no deben ser de aquellas que se realizan esporádica u ocasionalmente. Con esto se busca excluir de la figura de la subcontratación actividades como reparación de maquinarias, soporte técnico, etc.

1.4.4. Los servicios u obras contratadas deben ejecutarse o realizarse en la empresa principal.

No está claro en la doctrina cómo debe interpretarse la expresión “en la empresa”. Una primera interpretación posible es señalar que la expresión “en” indica un lugar físico específico, es decir, literalmente dentro de las dependencias de la empresa principal⁶⁷. Una segunda interpretación es la que ha realizado la Dirección del Trabajo cuando resuelve que “estaremos en presencia de trabajo subcontratado, en tanto se trate de actividades pertenecientes a la organización de la empresa principal, aún cuando los trabajos, tareas o labores que implique la ejecución de la o las obras o servicios, se desarrollen en recintos o instalaciones ajenos a la empresa principal, dueña de la respectiva obra, empresa o faena”⁶⁸. Por último, cabe una tercera interpretación, más extensiva que las anteriores, según la cual “la circunstancia que determina la existencia del trabajo en régimen de subcontratación a partir del examen de la preposición “en” tendrá que ver con la intervención del contratista o subcontratista en algún proceso productivo de la empresa, con independencia del lugar donde se presten los servicios”⁶⁹.

1.4.5 La empresa principal que encarga la construcción de edificaciones por un precio único prefijado no debe ser una persona natural.

Esta disposición debe ser entendida en sentido estricto, es decir, la empresa principal se liberará de las obligaciones que implica el régimen de subcontratación sólo si es una persona natural que ha contratado con una empresa contratista la

⁶⁷ PALAVECINO, C. Op. Cit. pp. 36-38

⁶⁸ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario nº 141/5,10.01.2007.

⁶⁹ LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op Cit. p. 22.

construcción de una edificación por un precio único y prefijado. Es importante recalcar esto, pues existen autores que consideran que la excepción debe aplicarse a toda persona natural que subcontrate a otra empresa. Sin embargo, si atendemos a la definición de empresa que da el artículo 3º del Código del Trabajo, es decir, que se entenderá por empresa “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”, no podremos sino interpretar que el vocablo “empresa” no excluye en ningún caso a las personas naturales, de manera que no es en esta expresión en donde se debe poner el acento en la salvedad que establece el artículo 183-B, sino que en el hecho de estarse contratando la construcción de una edificación por un precio único y previamente establecido.

1.4.6 La persona natural contratada laboralmente debe ser dependiente o debe estar subordinada a la contratista o subcontratista.

Es decir, la empresa contratista debe ser la empleadora del trabajador subcontratado. Esto implica que, al igual que en una relación clásica de trabajo, para determinar si se cumple o no el requisito, debemos atender al concepto de subordinación o dependencia, es decir, “la dirección que un sujeto de derecho, denominado el empleador, efectúa de la actividad que coordinadamente ejecuta otro para él, quien se incorpora en forma continuada a la esfera productiva que controla el primero, lo que se manifestará en un conjunto de indicios vinculados más que a hechos físicos y espaciales [...] a determinados rasgos de la cooperación mutua entre las partes”⁷⁰.

Este elemento constituye la diferencia principal entre la subcontratación en sentido estricto y el suministro de trabajadores.

⁷⁰ LIZAMA, L. Y UGARTE, J. Op. Cit. p. 28.

1.5. Sujetos De La Subcontratación

Como ya hemos establecido, cuando hablamos de subcontratación nos estaremos refiriendo a aquellas “relaciones que se establecen entre dos empresas en donde una encarga a otra (o contrata con otra) la producción de etapas, de partes o de partidas completas de la producción de bienes o la prestación de determinados servicios que la segunda empresa se compromete a llevar a cabo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos”⁷¹.

Es esta una figura compleja, en la que participan, a lo menos, tres sujetos distintos que convergen en una relación triangular de trabajo, es decir, “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”⁷².

Parte de la problemática jurídica de la subcontratación es la identificación de cuándo una relación triangular corresponde a la figura que estamos analizando o cuando no lo hace. Tanto en la discusión doctrinaria como en la jurisprudencial, la pregunta por los sujetos de la subcontratación ha sido crucial al momento de definir si estamos o no en presencia de esta vinculación jurídica en particular y, por ende, si es o no aplicable la legislación laboral específica.

En atención a lo anterior, realizaremos una revisión de cada uno de los sujetos relacionados en la subcontratación, intentando delimitar un concepto de cada uno de ellos.

1.5.1 La empresa principal.

También llamada empresa mandante, es aquella empresa que contrata a otra

⁷¹ ECHEVERRÍA, M, Op. Cit. p. 6-7

⁷² UGARTE, J. Op. Cit. sp.

con el objeto de encargarle una determinada obra o servicio que se realizará en sus dependencias bajo cuenta y riesgo de la empresa contratada.

¿Quiénes pueden constituirse como empresa principal? En estricto rigor, la ley no establece más limitaciones en cuanto a quienes pueden considerarse empresa principal que la de la persona natural que encarga la construcción de una edificación por un precio único prefijado (artículo 183-B, inciso final). Por lo tanto, lo relevante aquí, más que la calidad de la persona que se constituye como empresa principal, es que ésta empresa es un tercero ajeno a la relación laboral jurídicamente considerada. En términos legales, la empresa principal no tiene ninguna relación laboral con los trabajadores subcontratados, por lo tanto, no puede ejercer en ningún grado el poder de control y mando que caracteriza a la figura del empleador, o, dicho de otro modo, los trabajadores que realizan la obra o servicios subcontratados no pueden tener ningún grado de subordinación y dependencia con la empresa principal.

De acuerdo a la ley 20.123, la empresa principal puede ser una persona natural o jurídica. Toda vez que la ley no distingue, ésta podría ser ya una persona jurídica de derecho privado, ya una de derecho público. Sin embargo, existen áreas en donde el tema no es pacífico. Es el caso, por ejemplo, de las obras licitadas por Municipalidades o por empresas del estado o el caso de las concesiones.

Dos líneas argumentativas han sido utilizadas por las Municipalidades para eximirse de la responsabilidad que atañe a la empresa principal en la subcontratación. En primer lugar, las Municipalidades señalaban que la ley de subcontratación no les era aplicable, pues ellas eran meras administradoras de los bienes en que se desarrollaban las obras encargadas y no dueñas de éstos. En segundo lugar, las Municipalidades señalaban que ellas no constituían una empresa, sino que eran organismos de derecho públicos encargados de la administración comunal.

Ante estos argumentos, los tribunales de primera instancia, así como las Cortes de Apelaciones, acogieron la tesis de la Municipalidad, señalando que debía aplicarse un estatuto jurídico distinto a los artículos 64 y 64 bis (y posteriormente a la ley de

subcontratación), como lo es la Ley Orgánica de Municipalidades. Sin embargo, la Corte Suprema revocó estas decisiones, señalando que las áreas verdes de las comunas son parte de aquellas denominadas bienes nacionales de uso público. La ley 18.695 dispone en su artículo primero que la administración de cada comuna o agrupación de ellas (según determine la ley) corresponderá a la Municipalidad. El artículo 3º de la misma ley asigna a la Municipalidad la función de velar por el aseo y ornato de la comuna. Por otra parte, el artículo 5º letra c) establece que para el cumplimiento de sus funciones, la Municipalidad podrá administrar los bienes de uso público que se ubiquen en su territorio y el artículo 6º las faculta para establecer los contratos necesarios a fin de llevar a cabo sus funciones. Es en ejercicio de estas facultades que las Municipalidades establecen el contrato con la empresa contratista y convienen con ella la ejecución de determinadas obras. De esto, en opinión de la Corte, de acuerdo a lo expresado en su fallo Rol 3619-2000 de 28 de Noviembre de 2000, se sigue que, para los efectos del artículo 64 del Código del Trabajo, la Municipalidad debe ser considerada como dueña de las obras o trabajo de mantención de áreas verdes, independientemente de que éstas áreas sean bienes nacionales de uso público. Además, según la misma Corte, de acuerdo a la legislación laboral, empresa es toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada (artículo 3º del Código del Trabajo) y que por lo tanto, la Municipalidad, en tanto dueña de la empresa (entendida en este sentido) que contrató a la empresa contratista para la ejecución de la obra es responsable subsidiaria en los términos del artículo 64 del Código del Trabajo⁷³.

El mismo camino, a través de las diferentes instancias, siguió el fallo Rol 2288-2004, finalizando con una argumentación similar a la anterior en casación.

Los argumentos de la Corte Suprema, esgrimidos en el contexto de la aplicación del artículo 64 y 64 bis, esto es, previo a la vigencia de la ley 20.123, valen también para la aplicación de la nueva ley de subcontratación. Cabe mencionar que,

73 Corte Suprema, Casación, Rol 3619-2000, de 28 de noviembre de 2000.

aunque las municipalidades continúan utilizando la misma argumentación en sus contestaciones, los tribunales de primera instancia han hecho suyo el argumento de la Corte Suprema respecto de los bienes nacionales, asunto que en los últimos fallos ya no se controvierte. Lo mismo sucede con la capacidad jurídica de los Municipios de constituirse en empresas principales. Así, por ejemplo, en el caso analizado en el fallo Rol 1913-2008⁷⁴, en donde la Municipalidad controvierte su calidad como empresa principal responsable ya sea solidaria o subsidiariamente, argumentando que las Municipalidades en general no detentan jurídicamente la calidad de empresa, el tribunal de primera instancia (decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones) rechazó los argumentos del demandado subsidiario, es decir, la Municipalidad, señalando que la nueva ley de Subcontratación hace referencia a una tercera persona natural o jurídica, sin distinguir si se trata de una persona de derecho privado o público, por lo que no habría razón para sostener que la ley de subcontratación no es aplicable a las municipalidades.

En nuestra opinión, al momento de calificar a la empresa principal como tal, debe ponerse el acento en los servicios o faenas subcontratadas, en quién las encarga y a quién beneficia, más que en la propiedad estricta del bien en que se desarrolla la faena y en el estatus jurídico formal que tenga la persona que lo encarga. Así también lo ha considerado la jurisprudencia, aún con anterioridad a la nueva ley de subcontratación, cuando en el fallo Rol 4355-2002 ha señalado que CODELCO Chile, División El Teniente, es responsable por las obligaciones adeudadas a los trabajadores que laboraban en una obra de vialidad realizada sobre un bien nacional de uso público. Para llegar a esta conclusión, tuvo en consideración el hecho de que “Codelco no sólo se ha limitado a financiar la obra y a controlarla, sino que además, se trata de un proyecto que responde a su necesidad de trasladar el ácido sulfúrico desde sus instalaciones, por vías seguras dado el contenido de lo trasladado y de alto estándar, cuestión ésta que siendo una exigencia ambiental para la empresa estatal, es en

74 Corte Suprema, Casación, Rol 1913-2008, de 8 de mayo de 2008.

definitiva desarrollada a su cargo y bajo su dirección, en bienes nacionales de uso público (...)⁷⁵

Por otra parte, respecto a la esencia de una empresa como empresa principal, la Corte Suprema consideró que “es dable sustentar que el legislador ha querido referirse, al emplear en el artículo 64 del Código del ramo, las expresiones "contratista" o "subcontratista", a aquellas entidades que colaboran en la obtención de los fines propios de una empresa, es decir, a las organizaciones que tienden, con su actividad, a hacer más eficiente y expedito el logro del fin empresarial. En efecto, una unidad económica que persigue un fin productivo, puede, en determinadas condiciones, ante la ausencia o frente a los requerimientos técnicos específicos del mercado, precisar de la colaboración de otras organizaciones que se encuentren en situación más adecuada y óptima de brindarla para conseguir el fin proyectado” y que, por tanto, “asentado tal criterio, es de toda lógica concluir que, en la especie, la concedente -la que se ha lucrado o beneficiado con los servicios prestados por los demandantes- debe resultar responsable subsidiariamente de las obligaciones laborales y previsionales que asumió la concesionaria con los trabajadores por ella contratados. No obsta a ello el hecho que la demandada principal haya contratado por su exclusiva cuenta a los actores, ya que obtuvo, en su momento, beneficios patrimoniales de los servicios desarrollados y se ha tratado, en fin, de proteger los derechos laborales que asisten a los demandantes”⁷⁶

La Corte de Apelaciones de Santiago, por otra parte, es clara al señalar que al momento de adjudicar responsabilidad, prima las condiciones reales de contratación más que las formales. Así se deduce de lo resuelto en el caso de un litigio respecto a un contrato de concesiones de la empresa COPEC, cuando señala que “de lo reseñado precedentemente se colige que el contrato principal celebrado entre la demandada principal y la demandada subsidiaria, la primera ha quedado obligada a prestar los servicios en exclusividad en lo que se refiere a los productos Copec, sin que

⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 4355-2002, de 05 de mayo de 2003. Considerando decimo.

⁷⁶ Corte Suprema, Casación, Rol 4877-2001, de 2 de Mayo de 2002. considerandos noveno y décimo.

pueda incluso utilizar las instalaciones para destinarlas otros de origen distinto; que la actividad de comercialización debe sujetarse a las normas contenidas en los manuales que la cedente le ha proporcionado; que ésta tenía las facultades de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la concesionaria; que ha debido cumplir con las obligaciones relativas al uso de los distintivos de Copec, tanto en las instalaciones físicas como en los productos; y finalmente que la comercialización ha debido sujetarse a los listados de precios proporcionados por Copec.” y “Que en tales condiciones, se cumple la hipótesis contenida en los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, desde que Copec ha tenido la calidad de dueña de la obra, faena o empresa como se ha entendido por los tribunales superiores de justicia (Excelentísima Corte Suprema, casación 5529-2004), por lo que ha debido declararse la responsabilidad subsidiaria que la ley le asigna, debiendo en su caso responder de las obligaciones laborales y previsionales sin distinción, toda vez que los citados artículos no lo hacen.”⁷⁷

1.5.2 La empresa contratista y la empresa subcontratista.

Es aquella empresa contratada por la empresa mandante, en el caso de la empresa contratista, o por esta última en el caso de la subcontratista, y que se ha obligado, como contraprestación de un precio, a realizar determinada obra o servicio para la empresa principal, bajo su propia cuenta y riesgo, lo que implica que utiliza instrumentos, materiales y personal propio.

Al igual que en el caso de la empresa principal, la ley no distingue entre la calidad del sujeto que puede constituirse como empresa contratista, por lo tanto, no habría problema en que lo fuera tanto una persona natural como una persona jurídica.

Una interpretación literal del artículo 183-A, nos muestra que el elemento definitorio del contratista es, como su nombre lo indica, el contrato que lo liga con la

⁷⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 2823-2006, de 14 de Marzo de 2007. Considerandos octavo y noveno.

empresa principal. En el fondo, la esencia de un contratista es el haberse obligado a prestar determinada obra o servicio a otra empresa. Además, la obra o servicio encargado debe ser realizada por su propia cuenta o riesgo. Lo que implica que el contratista debe “asumir las responsabilidades y los riesgos propios del desarrollo de la gestión empresarial”⁷⁸, así como “organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo las funciones inherentes a su condición de empleador”⁷⁹. Esto último es muy relevante y constituiría el segundo elemento definitorio, ya que es lo que diferencia al contratista de otras figuras jurídicas similares, como por ejemplo, de quien arrienda un servicio.

En teoría, esta empresa no tiene ningún grado de dependencia con la empresa principal, ya que si así lo hubiera, se confundiría la institución con la de un contrato de trabajo. Por esto, el vínculo entre la empresa contratista y la empresa principal será siempre de naturaleza mercantil o civil, nunca laboral, y en condiciones de autonomía de ejecución de la obra o servicios, con la fiscalización natural de un contratante que encarga un servicio a otro.

1.5.3 El trabajador subcontratado

El trabajador subcontratado, en teoría, tiene las mismas obligaciones y derechos que cualquier trabajador. Se rige por el estatuto laboral común, con la sola diferencia de que, en su caso, se aplican además las normas especiales de subcontratación, en atención a la vulnerabilidad de sus condiciones laborales.

Se diferencia de los trabajadores que laboran en el régimen tradicional, porque son trabajadores que, a pesar de trabajar para un empleador determinado, laboran en la obra o faena de otra persona con la cual no existe vínculo alguno de subordinación y dependencia. En otras palabras, la organización productiva global para la que trabajan pertenece a un tercero que no es su empleador y de quién no reciben órdenes ni

⁷⁸ LIZAMA L. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 20.

⁷⁹ *Ibid.*

fiscalización directa. Y, por lo tanto, el empleador directo no tiene el control total del área en donde los trabajadores subcontratados laboran, pudiendo verse disminuidas, por ejemplo, las condiciones de seguridad e higiene.

Respecto de quienes pueden ser considerados trabajadores subcontratados hay un asunto que ha generado cierta polémica en doctrina y en la jurisprudencia: Cuando la ley habla del trabajo realizado por un trabajador para una empresa contratista que ha contratado la prestación de un servicio con 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” ¿cómo debe ser entendida la expresión “en” que usa el legislador cuando habla de la faena en la que se desarrollan los servicios?

Según parte de la doctrina⁸⁰, la expresión “en” indica el elemento locativo de la subcontratación. De acuerdo con esta postura, sólo cabe asignar responsabilidad solidaria o subsidiaria a la empresa principal respecto de los trabajadores de su contratista o subcontratista que laboren dentro sus faenas geográficamente consideradas, es decir, “el contrato de obra o de servicio relevante, a efectos de la imputación de responsabilidades entre las partes que lo celebran, es aquel cuya ejecución debe materializarse en un espacio físico cuyo dominio, posesión o mera tenencia corresponde a la empresa principal”⁸¹. Para quienes sostienen esta postura, el legislador al establecer el artículo 183-A de la manera en que lo hizo, ha tomado una opción político-laboral que “determina que las obras o servicios contratados por la empresa principal, cuya ejecución se llevará a cabo fuera de dicho espacio físico, se configuren como una subcontratación atípica o impropia y queden, por tanto, excluidos del régimen de responsabilidades con que la ley grava la subcontratación típica”⁸².

⁸⁰ En este sentido PALAVECINO Op. Cit.

⁸¹ PALAVECINO, C. Op. Cit. p. 36

⁸² *Ibid.*

Por otra parte, para la Dirección del Trabajo, “lo verdaderamente sustancial en este aspecto es que la empresa principal sea la dueña de las respectivas obras o faenas en las que deban desarrollarse los servicios o ejecutarse las labores subcontratadas, independientes del lugar físico en las que éstas se realicen”⁸³.

Sin embargo, existen otros autores que sostienen que tanto el elemento locativo como el de la propiedad de la obra o faena deben ser complementados con el criterio del proceso, es decir, existirá trabajo en régimen de subcontratación cuando el contratista o subcontratista haya intervenido en algún proceso productivo de la empresa con independencia del lugar donde se presten los servicios⁸⁴.

En nuestra opinión, un trabajador será subcontratado, como señalan LIZAMA y UGARTE, en tanto su trabajo sea parte del proceso productivo de la empresa principal, independientemente de si las labores se realizan o no en los recintos de la empresa, en el horario de funcionamiento de la empresa, etc. En este punto, nos parece relevante hacer notar que el elemento esencial para determinar la existencia de una relación de subcontratación, es la constatación de un aprovechamiento por parte de la empresa mandante para su proceso productivo de la labor de un trabajador de la contratista. De esta manera lo ha entendido también la jurisprudencia judicial cuando analiza el caso de los trabajadores que no laboran directamente en el lugar en que se encuentra la empresa principal, como es el caso, por ejemplo, del personal que realiza funciones administrativas. Así, la Corte de Apelaciones de Copiapó señala que “el hecho de que las demandantes se desempeñaran para don Jorge Navea Domínguez en labores administrativas, como aparece de sus contratos de trabajo, no afecta en nada su derecho a perseguir la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, en este caso el SERVIU Región de Atacama, toda vez que el artículo 64 del Código del Trabajo no hace distinción alguna al respecto ni puede aceptarse que la protección esté dada únicamente para quienes se desempeñan en labores de albañilería y tampoco exige la norma que sus tareas se presten exclusivamente en la

⁸³ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario nº 141/5,10.01.2007.

⁸⁴ LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op. Cit. pp. 22-23

obra, empresa o faena, como alega el recurrente, estando demostrado con sus propios contratos de trabajo que las demandantes si prestaron servicios en las obras⁸⁵. Por otra parte, el tribunal de primera instancia en el fallo Rol 1553-2003 (rol de la Corte Suprema), consideró que si se ha demostrado que la empresa contratista sólo prestaba servicios al demandado subsidiario, podemos decir que su personal administrativo trabajaba para las faenas de la principal, independientemente de que haya o no trabajado en las mismas y que por tanto, a la empresa principal le cabía responsabilidad por las obligaciones impagas de los trabajadores administrativos de la contratista.

1.6 Naturaleza Jurídica De La Responsabilidad De La Empresa Principal En La Subcontratación.

Previo a analizar la naturaleza de la responsabilidad de la empresa principal en el ámbito de la subcontratación, se hace necesario hacer una revisión general del sistema de responsabilidad civil chileno.

1.6.1 Concepto jurídico de responsabilidad

Nuestro sistema jurídico contempla responsabilidades de entidades muy distintas. No hablaremos aquí de la responsabilidad penal o de la responsabilidad administrativa, pues estas son responsabilidades que se establecen en relaciones publico-privadas. Nos restringiremos a analizar aquellas responsabilidades que surgen de la relación de un privado con otro, ya que esta es la forma que toman las relaciones de subcontratación.

85 Corte de Apelaciones de Copiapó, Apelación, Rol de ingreso a la Corte Suprema 852-2003, de 20 de enero de 2003.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, responsabilidad es una “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”. De acuerdo a lo anterior, podríamos decir que el concepto de responsabilidad corresponde a la idea de una obligación o de un deber incumplidos, cuyas consecuencias deben ser reparadas, ya sea por el sujeto que ha incumplido el deber u obligación o por un tercero que la ley determine como responsable. Estas consecuencias, identificadas técnicamente como “daño”, son, en términos generales, la condición esencial de la existencia de responsabilidad civil, pero, al mismo tiempo, son el objeto de la acción de responsabilidad, ya que ésta persigue, precisamente, que el sujeto jurídicamente responsable repare esos daños, ya sea indemnizándolos en dinero o realizando lo necesario para restituir a la víctima a la situación anterior a los perjuicios causados⁸⁶.

Una vez definido el concepto de responsabilidad, procederemos a analizar las diversas responsabilidades reconocidas por la doctrina, para así determinar en cuál de ellas cabe considerar la responsabilidad del mandante en las relaciones de subcontratación.

1.6.1.1. Responsabilidad Civil

1.6.1.1.1 Responsabilidad Contractual.

El Código Civil chileno no reglamenta en ningún artículo una institución llamada responsabilidad contractual. Por el contrario, ésta es una categoría doctrinaria construida a partir del título XII del Libro IV de nuestro Código, es decir, aquel que establece las normas “Del Efecto de las Obligaciones”. Sobre la base de este articulado, la doctrina ha establecido que la responsabilidad civil contractual es aquella que nace del incumplimiento de un contrato y que consiste principalmente en el cumplimiento por equivalencia e indemnización de perjuicios. Para la doctrina que

⁸⁶ Ver BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007. pp. 15-16.

apoya este concepto, del título XII podemos inferir que “la infracción a la fuerza obligatoria del contrato genera para el acreedor de la obligación incumplida el derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios, salvo que pueda justificarse por la concurrencia de la fuerza mayor o caso fortuito”⁸⁷. Sin embargo, un sector de la doctrina considera que el ámbito de la responsabilidad contractual sobrepasa las obligaciones estrictamente contractuales. Así, según ALESANDRI Y SOMARRIVA (en la actualización de Vodanovic)⁸⁸, la responsabilidad civil contractual es aquella que nace del incumplimiento de una relación jurídica preestablecida. De acuerdo a estos autores, es relevante hacer hincapié en lo anterior, ya que el vocablo “contractual” puede inducir a equívocos, como el de considerar que sólo cabría esta responsabilidad cuando no se observaran las cláusulas de un contrato en sentido estricto, en circunstancias que en realidad, la responsabilidad contractual tendría un campo de aplicación mucho más amplio, incluyendo, por ejemplo, la que deriva del incumplimiento de una promesa unilateral o el de un agente oficioso.

Así las cosas, e independientemente de cuál sea nuestra posición al respecto, para que se constituya responsabilidad contractual “[d]ebe verificarse un hecho imputable al deudor, la mora, un daño, y el vínculo causal”⁸⁹, además, claro está de la relación jurídica preexistente al momento del incumplimiento, que, de acuerdo a la posición que tomemos, podrá ser ya sólo un contrato en sentido estricto, ya cualquier relación preestablecida de la que derive una obligación.

¿Por qué la responsabilidad del dueño de la obra no sería una responsabilidad civil contractual? En primer lugar, cabe destacar que el derecho civil en general y el derecho de los contratos en particular, es el derecho de la autonomía de la voluntad por excelencia. Ahora, si bien es cierto que la ley contempla casos en donde el

⁸⁷ PIZARRO W., Carlos. La Responsabilidad Contractual en el Derecho Chileno. p.2. [En línea] <www.udp.cl/fueyo/investigacion/pubpizarro/responsabilidad_contractual.pdf>[Consulta:08 de Abril de 2009]

⁸⁸ Ver ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Tratado de las Obligaciones. v.2. 2ª Edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica. pp. 251-252. 2001

⁸⁹ PIZARRO, C. Op. Cit. p. 8.

responsable no es quien se obligó directamente (contratos de garantías, por ejemplo), también lo es el hecho de que siempre la obligación nace a partir de una relación configurada entre las partes y por las partes. En el caso de la subcontratación, tenemos dos contratos: por una parte, tenemos el contrato de trabajo, que genera obligaciones para el empleador, en este caso la contratista, y para el trabajador; y por otra, el contrato comercial o civil que celebran la empresa principal y la contratista, que genera obligaciones para ambos, pero que, a menos que se pacte expresamente, no incluyen la obligación en ninguna cláusula de que la empresa principal deba responder por el incumplimiento de la contratista. Es más, aún cuando por ley existen cláusulas que natural o esencialmente pertenecen a los contratos, no se podría decir que éste sea el caso de la responsabilidad de la empresa principal, ya que no es una obligación que la ley establezca respecto de las partes del contrato, sino que de la empresa principal respecto de un tercero “ajeno” a esta relación y que responde a principios muy distintos que el de la fuerza obligatoria de los contratos.

Una segunda posibilidad, es que se considerara una responsabilidad contractual por garantía, es decir, que hubiera entre la contratista y la empresa principal un contrato de fianza respecto a las obligaciones laborales y previsionales. No obstante, el principio de autonomía de la voluntad, requiere que para que esta garantía opere haya una disposición expresa de las partes. En este caso, la obligación de la empresa principal en la figura de la subcontratación no proviene de un acuerdo entre las partes, sino que de la disposición legal del artículo 183-B del Código del Trabajo.

1.6.1.1.2 Responsabilidad Civil Extracontractual.

Como dijimos más arriba, la responsabilidad jurídica responde a la idea de una obligación o de un deber incumplidos, cuyas consecuencias deben ser reparadas por otro sujeto de derecho.

A diferencia de la responsabilidad contractual, en la que nos encontramos con una obligación principal, objeto del contrato, de cuyo incumplimiento deriva la

obligación de indemnización de perjuicios⁹⁰; en la responsabilidad extracontractual “la relación obligatoria entre las partes recién nace del hecho que causa daño y que da lugar a la responsabilidad”⁹¹. De este modo, nos encontramos aquí con una responsabilidad que deriva de la infracción de un deber de cuidado por parte de un sujeto de derecho que tiene repercusiones (daños) en un tercero, con el cual no tiene ninguna relación jurídica (relevante) previa a la infracción que provocó el daño.

Para determinar si estamos o no ante un caso de responsabilidad extracontractual, es necesario verificar, en primer lugar, la existencia de un daño; en segundo lugar, la relación causal entre el daño y el actuar del sujeto que será civilmente responsable y; en tercer lugar, la adecuación a algún criterio de imputación de responsabilidad, es decir, si el daño fue causado por negligencia o si responde a alguno de los casos que la ley determine que deben estar afectos a responsabilidad estricta u objetiva.

La imputación de responsabilidad en el caso de la responsabilidad extracontractual es más compleja que en el caso de la responsabilidad contractual, ya que al no existir una relación pre configurada, muchas veces no está claro quiénes son las partes involucradas. Sumado a esto, existe un problema práctico al respecto y es que en la responsabilidad contractual, por un lado, ambas partes han contratado conscientes (o al menos con la posibilidad de haberlo estado) de quién es el otro sujeto y, por otro lado, la ley se preocupa de establecer límites a la autonomía de la voluntad que dicen relación con la capacidad de las personas; mientras que en la responsabilidad extracontractual no existe tal posibilidad de “elegir” al otro sujeto ni de evaluación alguna de su solvencia o capacidad. En respuesta a lo anterior, la ley reglamenta ciertas situaciones en las que hace responsable a un tercero, que deberá velar por el cumplimiento de las obligaciones indemnizatorias de un sujeto determinado, lo que viene a constituirse en una especie de garantía para quien sufre el daño, especialmente cuando existe asimetría entre quien infringe le daño y quien debe

⁹⁰ Ver PIZARRO, C. Op. Cit. p. 19

⁹¹ *Ibid.*

responder civilmente, como es el caso de la responsabilidad de un tutor por el hecho de un incapaz a su cargo⁹².

Como ya señalamos anteriormente, no creemos que la responsabilidad de la empresa mandante sea una responsabilidad contractual (ya sea directa o de garantía). De manera que nos resta revisar si es o no responsabilidad extracontractual.

De acuerdo con lo explicado más arriba, para que opere la responsabilidad extracontractual es necesario que exista una relación causal entre el hecho (de quien será responsable) y el daño. Sin embargo, en la subcontratación quien infringe la obligación o deber de cuidado es el contratista o subcontratista, que viene a ser el empleador directo y, por lo tanto, el obligado a las “obligaciones laborales y previsionales”. Al no tratarse de una responsabilidad directa, corresponde analizar, más que la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, la responsabilidad por el hecho ajeno, en este caso, de la empresa principal respecto al hecho del contratista.

Responsabilidad por el hecho ajeno.

Cuando hablamos de responsabilidad por el hecho ajeno, podemos distinguir dos hipótesis posibles⁹³: Por una parte, aquella en la cual un tercero responde por el hecho de una persona incapaz de cometer un ilícito civil, pero que está al cuidado de otra (como sería el caso, por ejemplo, de la responsabilidad del padre por el hecho del hijo incapaz); y, por otra, aquella en la que hay una persona capaz contra la cual es posible ejercer una acción de responsabilidad, pero que la ley ha sumado a esta obligación de responder la de un tercero que tiene sobre el responsable directo algún grado de autoridad o cuidado.

Cabe destacar, que, como señala BARROS, en la responsabilidad por el hecho ajeno, “el Código Civil chileno sigue el principio de que se responde por la propia culpa

⁹² Ver BARROS, E. Op. Cit. p. 168.

⁹³ Ver BARROS, E. Op Cit. p. 167

del demandado: la responsabilidad se funda en la falta de cuidado ejercida sobre el autor del daño y no es una responsabilidad estricta, por el mero hecho de que este último esté al cuidado o bajo dependencia del tercero que responde⁹⁴.

Evidentemente, cuando hablamos de la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena en la subcontratación, no nos podemos estar refiriendo a la primera hipótesis, ya que la contratista o subcontratista, sea esta una persona natural o jurídica, por regla generalísima será civilmente capaz. Por tanto, para poder determinar si estamos ante una responsabilidad de este tipo, cabe hacer un análisis más detallado sobre la segunda hipótesis, es decir, sobre la responsabilidad por el hecho del dependiente.

Responsabilidad por el hecho del dependiente

El profesor ZELAYA⁹⁵ distingue tres teorías respecto a la responsabilidad por el hecho del dependiente:

- En primer lugar, la doctrina de la culpa in eligendo vel vigilando, que señala que “el empresario sólo es civilmente responsable si se logra acreditar que ha incurrido personalmente en culpa al elegir, vigilar, dirigir o controlar al empleado que directa o inmediatamente causó el daño respectivo⁹⁶. En estricto rigor, esta es una responsabilidad por el hecho propio (elegir, vigilar, etc.), con la salvedad de que en este caso la responsabilidad del empresario se presume legalmente, de manera que cada vez que ha habido un daño en cuya impetración ha mediado algún dependiente, el empresario se presumirá responsable de aquel, a menos que pruebe que aún con su autoridad y cuidado no ha podido prevenir el daño.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ ZELAYA, Pedro. La Responsabilidad Civil del Empresario Por el Hecho de su Dependiente. Revista de Derecho y Jurisprudencia. 90(3): 119-146, 1993.

⁹⁶ *Ibíd.* p. 121.

- En segundo lugar, la doctrina de la Responsabilidad vicaria, según la cual “el empresario es objetivamente responsable por los daños que con dolo o culpa causen sus dependientes en el ejercicio de sus funciones”⁹⁷. En este caso, el empresario no tiene manera alguna de eximirse de la responsabilidad una vez probada la causalidad y la culpa o dolo del dependiente, es decir, no vale la defensa de “haber empleado la debida diligencia en la elección, vigilancia, dirección y control de sus dependientes”⁹⁸.
- Por último, existe una tercera explicación, que es también la explicación más moderna del fundamento de la responsabilidad por el hecho del dependiente, identificada con la doctrina de la responsabilidad civil del empresario por riesgo de la empresa. De acuerdo con esta teoría, ligada al análisis económico del derecho, “la responsabilidad civil -como institución de Derecho común- no sólo debe castigar al personalmente culpable de una falta, sino que debe constituir un medio para distribuir eficientemente el costo económico del daño causado a una víctima inocente”⁹⁹.

En primer lugar, debemos señalar que no corresponde decir que la responsabilidad del artículo 183-B del Código del Trabajo sea responsabilidad por el hecho del dependiente porque esto implicaría la existencia de un ilícito civil. En el caso de la responsabilidad del dueño de la obra en la subcontratación, no hay un ilícito civil, sino que el incumplimiento de obligaciones laborales que emanan ya de la ley, ya del acuerdo de las partes, pero que tienen su origen último en la existencia de un contrato de trabajo (ya que es a partir de esta relación contractual laboral que se le pueden imputar al empleador las obligaciones que la ley determina). Caso distinto es aquel en que el contratista comete realmente un ilícito civil, por ejemplo que la maquinaria que utiliza una contratista para una construcción en las dependencias de la empresa principal deteriore la vivienda de un vecino. Sin embargo, aun cuando soslayáramos

⁹⁷ *Ibid.* p. 123.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ ZELAYA, P. Op. Cit. pp. 124-125.

este análisis, no habría responsabilidad por el hecho ajeno porque no hay dependencia entre la empresa contratista y la empresa mandante. No hay tampoco un deber legal de cuidado de la empresa principal respecto de las acciones de la contratista. Por tanto, no se justifica decir que en el caso habría responsabilidad por el hecho del dependiente. Si existe algún deber de vigilar a la contratista es en propio beneficio de la principal, debido a que la primera esta realizando una labor para la segunda, pero no porque ésta tenga que responder por las acciones de la empresa contratista en el mismo sentido en que un padre responde por las acciones de sus hijos menores o que el empresario responde por el hecho de sus dependientes, ya que ésta obligación encuentra su fundamento en “la existencia de un vínculo de autoridad o cuidado entre el guardián y el autor del daño”¹⁰⁰.

1.6.1.2 La responsabilidad del dueño de la obra como una Responsabilidad especial laboral.

Como ya hemos visto, creemos que la responsabilidad civil no agota las posibilidades de estatutos jurídicos aplicables a cualquier caso de responsabilidad entre privados. En nuestra opinión el derecho civil, y en particular sus normas sobre responsabilidad, sin perjuicio de que sean aplicables en subsidio, como ocurre en la generalidad de los casos en que existen normas especiales, no es suficiente como estatuto jurídico aplicable en la subcontratación, ya que no es compatible con el espíritu y fundamento de la responsabilidad subsidiaria en la misma, ni con el espíritu del derecho laboral.

Decimos que el espíritu de la legislación laboral es distinto, porque su eje principal no consiste en la protección de la autonomía de la voluntad de dos sujetos de derecho en igualdad de posiciones y que contratan libremente. Al contrario, la generalidad de la doctrina concuerda en que el derecho laboral nace como estatuto especial frente al derecho civil debido a que el legislador reconoce que fácticamente

¹⁰⁰ Barros, E. Op. Cit. p. 173

existe una relación desigual entre las partes. Por esto, la legislación laboral tiene un ánimo protector destinado a equiparar las posiciones de los contratantes.

En atención a todos estos factores, la respuesta del legislador debe ser entendida como una responsabilidad distinta a la del estatuto común, que sea acorde con el derecho laboral en su conjunto.

Existen a lo menos dos posibles formas de entender la institución de la responsabilidad de la empresa principal como una responsabilidad especial laboral:

1.6.1.2.1 La responsabilidad de la empresa principal sería una mera garantía de orden estrictamente laboral.

Para los autores¹⁰¹ que defienden esta postura, la responsabilidad del dueño de la obra “constituye una garantía de origen legal y de naturaleza claramente laboral, establecida por el legislador -no en protección a la persona, vida, salud e integridad física del trabajador-, sino para hacer frente a los posibles incumplimientos, por parte del empleador directo de las prestaciones estrictamente laborales o previsionales y frente a la eventual insolvencia de dicho deudor”¹⁰². Esta teoría viene a limitar el campo de aplicación de la responsabilidad de la empresa principal, ya que considerar la responsabilidad como una simple garantía estrictamente laboral, implica que ésta “no se extendería a las indemnizaciones civiles derivadas de hechos imputables a dolo o culpa del contratista o subcontratista a favor de sus dependientes accidentados”¹⁰³. Se trataría, entonces, de una “responsabilidad en subsidio o en defecto del derecho de prenda general del empleador directamente obligado”¹⁰⁴. De acuerdo a LIZAMA y

¹⁰¹ En este sentido, ZELAYA, Pedro. La Responsabilidad Subsidiaria del Dueño de Obra, Empresa o Faena por los Daños Causados al Trabajador del Contratista o Subcontratista. Revista de Derecho y Jurisprudencia, 101(2): 25-44, 2004. y LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op. Cit.

¹⁰² ZELAYA, P. La Responsabilidad Subsidiaria del Dueño de Obra, Empresa o Faena por los Daños Causados al Trabajador del Contratista o Subcontratista. Op. Cit. p. 44.

¹⁰³ *Ibíd.* p. 37

¹⁰⁴ LIZAMA, L y UGARTE, J. Op. Cit. p. 34.

UGARTE¹⁰⁵, es una mera garantía y no una responsabilidad extracontractual, ya que no se trata de una responsabilidad directa del dueño de la obra o faena, sino que sólo opera cuando el obligado directo, esto es, la empresa contratista (el empleador), no ha podido responder ante sus obligaciones, las que, como ya mencionamos, se limitarían a las estrictamente laborales y previsionales.

1.6.1.2.2 La responsabilidad de la empresa mandante es una responsabilidad especial que se debe regir en forma principal por el estatuto laboral y sólo subsidiariamente por el estatuto civil.

Otra forma de interpretar la responsabilidad de la dueña de la obra es entender que la responsabilidad de la empresa principal es una responsabilidad especial que debe interpretarse con los mismos criterios que cualquier norma de origen laboral.

La legislación del derecho civil responde a principios y condiciones muy distintos que el derecho del trabajo. Esto es muy relevante a la hora de establecer qué estatuto jurídico tiene determinada norma, ya que el resultado de su aplicación práctica depende enormemente de cual sea la lectura que se le dé.

¿A qué nos referimos con esto? En primer lugar, hay una diferencia fundamental respecto a las partes que conforman la relación jurídica, ya que en el derecho civil hay una presunción de derecho de que las partes están negociando en igualdad de condiciones. Es más, todas aquellas situaciones en que la ley entiende que no hay igualdad de condiciones están estrictamente reglamentadas (por ejemplo, normas de capacidad, lesión enorme, etc.). No existen más supuestos que los legales en donde se pueda alegar desigualdad de las partes. Por otro lado, el derecho del trabajo presume que existe una relación desigual entre las partes. En efecto, es esta desigualdad el fundamento de la existencia de un estatuto especial para una relación entre particulares, como es el código del trabajo. Esta desigualdad entre las partes no sólo es una desigualdad en el poder de negociación de las cláusulas del contrato

¹⁰⁵ Ver Ibíd.

(desigualdad fáctica), sino que existe una desigualdad derivada de la propia regulación legal (desigualdad jurídica) reflejada en el poder de dirección y mando que la ley otorga al empleador.

Debido a lo anterior, el derecho laboral tiene principios interpretativos especiales y distintos a los del derecho civil, que propenden a la protección del trabajador para intentar equiparar la desigualdad de condiciones. Así, al interpretar una norma laboral, el interprete debe respetar parámetros como el principio in dubio pro operario; la irrenunciabilidad de los derechos; el principio primacía de la realidad, entre otros.

Estos son, en nuestra opinión, los argumentos que sustentan la idea de que la responsabilidad de la empresa mandante es una responsabilidad especial en sede laboral, que se debe entender bajo los parámetros del derecho laboral en primera instancia y sólo subsidiariamente interpretarse bajo el prisma del derecho civil. De lo contrario, se estaría restringiendo el ámbito de aplicación y con esto, vulnerando el principio in dubio pro operario.

1.6.2 Criterios de imputación de la responsabilidad

Una vez determinado la naturaleza jurídica de la responsabilidad de la empresa mandante, resta analizar el criterio de imputación de la misma.

En éste ámbito tenemos, a lo menos, dos posiciones distintas: Por una parte, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia señala que para que sea imputable un daño a la empresa principal, debe haber mediado algún grado de negligencia por parte de ésta, generalmente identificado con una falta al supervisar el actuar de la empresa contratista, por tanto, para que exista responsabilidad debe haber existido la posibilidad de fiscalización. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha eximido de responsabilidad a la empresa principal en el pago de indemnizaciones por un accidente de trayecto de un trabajador subcontratado que se movilizaba en un vehículo de la empresa contratista, pues señaló que la empresa principal no pudo haber supervisado las condiciones del

transporte debido a que se encontraba fuera de sus dependencias¹⁰⁶. Tendríamos, mirado de este modo, un sistema de responsabilidad por culpa.

Sin embargo, una segunda alternativa es considerar que en realidad el artículo 183-B y el antiguo artículo 64 configuraban una hipótesis de responsabilidad estricta u objetiva.

Como ya señalamos, para que opere la responsabilidad estricta, es necesario que esté establecida por ley. En este caso, la ley señala que “La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal”. Sin embargo, no hace mención alguna a la posibilidad de eximirse de esta obligación. Cuando el legislador ha querido establecer una responsabilidad por culpa por el hecho ajeno, señala específicamente en qué casos el tercero no será responsable. Así, por ejemplo, el art. 2320 del Código Civil, que es la base para la responsabilidad por el hecho ajeno, señala en su inciso final que “cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

Son los argumentos ya señalados los que nos motivan a sostener que la disposición del hoy artículo 183-B debe ser entendida como el establecimiento de una responsabilidad especial de naturaleza laboral y estricta.

1.7 Fundamento De La Responsabilidad De La Empresa Principal

¹⁰⁶ Corte Suprema, Casación, Rol 3872-2002, de 23 de Enero de 2003.

La pregunta por el fundamento de la responsabilidad de la empresa principal (o de la contratista, en su caso), no ha causado mayor polémica en la doctrina. En general, no se ha cuestionado la norma y pareciera haber acuerdo en considerar que la responsabilidad de la empresa principal encuentra fundamento suficiente en el aprovechamiento que ésta realiza para su propio proceso productivo de la labor del trabajador subcontratado; en la posición económica fáctica privilegiada del empresario mandante respecto del contratista; así como en el carácter protector de las normas laborales. La jurisprudencia, por otra parte, ha sostenido una opinión similar. La Corte Suprema sostuvo que “[l]a responsabilidad legal indirecta que afecta al dueño de la obra o faena tiene su fundamento, por una parte, en el provecho que reporta el trabajo prestado en su interés por los dependientes del contratista, y por la otra, en el imperativo de cautelar el debido cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que benefician a esos trabajadores”¹⁰⁷ Además, al referirse a los límites de la responsabilidad de la empresa principal, la misma Corte ha señalado que la empresa principal debe ser responsable subsidiariamente por las prestaciones demandadas “en proporción al tiempo durante el cual, en fin, obtuvo provecho de las fuerzas laborales del demandante”¹⁰⁸; el mismo razonamiento sigue cuando señala que la empresa principal debe responder en forma proporcional a la obra encargada, razonamiento que la misma Corte resume en el aforismo “donde está el beneficio está la carga”¹⁰⁹. La Corte de Apelaciones de Antofagasta, por otra parte, ha señalado que el objeto de la responsabilidad de la empresa principal es “impedir el enriquecimiento sin causa que se genera por las prestaciones laborales de los trabajadores a los contratistas, en beneficio del dueño de la obra, empresa o faena, quien debe velar por el cumplimiento de todas las obligaciones laborales, cualesquiera sean sus orígenes, para evitar la injusticia que se produce a los trabajadores cuando éstos ven incumplidas las obligaciones laborales por parte del empleador”¹¹⁰. En el mismo

¹⁰⁷ Corte Suprema, Casación, ROL: 817-2001, de 31 de Agosto de 2001. Considerando décimo tercero.

¹⁰⁸ Corte Suprema, Casación, ROL: 2199-2004, de 25 de Agosto de 2005. Considerando noveno.

¹⁰⁹ Corte Suprema, Casación, ROL: 927-2003, de 4 de Diciembre de 2003. Considerando decimo segundo

¹¹⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 927-2003, de 18 de Febrero de 2003. Considerando primero

sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, sostuvo que “Que asiste responsabilidad a una empresa que contrata personal por interpósitas personas jurídicas, para la realización de faenas propias e inherentes a su giro, como cuando una tienda que comercia en ropas, mandata la custodia de parte tan inherente a ese rubro, como lo son los probadores, sin los que difícilmente podría encarar con éxito ese giro.

Que, cualquier otro entendimiento importa desentenderse del principio de realidad que siempre ha de informar la judicatura laboral, realidad que aun exhibe un generalizado intento de desdoblamiento del empleador ante sus dependientes, con grave peligro de alusión de los derechos de éstos”¹¹¹. En otras palabras, la empresa principal debe ser responsable, pues existe un enriquecimiento sin causa de su parte cuando externaliza parte de su procedimiento productivo, del cual se aprovecha de igual modo, pero no tiene la carga de las obligaciones con los trabajadores.

Sin embargo, un sector de la doctrina disiente de los argumentos anteriormente esgrimidos. En este sentido, PALAVECINO los considera “fundamentos más bien débiles para sostener estas responsabilidades”¹¹², señalando que es posible formular argumentos contundentes que indican que no existe fundamento suficiente para establecer una responsabilidad de ésta índole y que nos permiten dudar de la constitucionalidad de la norma, ya que no está resuelta la cuestión de si “la responsabilidad solidaria, y las cargas que debe asumir para sortearla, además de lesionar la libertad de contratación laboral afectan el derecho de propiedad del empresario principal y entorpecen el libre ejercicio de su derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita”¹¹³.

En nuestra opinión, el aprovechamiento que la empresa principal realiza del trabajo subcontratado para su proceso productivo, sumado al hecho de que es una

¹¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, ROL: 766-2005, de 3 de Enero de 2005. Considerando sexto y séptimo.

¹¹² PALAVECINO. Op. Cit. p. 58

¹¹³ *Ibíd.* p. 62

decisión de la propia empresa principal externalizar determinada función y al rol protector del derecho del trabajo, es fundamento suficiente para el establecimiento de la responsabilidad solidaria y subsidiaria de la empresa principal. Sin embargo, queremos hacernos cargo aquí de los argumentos del sector de la doctrina que niega la suficiencia de los mismos.

Según PALAVECINO, lo que sucede al imputar responsabilidad a la empresa principal por las obligaciones impagas para con los trabajadores subcontractados, es un desplazamiento que la ley realiza de la responsabilidad que le corresponde al empleador hacia un tercero ajeno a este contrato, cuya voluntad no juega papel alguno en la determinación de su atribución, alterando de este modo el efecto relativo del contrato de trabajo¹¹⁴. Se da aquí, según PALAVECINO, una situación anómala, en la que al empresario principal o, en su caso al empresario contratista, sin ser empleadores de un trabajador le es exigible el cumplimiento de las obligaciones laborales propias del empleador.

¿Cómo se justifica esto? Según PALAVECINO la respuesta más fácil es decir que “el empresario principal, cuando celebra un contrato de obra o de servicio, o el contratista, cuando suscribe con otro empresario un subcontrato de la misma naturaleza, se colocan en el supuesto fáctico de la norma legal. La celebración de estos acuerdos llevaría implícita una infiltración de normas laborales de orden público que conectan el contrato o subcontrato con derechos y obligaciones de contratos ajenos”¹¹⁵. Esta, sin embargo, y de acuerdo al mismo autor, es una respuesta formal que no soluciona el problema de fondo que él plantea, pues se limita a señalar que la imputación de responsabilidad está justificada porque la ley así lo señala. Es necesario, entonces, buscar una solución al problema de fondo, pues de no hacerlo, en opinión de PALAVECINO, se pone en riesgo la constitucionalidad de la norma. Para sostener esto, el autor esgrime argumentos de variada índole, utilizando incluso el derecho a la libertad de trabajo consagrado en la Constitución. Según el autor, el

¹¹⁴ Ver PALAVECINO. Op. Cit. p. 57

¹¹⁵ *Ibíd.*

artículo 19 de la Constitución Política de la República, que en su número 16, que se garantiza “[l]a libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”, implica, en su esencia, que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador y que, por ende, resulta entonces “legítimo preguntarse si las responsabilidades empresariales del trabajo en régimen de subcontratación implicarían, precisamente, lo que la Constitución chilena prohíbe, a saber: que la ley viene a imponer un trabajador al empresario que encarga a otro determinada obras o servicios”¹¹⁶. El error de la doctrina, según PALAVECINO, es no haberse hecho cargo de esto, prescindiendo con demasiada ligereza de la voluntad jurídico-negocial del empresario principal, y sin haberse hecho cargo de que la Constitución le garantiza la libertad de contratar a quién él decida. Además, agrega el autor, “No hay norma general que prohíba al empresario subcontratar. Muy por el contrario, esta opción la tiene garantizada por la Constitución, que asegura a todas las personas el derecho de propiedad y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita. Estos derechos implican, entre otras cosas, la libertad del empresario, como dueño del capital, de organizar la acción productiva del modo que estime más conveniente para sus intereses”¹¹⁷. Según PALAVECINO, la justificación dada, “desatiende el carácter oneroso conmutativo del contrato de obra o de servicio celebrado entre el empresario principal y el contratista o, en su caso, del subcontrato celebrado entre contratista y subcontratista”¹¹⁸, violando así los preceptos constitucionales consagrados en el artículo 19, numerales 21 y 24. Por último, señala que la teoría del beneficio no soluciona el problema debido a que “la actividad laboral de los trabajadores integra el objeto de la obligación del contratista y, a su vez, forma parte de la causa de la obligación del empresario principal de pagar, a cambio, un determinado precio, el cual se mira como equivalente. Si el empresario principal ya se obligó a pagar un precio

¹¹⁶ PALAVECINO. Op. Cit. pp. 57-58

¹¹⁷ *Ibíd.* p 58

¹¹⁸ *Ibíd.* p. 59

justo por aquella prestación, no puede ser éste el fundamento que justifique la asunción de obligaciones adicionales no consentidas”¹¹⁹.

En nuestra opinión, las objeciones de PALAVECINO no son suficientes para considerar la norma que imputa responsabilidad a la empresa principal inconstitucional. En primer lugar, porque, como ya hemos señalado, la interpretación de la ley en materia laboral no es idéntica que en materia civil, pues estamos analizando normas que son esencialmente distintas. El derecho laboral no es, como el derecho civil, un mecanismo de regulación entre partes que se consideran iguales, sino que tiene como objeto y como fundamento de su existencia la protección de los trabajadores, quienes se ven inmersos en una inferioridad económica. El derecho laboral vendría a suplir dicha inferioridad, otorgándole una superioridad jurídica respecto del empleador¹²⁰. Por esto, el derecho laboral es un derecho de orden público que contienen derechos irrenunciables para los trabajadores. Aquí, la autonomía de la voluntad pierde importancia para dar paso al orden público laboral, por lo tanto, apelar a la voluntad jurídico-negocial del empresario principal no es obstáculo suficiente para mantener la defensa de la responsabilidad de la empresa principal pues es el propio sistema jurídico el que determina la prevalencia de los derechos laborales (irrenunciables) por sobre la autonomía de la voluntad de las partes. Ahora bien, aun cuando no consideráramos que el carácter de orden público del derecho laboral permite mermar la autonomía de la voluntad empresarial, ésta se mantendría ilesa con la norma que establece la responsabilidad de la empresa principal, pues, si bien es cierto que establece ciertas imposiciones al empleador principal, también lo es que la decisión de externalizar funciones es una decisión que depende exclusivamente de su autonomía. El empresario, al momento de tomar la decisión de subcontratar alguna obra o servicio, deberá considerar los costos que implica la posible responsabilidad por las obligaciones laborales y previsionales del mismo modo que quién realiza una actividad

¹¹⁹ PALAVECINO. Op. Cit. p. 59

¹²⁰ Ver HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. v.1. 17ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2004. p. 14

riesgosa debe contemplar el costo de los posibles daños, pues será objetivamente responsable de éstos.

En segundo lugar, hay una imprecisión en el argumento de PALAVECINO al señalar que la ley 20.123 viene a imponer un trabajador al empresario principal. Esto no sólo porque se traspasa una reducida fracción de las responsabilidades que efectivamente implica ser empleador, excluyéndose obligaciones como las de negociar colectivamente, la creación del reglamento interno, y muchas otras que no se comprenden en el término obligaciones laborales y previsionales de dar en sentido estricto, sino que además porque, en estricto rigor, el obligado al pago de las obligaciones continua siendo el empleador directo y, por lo tanto, la empresa principal o, en su caso, el contratista, puede repetir en su contra por el monto que se vio obligada a pagar.

Por último, sostenemos que tampoco resulta una objeción de peso la de invocar el derecho de propiedad y el derecho de desarrollar cualquier actividad económica, pues PALAVECINO, al invocar el derecho de propiedad y de libertad de ejercer una actividad económica, pasa por alto el hecho de que junto a estos derechos que, en este caso protegerían al empresario principal, conviven los derechos que protegen a los trabajadores, es decir, el derecho a un trabajo digno, justamente remunerado y sin discriminaciones y las demás normas internacionales que se incluyen en nuestro sistema jurídico a través del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República. Así las cosas, estamos frente a una colisión de derechos que debe ser resuelta ponderando cada uno de ellos, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: La Organización Internacional del Trabajo, de la cual Chile forma parte, en su Declaración relativa a los fines y Objetivos de la OIT, realizada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, que tuvo lugar el 10 de mayo de 1944, declaró entre sus principios el siguiente: “a) el trabajo no es una mercancía”. Lo que significa, en palabras del Director de la OIT, que “no podemos reducir el trabajo a su dimensión puramente mercantil”¹²¹, es decir, que no se puede considerar el trabajo como uno más

¹²¹ TORRICELLI, Orlando. Juan Somavia: “El trabajo no es una mercancía sino un bien social”. [en línea] elmundo.es. 07 de Octubre, 2008.

de los bienes que posee el empresario. PALAVECINO recurre al derecho de propiedad y al de libertad de ejercer una actividad económica para sostener que el empresario tiene el derecho a organizar su actividad productiva como mejor considere. Sin embargo, el autor obvia el hecho de que la producción es un proceso complejo que involucra no sólo el capital del empresario, sino que también el factor de la fuerza laboral, que, de acuerdo a la declaración de la OIT y por mucho que en términos teóricos económicos pueda ser contabilizado dentro del capital, cuando hablamos de regulación laboral, no puede entenderse como una mercancía más. Muy por el contrario, el ejercicio de los derechos obliga a respetar los demás derechos fundamentales y observar las limitaciones que la misma constitución impone. Así, por ejemplo, el derecho al libre ejercicio de cualquier actividad económica lícita, se ve limitado por la Constitución cuando ésta señala que se garantiza “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”, es decir, la propia Constitución ordena observar las normativas legales que regulan la actividad que se quiera desarrollar, por tanto, no viola la Constitución que una norma de rango legal regule la actividad realizada, más aún cuando, como es el caso, estas normas están establecidas en pos de la protección de derechos humanos fundamentales.

Por último, es importante señalar que la norma que atribuye responsabilidad a la empresa principal, es un correlato del respeto al derecho de igualdad, derecho consagrado en nuestra Constitución y que protege a todos los ciudadanos. En el fondo, la ley ha brindado a los empresarios la opción de externalizar funciones de su proceso productivo con el objeto de lograr una mayor eficiencia, pero esto no puede redundar en el debilitamiento de los derechos de los trabajadores. Esto es relevante porque, en términos prácticos, la figura de la subcontratación hace perfectamente posible que dos trabajadores que estén realizando el mismo trabajo para la misma empresa tengan condiciones laborales diferentes. Lo que hace la ley de subcontratación es un intento por equiparar las condiciones de ambos trabajadores, estableciendo como responsable

<http://www.elmundo.es/elmundo/2008/10/07/solidaridad/1223399157.html> [consulta: 1 de Octubre de 2009]

subsidiario (o solidario en caso de que no ejerza sus derechos) a un segundo patrimonio que igualmente se beneficia del trabajo realizado. De este modo, el legislador cumple el mandato constitucional de resguardar la igualdad en la ley, que se vería vulnerado si el derecho chileno, amparado en la normativa internacional y en los principios que informan el derecho laboral, tomara la decisión de proteger el trabajo y, a su vez, estableciera una protección desigual a distintos trabajadores.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DUEÑA DE LA OBRA, FAENA O SERVICIO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL.

2.1 Responsabilidad Subsidiaria De La Empresa Principal En El Antiguo Artículo 64 Del Código Del Trabajo.

Con anterioridad a la dictación de la ley 20.123, la responsabilidad de la empresa mandante estaba regulada por medio de los artículos 64 y 64 bis, que se encontraban redactados en los siguientes términos:

“Artículo 64: “El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural.”

Artículo 64 bis: “El dueño de la obra, empresa o faena, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informado por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores.

El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

En el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, así como cuando el dueño de la obra, empresa o faena fuere demandado subsidiariamente conforme a lo previsto en el artículo 64, éste podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél, el monto de que es responsable subsidiariamente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas.

En todo caso, el dueño de la obra, empresa o faena, o el contratista en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso primero de este artículo, podrá ser acreditado mediante certificados emitidos por la Inspección del Trabajo respectiva.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento del dueño de la obra, empresa o faena, las infracciones a la legislación laboral o previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.”

Teniendo en consideración lo establecido por los citados artículos, y el concepto que de ella ha dado la dirección del trabajo¹²², podemos sostener que la

¹²² DIRECCION DEL TRABAJO. Consultas laborales. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/article-94237.html> [consulta:1 de Octubre de 2009]

responsabilidad subsidiaria es aquella en virtud de la cual la empresa mandante debe responder de las obligaciones laborales y previsionales que tienen su contratista o subcontratista, según sea el caso, con sus trabajadores, cuando éstos no les den oportuno cumplimiento. O, dicho de otro modo, es “la obligación que tiene el dueño de la obra, empresa o faena o el contratista, según corresponda, de dar cumplimiento a las obligaciones laborales o previsionales del trabajador de una empresa contratista o subcontratista, en el caso o evento que éstos no los cumplan”¹²³

2.1.1 Alcance de la responsabilidad subsidiaria

En un primer acercamiento al alcance de la responsabilidad de la empresa mandante, varios autores consideran que ésta “sólo tiene por objeto aquellas obligaciones susceptibles de ser apreciadas pecuniariamente”¹²⁴.

Sin embargo, dada la redacción del artículo 64, fueron muchos los aspectos relativos al alcance de la responsabilidad de la empresa principal que la doctrina y la jurisprudencia debieron precisar. Un primer tema, a dilucidar se refería a las fuentes de las obligaciones por las cuales debe responder la empresa mandante. La doctrina, haciendo eco de lo establecido por la Dirección del Trabajo, ha señalado respecto a este punto que “la norma en comento no hace diferenciación alguna basada en que la obligación laboral tenga un origen legal o contractual, lo que hace la disposición aplicable a ambas”¹²⁵. En el mismo sentido, haciendo referencia a la extensión de la responsabilidad, tanto a las obligaciones laborales como previsionales, bajo el antiguo régimen de subcontratación, se ha precisado que la doctrina y la jurisprudencia estaban contestes en cuanto a que “dicho ámbito de la responsabilidad alcanzaba la

¹²³ CORTÉS, Claudio. La Responsabilidad Subsidiaria en el Trabajo prestado en régimen de Subcontratación. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002. p.95.

¹²⁴ DOÑA, Esteban. La Responsabilidad del Estado dueño de la Obra, Empresa o Faena, en la Jurisprudencia. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005. p.80. Ver también CORTÉS, C. Op. Cit. p.87.

¹²⁵ MILLON, Paula. La Responsabilidad Subsidiaria en la Legislación Laboral. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2001.p.100

totalidad de tales obligaciones, ya sea que emanaran de la ley o de los contratos, individuales o colectivos”¹²⁶.

El punto más conflictivo en el análisis del alcance de la responsabilidad de la empresa mandante durante la vigencia del artículo 64, fue el referido a la extensión del concepto “obligaciones laborales y previsionales”, toda vez que la legislación, no establecía a qué o cuáles obligaciones se refería con esta expresión. Fue necesario por tanto recurrir a la interpretación de las disposiciones referidas a la responsabilidad de la empresa principal por parte de nuestros Tribunales de Justicia para poder resolver los asuntos que, referidos a este tema, se les puso en conocimiento. Sin embargo, tal como lo hace presente TOLEDO, en muchos casos, “[l]a jurisprudencia de los tribunales se expresó en sentidos diversos, afectando esto,[...], a una tutela efectiva de los derechos de los trabajadores subcontratados”¹²⁷.

Con el objeto de establecer cuál fue el alcance real que tuvo la responsabilidad de la empresa principal durante la vigencia del artículo 64, realizaremos un análisis de la jurisprudencia judicial referida al tema, de manera de poder establecer, si la nueva normativa, manifestada en la ley 20.123, ha resultado en un verdadero avance al respecto.

Para realizar este análisis, nos referiremos a distintos tipos de obligaciones laborales y previsionales existentes en nuestra legislación laboral y cuya posible inclusión dentro del concepto de obligaciones laborales y previsionales establecido en las disposiciones referidas a la responsabilidad de la empresa principal, fue sometida a conocimiento de los tribunales, para finalmente poder determinar la existencia de la responsabilidad de la empresa principal durante la vigencia del artículo 64 del Código del Trabajo.

¹²⁶ ALBORNOZ, Marcelo, ALVIZ, Christian, PEREZ, Enrique. Subcontratación Laboral y Servicios Transitorios. Santiago, LexisNexis, 2007.p .8.

¹²⁷ TOLEDO, C. Op. Cit. p. 4

Jurisprudencia Judicial 1980-1989

Una vez restablecida la responsabilidad de la empresa principal en nuestra legislación a través del Decreto Ley N° 2.759, de 1979, la jurisprudencia judicial en esta primera etapa, más que determinar qué obligaciones laborales y provisionales se encontraban comprendidas en la regulación dada por la legislación laboral a la responsabilidad de la empresa principal, se preocupó de resolver interrogantes acerca de aspectos básicos de la responsabilidad de la mandante, como los requisitos para su procedencia y sus límites.

Así. la Corte Suprema, al resolver el Recurso de Queja interpuesto por madereras Los Laureles Ltda., se refirió a los límites de la responsabilidad de la empresa principal, que, como sabemos, no estaban contemplados en la legislación y señaló: “[...], de tal modo que “Maderera Los Laureles Ltda” es subsidiariamente responsable de las obligaciones que afectan a “Servin Ltda” a favor de sus trabajadores, pero esta responsabilidad sólo puede extenderse durante el tiempo de vigencia del contrato de prestación de servicios, ya que fue este acto jurídico el que vinculó tanto al dueño de la empresa como al contratista y no puede, por tanto, regir para un período anterior al antes indicado convenio, puesto que esta subsidiaridad se está refiriendo a las labores que se ejecutaron en virtud del indicado contrato y del cual emana la obligación del dueño de la empresa de responder eventualmente del incumplimiento de parte del contratista con sus trabajadores”.¹²⁸

Por su parte, en 1984, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo un recurso de apelación, dejó en claro que no es necesario para que se verifique la responsabilidad de la empresa principal, la existencia de un vínculo entre ésta y los trabajadores de su contratista. Con relación a este punto señaló: “Que, sin embargo, a pesar de que el señor Henríquez no contrató los servicios de los actores, tiene

¹²⁸ Corte Suprema, Recurso de Queja, Rol 3731, de 27 de Junio de 1983. Considerando cuarto.

responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones que afectan a los contratistas a favor de sus trabajadores, pues así se desprende de lo prescrito en el artículo 4º del Decreto Ley 2.759, de 1979, y que dice a la letra: “el dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos”¹²⁹.

Jurisprudencia Judicial 1990-1999

Hasta fines de la década de 1990, los fallos referidos a responsabilidad de la empresa principal en la subcontratación, aún se referían a aspectos como la competencia de los tribunales laborales para conocer de estas acciones y los límites y sujetos de la responsabilidad, sin discutir acerca de la extensión del concepto “obligaciones laborales y previsionales”, limitándose a declarar, una vez establecida la existencia de los elementos de la subcontratación, que la empresa principal será subsidiariamente responsable de las obligaciones a las que fue condenado el contratista.

En este sentido, por ejemplo, en 1993 la Corte de Apelaciones de Punta Arenas conoció un recurso de apelación en que la controversia se refería básicamente a determinar que empresas podrían estar sujetas al régimen de responsabilidad subsidiaria contemplado en ese momento en el artículo 63 del Código del Trabajo. En orden a resolver esta cuestión la Corte señaló:

“Que, en atención a lo que se ha venido razonando estiman estos sentenciadores que la voz "dueño" de la "obra", "empresa" o "faena" está referida a personas y situaciones diversas que surgen en la realización de la función laboral, y tienen para ello presente que el propio legislador se encargó de expresar lo que entiende por "empresa", no haciendo lo mismo respecto a los términos "obra" o "faena"[...].”

¹²⁹ Corte Apelaciones de Santiago, Apelación, ROL 1213-84, de 21 de Septiembre de 1984. Considerando segundo.

“Que, no habiendo la ley definido lo que entiende por obra o faena, deberá recurrirse al Diccionario de la Lengua, para el cual "obra" "es cosa hecha o producida por un agente" y "faena" es trabajo corporal o servicio que se hace a una persona. Ahora bien, como en la especie, se trata de construcciones que dicen relación con la Captación y Conducción Lago Parrillar - Tres Brazos, relacionando estos conceptos con las normas del D.S. N° 15 de 17 de enero de 1992, publicado en el Diario Oficial de 6 de abril último, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas y con las contenidas en la Ley sobre Urbanismo y Construcciones y su Ordenanza General, se extrae como conclusión que "obra" es la construcción efectuada por el Estado a través de sus organismos técnicos o por particulares, en virtud de un contrato o encargo específico de un estudio o proyecto, y, que "faena" es el proceso ordenado secuencial y cronológico para la materialización de una obra;”

“ [...] consta que por resolución N° 44, de fecha 24 de octubre del año pasado la Empresa de Servicios Sanitarios de Magallanes, aprobó en propuesta pública Internacional la oferta formulada por la Empresa Saavedra y Cobo Sociedad Constructora Limitada –Saacol Ltda.– para la ejecución de la obra denominada "Captación y Conducción Lago Parrillar - Tres Brazos" debiendo ésta ceñirse en la ejecución de las obras a las Bases Administrativas Generales y Especificaciones Técnicas Especiales y Generales, aprobadas conjuntamente con la propuesta en la mencionada resolución N° 44, se desprende que la dueña de la empresa es la mencionada Empresa de Servicios Sanitarios de Magallanes S.A., la que no inviste el carácter de demandada en esta causa [...]”¹³⁰.

Más adelante agrega:

“Que, por otra parte, cabe tener presente que la filosofía que orienta e inspira el Código del Trabajo es la protección y garantía del trabajador, quien la más de las veces está en desventaja de preparación o conocimientos técnicos con su empleador,

¹³⁰ Corte de apelaciones de Punta Arenas, Apelación, Rol 653, de 22 de Octubre de 1992. Considerandos cuarto, quinto y sexto.

por lo que no aparece adecuado ni justo que cada vez que contrate esté indagando acerca de quién es el dueño de la obra, empresa o faena, cuando generalmente éstas se realizan a través de una cadena de contratistas y subcontratistas;”

“Que, por lo mismo, y acorde con lo dispuesto en el artículo 4º del tantas veces mencionado Estatuto Legal, que dispone que "para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica", se considera, también procedente que la Empresa Saacol Ltda., se encuentra obligada para con el actor de autos;”

“Que, por último, sirve de fundamento a estas argumentaciones de que es pertinente la acción intentada contra la demandada subsidiariamente, el texto del inciso 2º del artículo 194 del Código Laboral que hace responsable al dueño de la obra, empresa o faena de las "obligaciones que en materia de afiliación y cotización, afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas", norma ésta que en forma expresa contiene responsabilidad en cadena en materia de obligaciones emanadas del seguro social obligatorio, para el empleador, el subcontratista, el contratista, el dueño de la obra, empresa o faena.”¹³¹

Una interpretación distinta acerca de los posibles sujetos de la responsabilidad subsidiaria, sostuvo el voto de minoría de este fallo, el que señaló:

“Que, la ubicación de la norma transcrita y su tenor revelan indudablemente que el propósito o espíritu del legislador es que el trabajador no resulte burlado por quien lo ha contratado y tenga la posibilidad de recurrir para el cobro de sus remuneraciones ante la persona natural o jurídica, que es el dueño de la obra, empresa

¹³¹ Corte de apelaciones de Punta Arenas, Apelación, Rol 653, de 22 de Octubre de 1992. Considerandos noveno, decimo y undécimo.

o faena, esto es, quien ha ordenado, contratado, financiado y asignado los trabajos, y que es el propietario de la cosa hecha o producida, que en la situación de hecho en estudio es la Empresa de Servicios Sanitarios de Magallanes S.A.;"

"No se trata que el trabajador pueda demandar a cuanto contratista o subcontratista intermedio exista entre quien requirió sus servicios y lo contrató y el dueño de la obra, sino que tenga la posibilidad cierta, establecida legalmente, de demandar a quien le ha contratado efectivamente y también a quien se considera más solvente, a quien se estima que no puede desaparecer, como en el presente caso, al propietario de las obras de captación y aducción construidas, que es el dueño de la obra, empresa o faena en referencia que es la sociedad "Empresa de Servicios Sanitarios de Magallanes S.A.", y a quien el legislador laboral, con el establecimiento de la norma que se glosa, obliga a tomar precauciones en relación a la seriedad y solvencia de los intermediarios de la construcción, para seguridad y protección de los trabajadores que sean contratados, y para no quedar en situación de tener que responder subsidiariamente, en lugar de contratistas insolventes;"¹³²

También en relación a los posibles sujetos de responsabilidad, resolvió la Corte de Apelaciones de Antofagasta, al decir:

"Que el artículo 64 en su inciso 3º no limita la acción del trabajador a su empleador directo, de tal manera que también pueda demandar al dueño de la obra que es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afectan a los contratistas en favor de sus trabajadores, por lo que la relación procesal entre al actor y la recurrente es perfectamente válida;"¹³³

¹³² Corte de apelaciones de Punta Arenas, Apelación, Rol 653, de 22 de Octubre de 1992. Considerandos cuarto y quinto.(voto minoría)

¹³³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 1583, de 9 de Abril de 1997. Considerando tercero.

Por su parte, en 1995 en el fallo Iván Chávez Pozo y otros con Transformadores Tusan Limitada, el tribunal de primera instancia se refirió al elemento temporal de la responsabilidad en su considerando trigésimo:

“Que, en mérito de lo señalado en el considerando precedente habrá que acoger la demanda de autos en contra del obligado subsidiario empresa de "Transformadores Tusan Limitada", respecto de las prestaciones a que fue condenado y obligado a pagar en la sentencia dictada en los autos Rol N° 23.885 de este Tribunal, sólo en cuanto al período en virtud del cual el demandado principal, José Urizar Contreras, fue contratista de la demandada "Transformadores Tusan Limitada", y mientras estuvo vigente la relación laboral de los actores con el primero, ya que no puede extenderse la obligación subsidiaria de la demandada de autos a períodos en los cuales no lo unía relación jurídica alguna con el señor Urizar, por lo que se acogerá la solicitud de la demandada en orden a que se encuentra obligado sólo al pago de las prestaciones reclamadas en forma proporcional al tiempo de vigencia del contrato de prestación de servicios, mientras existía una relación laboral entre los actores y el señor Urizar Contreras, esto es, entre el 15 de abril y el 7 de septiembre de 1994.”¹³⁴

El tribunal de alzada, la Corte de Apelaciones de Rancagua, revoca la decisión del juez de primera instancia, acogiendo en su lugar la excepción de incompetencia del tribunal, pues considera que la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal es un responsabilidad extracontractual sin culpa que, a pesar de justificarse en principios de orden laboral, corresponde a una responsabilidad de naturaleza civil, pues no hay relación laboral que ligue a los trabajadores con la empresa principal y, por tanto, considera que el asunto es de competencia de los tribunales civiles. Esta decisión fue revocada por la Corte Suprema, en su fallo de enero de 1998, la que señaló que “[L]a protección de las remuneraciones y todo lo relativo a las obligaciones especialmente reguladas por el Código del Trabajo, tienen una naturaleza eminentemente laboral, sin que pueda afirmarse, bajo diferentes fundamentos, que constituyen prestaciones civiles, desde el momento que derivan de una relación entre los trabajadores y la

¹³⁴ Primer Juzgado de Letras de Rancagua, Rol 30625, de 5 de Julio de 1996. Considerando trigésimo.

organización empresarial que constituye el empleador. En tales términos es que el legislador ha entregado competencia a los juzgados del trabajo, para conocer de todas las cuestiones que se susciten con motivo u ocasión de la aplicación de las normas laborales, como de los distintos actos o convenciones regulados por dicha normativa, que, por lo mismo, originan relaciones de naturaleza laboral". Y agrega que "en el sentido indicado debe entenderse la referencia que hace el legislador en la letra a) del artículo 420 del Estatuto del ramo, a las cuestiones suscitadas por la aplicación de las normas laborales entre "empleadores y trabajadores", en que se está haciendo referencia a la organización empresarial en su conjunto, en forma amplia, por cuanto no podrían quedar comprendidas sólo algunas materias dentro de la competencia especial de los tribunales laborales, como de la que corresponde a esta Sala especializada del Tribunal Supremo de la Nación, y excluir otras, aun cuando deriven de la aplicación de normas del Código del Trabajo y por lo mismo de naturaleza laboral"¹³⁵. Sin embargo, ni la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones o el tribunal del trabajo discuten la procedencia de incluir o no las prestaciones demandadas en la responsabilidad de la empresa principal.

Jurisprudencia Judicial 2000-2009

Durante la última década, hubo un cambio en las discusiones sostenidas por la jurisprudencia. Una vez asentados, como señalamos mas arriba, los elementos que conforman una relación de subcontratación y la competencia relativa al tema, la discusión se traslado a temas más específicos, como lo es la extensión del concepto obligaciones laborales y previsionales, en el sentido de revisar qué prestaciones deben incluirse y cuáles deben excluirse; y los límites de la responsabilidad de la empresa principal, discusión que ya había sido esbozada en la década anterior, y que en esta década termina de desarrollarse.

Si hacemos un análisis general de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, tanto de los de primera instancia como los superiores, podremos ver que en

¹³⁵ Corte Suprema, Casación, Rol 4762-96, de 30 de Enero de 2008. Considerandos cuarto y quinto

cuanto a la segunda discusión, ha estado conteste en sostener lo que la Corte Suprema ha señalado respecto de las limitantes que encuentra la responsabilidad de la empresa que subcontrata, esto es, que “[t]ales límites están dados desde un doble punto de vista, tanto jurídico como fáctico. Jurídicamente, uno de los límites de la responsabilidad subsidiaria, está establecido en el propio artículo 64 inciso final, del Código del Trabajo, en cuanto no la extiende al caso de construcción de edificios por un precio único prefijado, encargada por una persona natural.

“Que, en el plano práctico, la responsabilidad en examen debe estimarse extendida sólo a aquellos casos en que el dueño de la obra, faena o empresa ha podido fiscalizar el cumplimiento por parte del contratista o subcontratista de las obligaciones de las que se pretende hacerlo responsable. Ya se decidió que si ello escapaba de la esfera del responsable subsidiario, éste no puede ser condenado en tal calidad, sin perjuicio del provecho a que se hace referencia más adelante.”

“Que, otra limitación fáctica la encontramos en el tiempo. Es decir, las obligaciones laborales y previsionales de las que responde el dueño de la empresa obra o faena han de entenderse en forma proporcional a la obra encargada. Ello por lógica y equidad (...) Cabe aplicar aquí un aforismo que resume lo que se ha venido expresando “donde está el beneficio, está la carga”

“Que, asimismo, cabe puntualizar que, además, el marco de la responsabilidad subsidiaria, desde el punto de vista práctico, se encuentra también limitado por el contrato suscrito entre el dueño de la obra, empresa o faena y el contratista o entre éste y el subcontratista y con la efectividad de los servicios prestados por los trabajadores de estos últimos. En otros términos, no es dable tampoco atribuir exclusiva responsabilidad subsidiaria a una sola empresa si se trata de dependientes cuyo trabajo beneficia a varios dueños de obra”¹³⁶. En síntesis, la Corte Suprema establece cuatro límites a la responsabilidad de la empresa principal: un primer límite jurídico, es decir, la limitación que la misma ley impone al no extender la

¹³⁶ Corte Suprema, Casación, ROL: 927-2003, de 4 de Diciembre de 2003. Considerandos décimos a decimotercero.

responsabilidad de la empresa dueña de la obra o faena al pago de las obligaciones en caso de personas naturales que encarguen una edificación y tres límites fácticos: el período durante el cual la empresa se aprovechó de la labor de los trabajadores subcontratados; la proporción en la cuál se aprovechó, para los casos en que haya habido más de una empresa principal; y la posibilidad de fiscalización de la empresa principal del actuar de la empresa contratista.

La procedencia de estas limitaciones no ha sido mayormente discutida en jurisprudencia. La argumentación ya expuesta más arriba, se ha esgrimido por la Corte Suprema en sus sentencias ROL 1552-2003, 1559-2003, 1486-2003 todos de 4 de diciembre de 2003, 2199-2004 de 25 de Agosto de 2005, 2054-2004 de 30 de Agosto de 2005, entre otros. La Corte de Apelaciones de Concepción, por su parte, y en el mismo sentido, ha señalado que “si bien esta responsabilidad es amplia y no reconoce limitación legal alguna respecto del tipo de trabajo o de prestación de servicios, es evidente que la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, debe necesariamente entenderse limitada a los trabajadores del contratista que efectivamente le prestaron servicios en la obra o faena y al tiempo en que éstos se desempeñaron en su ejecución. Ello es de toda lógica si se considera que el sujeto pasivo de la responsabilidad subsidiaria a que alude el legislador es precisamente un determinado dueño de la obra, empresa o faena, que ha convenido con un contratista la ejecución de una obra o servicio específico por un precio prefijado, de manera que esa responsabilidad no puede extenderse más allá de los términos del convenio”¹³⁷. Sin embargo, existen fallos que contienen una posición contraria a la mencionada más arriba. Un caso es el de la sentencia ROL 1452-2004 de 28 de Julio de 2005, en la que la misma Corte Suprema, conociendo un recurso de casación interpuesto por el trabajador demandante, señala que “en atención a que los trabajadores fueron contratados para desempeñar labores en la faena de Manto Verde o en cualquier otra faena o establecimiento en que la demandada principal preste sus servicios, no se quebranta el artículo 64 del Código del trabajo, ya que la demandada subsidiaria no

¹³⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, Apelación, ROL 6323-2005, de 28 de octubre de 2005. Considerando decimoprimerro.

puede responder por prestaciones de trabajadores que no se desempeñan en forma exclusiva en sus faenas¹³⁸, extremando de esta manera el límite según el que la empresa principal responderá en la proporción que se hubiese aprovechado de los servicios de los trabajadores subcontratados, cuando existieren más de un dueño de obra, límite que había establecido con dos años de anterioridad, teniendo en su lugar como límite el que los trabajadores se desempeñan exclusivamente para la dueña de la obra que está siendo demandada en subsidio de la empresa contratista.

La segunda discusión que identificamos en esta última década, ha sido menos pacífica que la anterior. Los tribunales no han llegado, a lo largo de la primera década de éste siglo, a un acuerdo respecto de la extensión de la responsabilidad de la empresa principal. A pesar de que la pregunta por la extensión tiene múltiples respuestas posibles, la discusión se ha centrado principalmente en si se debe o no incluir aquellas indemnizaciones que el empleador sólo debe pagar una vez finalizado el contrato de trabajo, a saber, indemnizaciones por término de contrato; feriado proporcional; las indemnizaciones derivadas de la aplicación de la llamada ley Bustos, entre otras.

Esta discusión ha comenzado a principio de la década del 2000 y se sostiene aún hasta el presente año, incluso durante la vigencia de la nueva ley de subcontratación, pues los casos que están conociendo las Cortes son conflictos que se presentaron durante la vigencia del antiguo artículo 64 del Código del Trabajo. Sin embargo, la dictación de la nueva ley introdujo en esta discusión un elemento nuevo, como veremos más adelante. No obstante, a pesar de que es una discusión que se ha venido sosteniendo los últimos diez años, y al contrario de lo que se podría suponer, es imposible identificar una línea evolutiva en la argumentación de los tribunales y las Cortes, es decir, no existe una tendencia definida y constante a lo largo de la última década, llegando incluso a sostenerse opiniones contradictorias en dos casos conocidos por la Corte en la misma fecha.

¹³⁸ Corte Suprema, Casación, Rol 1452-2004, de 28 de Julio de 2005. Considerando sexto.

Pese a no existir una evolución, es posible identificar dos grandes líneas argumentativas a lo largo de este período que han sido utilizadas tanto por los tribunales de primera instancia, como por las Cortes para sostener, ya sea que la responsabilidad se extiende a las prestaciones que deben cancelarse una vez terminado el contrato, ya sea para sostener precisamente lo contrario.

Constatado que no podemos establecer una evolución en este período, nos limitaremos a señalar los principales argumentos de la jurisprudencia para sostener una posición o la otra.

En primer lugar, existe un sector de la jurisprudencia que sostiene que aquellas prestaciones que se deben cancelar una vez terminado el contrato de trabajo no deben ser incluidas dentro de aquellas prestaciones por las que debe responder la empresa principal en subsidio del empleador contratista. Esto por dos razones principalmente: La primera de ellas, se basa en que las indemnizaciones por término de contrato, así como la obligación de pagar el feriado proporcional, nacerían con el término del contrato de trabajo, es decir, una vez que ya no existe relación indirecta alguna entre la empresa principal y el trabajador y, por lo tanto, no podría hacerse responsable a la empresa principal puesto que sobrepasa el límite temporal que los mismos tribunales han establecido. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado en el año 2002 que “Que así también esta Corte ha establecido que el derecho al pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios y la compensación de los feriados, nacen a la vida jurídica una vez producido el despido y en la medida, en el caso de las dos primeras, que éste sea declarado indebido, injustificado o improcedente por el respectivo Tribunal. Por lo tanto, la responsabilidad subsidiaria, en general, no ha podido extenderse al pago de esas prestaciones, sobretodo y en el evento que los contratos de trabajo hayan terminado coetáneamente con el contrato que unía al empleador directo con la demandada subsidiaria”¹³⁹; en el año 2006 que “resulta innegable que esta retribución [la indemnización por años de servicio] nace a la vida del derecho y, por lo tanto, queda en condiciones de incorporarse al patrimonio del

¹³⁹ Corte Suprema, sentencia de reemplazo, Rol 4877-2001, de 02 de mayo de 2002. Considerando quinto.

trabajador, sólo una vez que ha ocurrido el hecho del despido o terminación del respectivo contrato” y agrega que “para hacer efectiva o no la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena, ha de estarse a al época en que se produce el despido o la terminación de los servicios, porque es este el momento en que nacen los derecho a a la indemnización por años de servicio y compensación del feriado, ya que antes de tal presupuesto, sólo existe una mera expectativa para los trabajadores”¹⁴⁰ y en el año 2007, la misma Corte sostuvo que a mayor abundamiento, esta argumentación se ve reforzada por el hecho de que la nueva ley de subcontratación introducirá una modificación a la redacción de la norma aplicada en el caso, señalando específicamente que la empresa principal será “solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales [...], incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral” (artículo 183-B, ley 20.123), pues de la nueva normativa se concluye que “si la ley derogó expresamente los preceptos en estudio para alterar la naturaleza de la responsabilidad en la citada norma [...], incluyendo en el concepto “obligaciones laborales y previsionales”, de ambos preceptos, las indemnizaciones propias del despido, lo es en el entendido que antes no se comprendían”¹⁴¹.

Por otra parte, los tribunales señalan que, si bien es cierto que la norma que establece la responsabilidad de la empresa principal no define que debe entenderse por “obligaciones laborales y previsionales”, no es menos cierto que el legislador laboral le ha dado un contexto a esta norma, esto es, la ha incluido bajo el título “De la Protección a las Remuneraciones”, y que, por ende, la expresión debe entenderse como relativa a las remuneraciones y a los descuentos que de ella debe realizar el empleador para pagar las cotizaciones previsionales. Refuerza este argumento la idea de que es el mismo código el que señala como principal obligación del empleador la de pagar las remuneraciones a los trabajadores en su artículo 10 n° 4. En palabras de los tribunales “el sentido del artículo 64 del Código del Trabajo es claro en orden a limitar

¹⁴⁰ Corte Suprema, Casación, Rol 3803-2000, de 13 de diciembre de 2006. Considerandos quinto y noveno.

¹⁴¹ Corte Suprema, Casación, ROL 1006-2006- de 27 de Julio de 2007. Considerando decimotercero.

la responsabilidad del dueño de la obra o faena a las obligaciones laborales y previsionales, de manera que es a ellas a las que debe estarse para los efectos de precisar la existencia de aquella responsabilidad. Pero como la ley no ha entregado una definición de tales obligaciones corresponde interpretar el alcance que se ha querido dar a dichas expresiones. Para ello se hace útil recurrir al concepto de contrato individual de trabajo, definido legalmente como “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada, de la que resulta que la principal obligación del empleador, aunque no la única, es la de pagar las remuneración, al punto que el artículo 10 n° 4 del Código Laboral señala como estipulación del contrato de trabajo “Monto, forma y período de pago de la remuneración acordada”.

Que, además, debe considerarse que el artículo 64 se encuentra ubicado, precisamente, entre las disposiciones que protegen a las remuneraciones, cuyo pago constituye la obligación principal de todo empleador, a lo que debe agregarse la prescripción contenida en el artículo 58 del texto laboral, esto es: “El empleador deberá deducir de las remuneraciones los impuestos que las graven, las cotizaciones de seguridad social, las cuotas sindicales en conformidad a la legislación vigente y las obligaciones con instituciones de previsión o con organismos públicos...”, consignándose en esta norma otra del las obligaciones del empleador”. Y agrega que “cabe concluir que las obligaciones laborales y previsionales a que hace referencia el artículo 64 del Código del Trabajo, están constituidas, fundamentalmente, por el pago de las remuneraciones en concepto amplio y de las cotizaciones de salud y seguridad social, sin perjuicio que el empleador deba dar, además, cumplimiento a los restantes imperativos de la legislación laboral. En este contexto, aparece que tales obligaciones nacen, permanecen y resultan exigibles durante la vigencia de la relación laboral que une al trabajador y empleador, pues son consecuencia, precisamente, de la existencia de esa vinculación, de manera tal que de su cumplimiento es responsable el dueño de la obra o faena, pero siempre y sólo en la medida que dicho cumplimiento sea

susceptible de ser fiscalizado”¹⁴². Este es el mismo argumento que ya había sostenido la misma Corte en el año 2001 en el fallo ROL 1248-2001; en el año 2005 en el fallo ROL 2288-2004; y en el 2006 en el fallo ROL 4842-2004, entre otros. Por último, cabe señalar que quienes sostienen esta posición en la jurisprudencia, la fundamentan en que “el dueño de la obra o faena, en términos generales, no participa tampoco en la decisión de despido de los trabajadores, por lo tanto, no resulta posible atribuirle responsabilidad por el hecho del empleador, respecto del cual carece de instrumentos legales en orden a fiscalizar la adopción por parte de aquel de una medida en términos legítimos, que impida una posterior sanción en su contra. Menos es dable imponerle la sanción del contratante no diligente, quien se ha puesto en situación de indemnizar los perjuicios causados a su contratista debido a su propio incumplimiento, actitud personal que no puede imputarse al dueño de la obra o faena para los efectos de hacerlo pagar el resarcimiento a que ha sido condenado el empleador, en subsidio de éste”¹⁴³.

Por otra parte, existe una segunda posición en la jurisprudencia que sostiene que las indemnizaciones por término de contrato, así como el feriado proporcional y las demás indemnizaciones que deben pagarse una vez terminado el contrato, deben incluirse en las prestaciones debidas subsidiariamente por el empresario principal o el contratista, en su caso. Los tribunales argumentan, en la defensa de esta posición, que deben incluirse todas aquellas prestaciones que tengan como causa el contrato de trabajo, pues, más allá de que se paguen antes o después del término de éste, las indemnizaciones por término y el feriado proporcional son prestaciones que se devengan durante la vigencia del contrato de trabajo. Además, como contrapartida del argumento que señala que sólo deben incluirse las remuneraciones y cotizaciones, señalan que la ley se limita a establecer que quien subcontrata será responsable subsidiariamente por las obligaciones laborales y previsionales que adeude el contratista a sus trabajadores, sin señalar más distinción al respecto y que, en virtud de

¹⁴² Corte Suprema, Casación, ROL: 3038-2006, de 26 de Junio de 2007. Considerando sexto.

¹⁴³ Corte Suprema, Casación, ROL: 4004-2004, de 29 de noviembre de 2005. Considerando decimoprimer.

los principios hermenéuticos generales, ahí donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir; y que, tratándose esta de una norma laboral, debe además interpretarse observando los principios que informan el derecho del trabajo, en este caso, el principio pro operario, el que señala que ante la duda, debe realizarse la interpretación más beneficiosa para el trabajador. Así se desprende de las palabras de la Corte Suprema cuando señala que al interpretar la norma en discusión “deben sumarse los principios que imbuyen la legislación laboral, es decir, protección del trabajador e in dubio pro operario, entre otros. Por consiguiente, si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, deben entenderse en sentido amplio e incluir en ellas los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente, es decir, legal, contractual e incluso, según el caso, nacidas de la aplicación práctica que se haya consentido por las partes” y agrega “Deben además considerarse las obligaciones nacidas de la seguridad social [...] Éstas últimas, sin duda, involucran la prevención de las contingencias sociales y la cobertura de siniestros propiamente tales, esto es, sistema de pensiones a través de las administradoras de fondos de esa naturaleza y la salud, por intermedio de las instituciones respectivas como, asimismo, la afiliación y cotización, es decir, el acto por el cual un particular se integra al régimen de seguridad social y la cuota con la que, obligatoriamente, trabajadores o empleadores deben concurrir a los regímenes de seguridad para financiar sus fines”

Además, señala que “por otro lado, en relación con las obligaciones laborales en estudio, esta Corte ha ya decidido que las indemnizaciones sustitutivas de aviso previo, por años de servicio, la compensación del feriado, el pago de las remuneraciones respectivas, de gratificaciones, de horas extraordinarias, entre otras, son obligaciones que tienen su fuente en la ley y que nacen o se devengan, ya sea mes a mes o con motivo de una indebida, improcedente o injustificada terminación de la relación laboral”¹⁴⁴. La misma opinión ha sido sostenida por la misma Corte en el año

¹⁴⁴ Corte Suprema, Casación, Rol 927-2003, de 04 de diciembre de 2003. Considerando octavo y noveno.

2004 en su fallo ROL 4615-2003; en 2005 en el fallo ROL 2199-2004 y en el año 2006 en su fallo ROL 2015-2005, entre otros.

Añadido a los anteriores argumentos, y en contraposición al argumento sostenido por la postura contraria, que señala que si el empresario principal no ha tenido la posibilidad de fiscalizar no puede imputársele responsabilidad por las obligaciones impagas de los contratista, la Corte de Apelaciones de Valdivia señala que “puede válidamente sostenerse que quien subcontrata asume, en el momento en que lo hace, el riesgo previsible de tener que pagar esas indemnizaciones, y que por eso resulta ajustado a derecho y razón declarar su obligación en ese sentido”¹⁴⁵

En nuestra opinión, es gravísimo que no se pueda establecer una línea única evolutiva de la jurisprudencia de los tribunales, aún más cuando analizamos en este último período, únicamente la jurisprudencia de la Corte Suprema. Ya que, si bien es cierto que en nuestro sistema jurídico el precedente no es vinculante, no es menos cierto que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho a la igualdad, derecho que se ve vulnerado por el actuar de la Corte Suprema en esta material. La jurisprudencia de la Corte Suprema es de una inconsistencia tan evidente que ha llegado a fallar en dos casos similares lo opuesto el mismo día. Este es el caso, por ejemplo, de los fallos ROL 3803-2006, en donde el 13 de diciembre de 2006 la Corte Suprema señaló que “resulta innegable que esta retribución [la indemnización por años de servicio] nace a la vida del derecho y, por lo tanto, queda en condiciones de incorporarse al patrimonio del trabajador, sólo una vez que ha ocurrido el hecho del despido o terminación del respectivo contrato” (considerando quinto) y agrega que “para hacer efectiva o no la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena, ha de estarse a al época en que se produce el despido o la terminación de los servicios, porque es este el momento en que nacen los derecho a la indemnización por años de servicio y compensación del feriado, ya que antes de tal

¹⁴⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, Apelación, Rol 88-2007, de 10 de agosto de 2007. Considerando tercero.

presupuesto, sólo existe una mera expectativa para los trabajadores”¹⁴⁶ y el fallo ROL 2015-2005, en el que el mismo día 13 de diciembre señala que “si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, deben entenderse en sentido amplio e incluir en ellas los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente, es decir, legal, contractual e incluso, según el caso, nacidas de la aplicación práctica que se haya consentido por las partes. Así, por lo demás, se señaló en el debate respectivo en la Cámara, donde incluso se sostuvo que no se estaba introduciendo ningún nuevo principio en la materia. Deben, además, considerarse las obligaciones nacidas de las contingencias de la seguridad social, dado que .donde la ley no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir”¹⁴⁷.

2.1.2 Responsabilidad de la empresa principal en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Las obligaciones de los empleadores relativas a los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, antes de la dictación de la ley 20.123, se encontraban reguladas, principalmente, en el Código del Trabajo y la ley 16.744 de 1968 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. En lo referido a la subcontratación, la ley 16.744 contemplaba en su artículo 4 inciso final que: "el dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que, en materia de afiliación y cotización, afecten a los contratistas respecto de sus trabajadores. Igual responsabilidad afectará al contratista en relación con la obligación de sus subcontratistas”.

Dicha norma debía ser complementada con lo establecido en el artículo 209 del Código del Trabajo: "el empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y

¹⁴⁶ Corte Suprema, Casación, Rol 3803-2000, de 13 de diciembre de 2006. Considerandos quinto y noveno.

¹⁴⁷ Corte Suprema, Sentencia de reemplazo, Rol 2015-2005, de 13 de diciembre de 2006. considerando sexto.

cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.744.

En los mismos términos, el dueño de la obra, empresa o faena, es subsidiariamente responsable de las obligaciones que en materia de afiliación y cotización, afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas."

Teniendo presente los citados artículos, podemos afirmar que dentro del concepto de obligaciones laborales y previsionales, de las cuales el legislador hacia responsable al dueño de la obra, empresa o faena, se encontraban, y no existe mayor controversia con respecto a ello, las obligaciones de afiliación y cotización del seguro contra riesgos laborales.

Sin embargo, tal como lo señala Francisco Walker, "Debe recalarse que esta responsabilidad se extiende, muy especialmente también, a las materias de prevención de accidentes del trabajo y, en general, a todo el ámbito de la seguridad"¹⁴⁸. Es en referencia a este tema en que se presentaron las mayores discusiones referidas a la extensión de la responsabilidad de la empresa mandante. La principal controversia se refería a la posibilidad de considerar dentro de las obligaciones laborales y previsionales de las cuales debe responder el dueño de la empresa principal, aquellas que derivan del deber de cuidado, también llamado deber de seguridad, que tiene todo empleador establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo y la obligación de indemnizar los daños que pueda sufrir la víctima u otras personas derivados de la ocurrencia de accidentes del trabajo, establecida en el artículo 69 de la ley 16.744.

¹⁴⁸ WALKER, Francisco. Algunas Reflexiones Sobre Los Aspectos Jurídico-Laborales de la Externalización(Outsourcing). *Economía y Administración*. 1 (148): p.11, Octubre/Noviembre 2004.

A ello debe sumarse la preocupación de parte de la doctrina¹⁴⁹ del surgimiento de ciertos problemas en el ámbito de la responsabilidad derivada de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Chile, ocasionados, en opinión de Diez, en parte “por la configuración de nuevas líneas jurisprudenciales que han comenzado a apartarse de soluciones que parecían estables en importantes aspectos de esta materia”¹⁵⁰. De dichas líneas jurisprudenciales y posibles problemas pasaremos a dar noticia en los párrafos siguientes.

Antes de entrar derechamente al tema en estudio, es necesario analizar lo relativo a la responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo, lo que permitirá entender de mejor manera las conclusiones a las que se arribaran con respecto a la responsabilidad de la empresa principal en este tema específico.

El artículo 69 letra b de la ley 16.744 señalaba: “Cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o un tercero, [...], b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral”

Frente a lo establecido por el artículo 69, surgió entonces para la doctrina la pregunta acerca de cuál es el derecho común al cual se remite el artículo 69 y si este correspondía a la responsabilidad contractual o extracontractual.¹⁵¹ Hubo autores que optaron por uno u otro tipo de responsabilidad, mientras otros, como ZELAYA, propusieron un derecho de opción para la víctima del accidente del trabajo, fundado en que “el artículo 69 letra b) de la LATYEP y, más recientemente, la ley 19.477 de 1996,

¹⁴⁹ DIEZ, José. Responsabilidad Civil derivada de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales: Aspectos Relevantes de su Regulación y Operatoria Actual. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 1 (31): 163-185, 2008.

¹⁵⁰ DIEZ. Op. Cit. p.164

¹⁵¹ ZELAYA, Pedro. La Responsabilidad Subsidiaria del Dueño de Obra, Empresa o Faena por los Daños Causados al Trabajador del Contratista o Subcontratista. Op. Cit. p. 26, 2004.

facultaron a la víctima directa del accidente del trabajo (trabajador lesionado o titulares de la acción indemnizatoria “iure hereditatis”) para ejercer, contra el empleador directo, la acción contractual ante los Tribunales Laborales o la extracontractual ante los Tribunales Civiles, cualquiera de las dos a su más amplia elección”¹⁵². La jurisprudencia, como pasaremos a analizar, no fue unívoca con respecto a este tema, lo que a juicio de DIEZ, importó un grave problema toda vez que nuestros Tribunales de Justicia habrían establecido dos estatutos sustantivos y procesales distintos para el caso de las indemnizaciones derivadas de un accidente laboral. El primero de ellos para el caso de que quien accionara fuera el trabajador directamente afectado. En esa circunstancia se estimó como competente para conocer del asunto a la jurisdicción laboral, aplicándose por tanto los principios del derecho laboral y sustanciándose la acción según las normas del procedimiento ordinario laboral, en especial las relativas al peso y apreciación de la prueba y plazos de prescripción de la acción. Además, “[e]n varias ocasiones se resolvió que el estatuto recién referido resultaba aplicable también a las demandas deducidas por causahabientes de trabajadores muertos en accidentes del trabajo que accionando iure hereditatis impetraban ante la justicia laboral el resarcimiento del daño moral que el causante habría experimentado antes de morir y cuya acción indemnizatoria les habría transmitido al momento de fallecer”¹⁵³. Por otro lado, para el caso que quien demandara la indemnización de perjuicios fuese una víctima por repercusión de su daño propio, “se entendió que debe ocurrir a la vía civil correspondiente, pues calificadas sus acciones como de naturaleza civil extracontractual, se entienden quedar fuera de la competencia laboral”¹⁵⁴ y, por tanto, sometidas a las reglas del procedimiento ordinario civil.

Opinamos que es acertado considerar que en los casos en que es el trabajador quien demanda directamente las indemnizaciones derivadas de la ocurrencia de un accidente del trabajo o enfermedad profesional, sea la jurisdicción laboral quien debe conocer del asunto, toda vez que nos encontramos frente al incumplimiento de una

¹⁵² ZELAYA. Op. Cit. p.28

¹⁵³ DIEZ. Op. Cit. pp.167-168

¹⁵⁴ *Ibíd.* p. 168.

obligación incorporada al contrato de trabajo, la obligación de protección consagrada en el artículo 184 del Código del Trabajo. El problema surgiría en los casos en que quien sufra los perjuicios sea un tercero, pues ellos tendrían que demandar ante la justicia civil, ya que nos encontraríamos frente a una responsabilidad extracontractual, en el caso que demandaran por daño propio y en la justicia laboral si accionan iure hereditatis, lo que eventualmente podría provocar decisiones contradictorias por parte de la justicia civil y laboral, al conocer de acciones indemnizatorias derivadas del mismo accidente del trabajo. Si bien esta disyuntiva es un tema de sumo interesante, escapa el tema tratado en el presente trabajo.

A continuación revisaremos la evolución de la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia referida a la extensión de la responsabilidad de la empresa mandante por perjuicios causados a los trabajadores de su contratista o subcontratista derivados de la ocurrencia de accidentes del trabajo. Consideramos relevante tratar este tipo de obligaciones en forma separada en razón de la innovación que con respecto a este tema incluye la ley 20.123.

En un comienzo los Tribunales de Justicia al conocer de la responsabilidad de la empresa mandante por las indemnizaciones derivadas de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales se refirieron, más que a si éstas correspondían a las obligaciones de las cuales la ley hacía responsable al dueño de la obra empresa o faena, a la posibilidad de los tribunales laborales de conocer de estos asuntos.

Así, en 1988 la Corte de Apelaciones de Santiago hizo referencia a la facultad de los Tribunales del Trabajo para conocer de estos asuntos al resolver la apelación de una resolución que había acogido la excepción de incompetencia interpuesta por la empresa mandante. Este tribunal decidió: "Que para fundar la mencionada demanda, en que se solicita el pago de una indemnización por los daños materiales y morales que se le ha causado, el actor señala que "El contrato de trabajo implica como contraprestación que debe el empleador al trabajador la obligación que en doctrina se llama deber de prevención, seguridad o protección", la que es consagrada en el artículo 171 del Código del Trabajo, norma que implica el deber del empresario de

cumplir todas las obligaciones que establece la ley 16.744 sobre seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, pero conforme al artículo 69 de la citada ley 16.744 el referido seguro social no agota su responsabilidad como quiera que dicha norma prescribe que la víctima o las demás, personas a quienes el accidente o enfermedad causa daño pueden reclamar al empleador o terceros responsables del accidente las otras indemnizaciones a que tienen derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral, y en la especie las demandadas han infringido -en su concepto- la obligación de proteger eficazmente la vida y salud del trabajador, incurriendo en culpa;¹⁵⁵. Luego, en el considerando 4º establece que: "Que la letra c) del artículo 390 del Código del Trabajo, preceptúa que son de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo las cuestiones y reclamaciones derivadas de la aplicación o interpretación de las normas sobre previsión o seguridad social, cualquiera que fuere su naturaleza, época y origen y que fueren planteadas por los trabajadores o empleadores referidos en la letra a) de esa norma, disposición que dada su amplitud, evidentemente resulta comprensiva de la materia formulada por el demandante en su libelo de fs. 1"¹⁵⁶

Esta misma Corte en 1990, y ya específicamente sobre la extensión de la responsabilidad de la empresa mandante en materia de accidentes del trabajo, consideró que las obligaciones derivadas de la ocurrencia de éstos, eran de aquellas por las cuales la empresa principal debía responder, en razón de derivar del contrato de trabajo, en palabras del tribunal:

"Que por los razonamientos dados en el fallo de primera instancia, ocurre que la Sociedad de Constructores Civiles Ltda. "Socovil" incurrió en responsabilidad porque no tomó las medidas convenientes para evitar el accidente ocurrido al trabajador Ojeda.

¹⁵⁵ Corte Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 191-88, de 29 de Abril de 1988. Considerando segundo

¹⁵⁶ Corte Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 191-88, de 29 de Abril de 1988. Considerando segundo

Que la responsabilidad de la Sociedad Standard Services S.A. es subsidiaria porque las obligaciones demandadas derivan de la protección que se debe al trabajador en virtud del contrato de trabajo en cuyo local estaba trabajando el carpintero Ojeda, pero por cuenta de Socovil, por lo que se aplica el artículo 63 del Código del Trabajo.”¹⁵⁷

Con ocasión del conocimiento de una causa referida a esta materia, la Corte de Apelaciones de Santiago se refirió a otro tema discutido en el ámbito de la responsabilidad de la empresa mandante bajo el antiguo régimen de subcontratación, esto es a la posibilidad de la empresa principal de impetrar el beneficio de excusión, al ser demandadas en forma subsidiaria por los trabajadores cuyas obligaciones laborales o previsionales han sido infringidas, la Corte resolvió:

“En cuanto a la excepción del beneficio de excusión invocado por la demandada subsidiaria, en opinión de los sentenciadores no es procedente aceptar los argumentos que dimanen de normas de derecho privado, toda vez que el Código del Trabajo y la ley N° 16.744 son normas esencialmente de orden público cuyo objeto es la protección de los trabajadores, razón por la cual se rechazará esta excepción. Además, por imperativo legal del artículo 64, el dueño de la obra es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos.”¹⁵⁸

Posteriormente en este mismo fallo, la Corte resolvió acerca de la posibilidad de las empresas principales de eximirse de responsabilidad en los casos en que las faenas donde acaezca el accidente sea de exclusiva responsabilidad del contratista, argumento defendido por la empresa demandada subsidiariamente. Así en el considerando 12 estableció: “Que la defensa mencionada en el fundamento precedente no excluye de responsabilidad a C.T.C. S.A., toda vez que por imperativo legal del

¹⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Apelaciones, Rol 719-93, de 18 de Junio de 1990. Considerando primero

¹⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 1367-1999., de 28 de Octubre de 1990. Considerando noveno

artículo 64 del Código del Trabajo, el dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos y también responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad del contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos.”¹⁵⁹

El demandado subsidiario en este caso, interpuso recurso de casación en el fondo contra la sentencia citada, el que fue resuelto por la Corte Suprema el 8 de noviembre de 2000, la que consideró con respecto a la posible responsabilidad de la empresa principal: “Que, de lo antes transcrito y de la simple lectura de la disposición contenida en el artículo 64 del Código Laboral, cotejadas con los hechos sentados por los jueces de mérito, aparece que el dueño de la obra o faena, como lo es la Compañía de Teléfonos de Chile S.A., es responsable subsidiariamente de las obligaciones laborales, como es aquella de seguridad y protección de los trabajadores fijada en el artículo 184 del Texto Laboral, que afecten a los contratistas, en este caso la empresa Econar S.A. También responde la Compañía de Teléfonos de Chile S.A. de esta obligación que aqueja a los subcontratistas, como es del empleador don Santiago Miranda con la actora, cuando no pudiere hacerse efectiva su responsabilidad.”¹⁶⁰

Sin embargo, desestima la responsabilidad de la demandada subsidiaria, debido a un problema que podríamos denominar formal, pues el Tribunal consideró que “[...]de la lectura del artículo 64 del Código del Trabajo, aparece con meridiana claridad que en este caso, para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la Compañía de Teléfonos de Chile, dueña de la obra o faena, era requisito que la demanda se dirigiera no sólo en contra del subcontratista, como ocurre en la especie, sino que también en contra del contratista, cuestión que no aconteció; de manera tal,

¹⁵⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 1367-1999., de 28 de Octubre de 1990. Considerando doceavo

¹⁶⁰ Corte Suprema, Casación, Rol 13/00, de 8 de noviembre de 2000. Considerando sexto

no se dan los presupuestos para acoger la acción interpuesta en contra la indicada empresa dueña de la obra.”¹⁶¹

En fallo de 31 de Enero de 2001, la Corte de Apelaciones de Santiago se refirió, explícitamente, al contenido de la expresión “obligaciones laborales y previsionales” y los presupuestos necesarios para que opere la responsabilidad de la empresa mandante, y señaló: “Que el inciso primero del artículo 64 del Código del Trabajo dispone que “el dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos”.

Entre las "obligaciones laborales" a que se refiere el precepto legal transcrito, naturalmente han de considerarse aquéllas que derivan del deber de cuidado que, respecto de la vida e integridad física de sus trabajadores empece a todo empleador conforme lo disponen los artículos 184 del cuerpo legal ya mencionado y 69 de la ley Nº 16.744, y que se traducen en la necesidad de indemnizar, de manera satisfactoria, los daños que sufra la víctima y las demás personas que puedan verse afectadas por un accidente laboral;”

“Que la referida responsabilidad subsidiaria a que se encuentra sujeto el dueño de una obra, empresa o faena en virtud del citado artículo 64 del ordenamiento laboral, reconoce como único y suficiente factor de atribución la titularidad dominical de la persona a quien se pretende hacer efectivo el deber de responder, sobre esa obra, empresa o faena; en otros términos, establecida la responsabilidad del contratista en la ocurrencia del accidente del trabajo, responde de manera subsidiaria quien encargó la ejecución de la obra sin que, respecto de éste, sea necesario entrar a considerar

¹⁶¹ Corte Suprema, Sentencia de Reemplazo, Rol 13/00, de 8 de noviembre de 2000. Considerando tercero.

elementos subjetivos de imputabilidad, como son el dolo o la culpa, sea en el accidente mismo así como en la celebración del correspondiente contrato de obra”¹⁶².

A nuestro entender, este fallo es sumamente importante ya que acoge nuestra tesis referida a la naturaleza objetiva y laboral de la responsabilidad de la empresa principal en la subcontratación establecida por nuestra legislación laboral, toda vez que señala como único factor de atribución de la responsabilidad subsidiaria la calidad de dueño de la obra, empresa o faena, sin que sea necesario entrar a considerar factores de imputación de esta responsabilidad, por ejemplo, la diligencia con que actuó la empresa mandante tanto en la supervisión de su contratista o subcontratistas, como en las circunstancias que rodean el accidente mismo. Verificada la calidad de empresa principal del demandado subsidiariamente, éste debe responder. Dicho razonamiento, en nuestra opinión, es aplicable a todas las obligaciones laborales y previsionales de las cuales es responsable la empresa mandante.

El fallo antes citado, reitera la opinión de la jurisprudencia en relación a descartar la posibilidad de invocar por parte de la empresa principal como defensa, el hecho que la seguridad de los trabajadores estuviese a cargo exclusivamente de la empresa contratista o subcontratista dependiendo de cada caso, al señalar en su considerando cuarto: “Que carece de toda relevancia para liberar de la responsabilidad que le afecta a "Codelco Chile División El Teniente" en el accidente sufrido por don Roberto Urzúa Aguilar, la alegación formulada por esta empresa en el sentido que en el contrato que celebró con "Zublin Chile Ingeniería y Construcción Ltda." la seguridad del personal y de los equipos con que se efectuaban las obras eran de la exclusiva responsabilidad de dicha empresa contratista. Ello, en primer término, porque la norma contenida en el mencionado artículo 64 del Código del Trabajo es de orden público y, como tal, su contenido se impone a las partes, no pudiendo éste ser alterado por acuerdos privados entre particulares; además, preciso es tener en consideración que al contrato que suscribió "Codelco Chile División El Teniente" con la citada empresa

¹⁶² Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 3132-1997, de 31 de Enero de 2001. Considerandos primero y segundo

contratista, no concurrió el señor Urzúa, por lo que sus estipulaciones, especialmente aquellas que de un modo u otro podían afectar sus derechos laborales, no le eran oponibles.”¹⁶³.

También de acuerdo en considerar como responsable subsidiario a la empresa mandante de las obligaciones laborales originadas por accidentes del trabajo se mostró el Sexto Juzgado de Letras de Santiago, el que en fallo de 23 de Enero de 2001 al referirse a la posibilidad del trabajador de solicitar las indemnizaciones establecidas por el artículo 69 de la ley 16.744 tanto a su empleador como al dueño de la obra, empresa o faena en que se desempeñaba, estableció, “Que resultando que el accidente se produjo por incumplimiento de las obligaciones del empleador directo, es decir, por su culpa, el trabajador se encuentra habilitado para ejercer la acción indemnizatoria que le concede el artículo 69 letra b) de la ley N° 16.744 tanto en contra de su empleador, como en contra de terceros responsables, entre los que con toda evidencia se encuentran los demandados subsidiarios en virtud de lo que dispone el artículo 64 del Código del Trabajo, en su calidad de contratista uno y dueño de la obra el otro; la alegación contenida en la contestación de la demanda de fojas treinta en cuanto a que no existe norma legal que determine la responsabilidad del dueño de la obra, carece de fundamento, toda vez que tal norma es la que se ha indicado; el artículo 4 de la ley N° 16.744 establece que los contratistas y subcontratistas son subsidiariamente responsables de la obligación de afiliación y cotización a un organismo de seguro contra los riesgos de accidentes laborales, pero no señala que es la única obligación que tienen; por ello, esta disposición no excluye la responsabilidad subsidiaria que establece el artículo 64 del Código del Trabajo, respecto de las obligaciones de índole laboral -cual es la del artículo 184 del Código del Trabajo- respecto del dueño de la obra y del contratista, en beneficio de los trabajadores del subcontratista.”¹⁶⁴ Esta sentencia fue confirmada en segunda instancia, frente a lo cual los demandados subsidiarios, la empresa principal y la contratista, pues quien reclamaba era un

¹⁶³ Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 3132-1997, de 31 de Enero de 2001. Considerando cuarto

¹⁶⁴ Sexto Juzgado de Letras de Santiago, Rol 3758-1999, de 23 de Enero de 2001. Considerando decimosexto.

trabajador de un subcontratista, recurrieron de recurso de casación en el fondo el que fue resuelto por la Corte Suprema el 12 de Noviembre de 2002, en esta resolución el tribunal consideró, como lo ha hecho la jurisprudencia en otras ocasiones, que para que pudiese hacerse responsable subsidiariamente a la empresa principal debía cumplirse un requisito adicional: la posibilidad de la empresa principal de vigilar o supervisar las labores desarrolladas por el subcontratista. Sin embargo, el tribunal igualmente considera dentro de las obligaciones laborales por las cuales debe responder la empresa principal a aquellas originadas con motivo de un accidente del trabajo o enfermedad profesional. Esto se ve reflejado en su sentencia de 12 de noviembre de 2002, cuando señala:

“Que como ha sido resuelto por esta Corte, en sentencia de 31 de agosto de 2001, autos rol N° 817-01, "la responsabilidad legal indirecta que afecta al dueño de la obra o faena tiene su fundamento, por una parte, en el provecho que reporta del trabajo prestado en su interés por los dependientes del contratista y, por la otra, en el imperativo de cautelar el debido cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que benefician a esos trabajadores, imponiendo a un tercero en los contratos celebrados por el contratista con su personal, el deber de satisfacer con su patrimonio subsidiariamente dichas obligaciones, pero dotándolo de los medios de prevenir su incumplimiento por parte del contratista".

“No obstante, tratándose de la responsabilidad del subcontratista, en el caso que nos ocupa, no puede sino concluirse que el dueño de la obra sólo puede ser responsable cuando tenga o haya podido tener al menos un mínimo rol de vigilancia, lo que no se ha configurado en la especie, pues Cecinas La Preferida S.A., encomendó a la contratista la construcción de su edificio institucional, quien por su cuenta y riesgo delegó en el empleador directo del trabajador, la realización de parte de tales trabajos.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ Corte Suprema, Casación, Rol 1366-02, de 12 de noviembre de 2002. Considerandos decimocuarto y decimoquinto

También favorable a la inclusión dentro de la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal a estas obligaciones, y en especial a la contenida en el artículo 184 del Código del Trabajo, se mostró el Primer Tribunal de Letras del Trabajo de Antofagasta que considero: “Que en cuanto a las alegaciones vertidas por la demandada subsidiaria, en orden a que su parte no tendría legitimación pasiva en la presente causa, cabe tener presente que la responsabilidad subsidiaria establecida en el artículo 64 del Código del ramo, alcanza al dueño de la obra o faena, respecto de cualquier obligación laboral o previsional que pudiere afectar al contratista con sus trabajadores y precisamente en la especie nos encontramos frente a una obligación laboral incumplida por la demandada, cual es el deber de prevención o de protección consagrado en el artículo 184 del mismo Código, siendo dicho incumplimiento el que originó la obligación de indemnizar al actor. Por lo demás, el espíritu del legislador laboral al establecer esta responsabilidad subsidiaria, es proteger en forma amplia a los trabajadores, respecto de todas las obligaciones laborales o previsionales que nacen de una relación laboral, dentro de las cuales, obviamente se encuentra la del artículo 184 ya citado.”¹⁶⁶ La demandada subsidiaria apeló a esta resolución, y conociendo de este recurso, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, hizo mención y estableció la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 64 del Código del Trabajo: “Interpretando esta norma al tenor de lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil, es dable sostener que es de carácter amplio, ya que al referirse a las obligaciones laborales, sin excluir a ninguna en particular, ni aludir a una en especial, no ha establecido distinción alguna y, evidentemente, ha entendido que quedan comprendidas todas aquellas obligaciones que tengan su origen en una relación laboral, de forma tal que la subsidiaridad no tiene limitación en cuanto a la naturaleza y origen de la obligación y, por lo mismo no está restringida sólo a las remuneraciones.”¹⁶⁷

¹⁶⁶ Primer Juzgado del Trabajo de Antofagasta, Rol 1958, de 31 de Julio de 2001. Considerando trigésimo cuarto.

¹⁶⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 2376, de 20 de Octubre de 2001. Considerando cuarto

Una opinión distinta sostuvo la Corte Suprema al conocer del recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandada subsidiaria de autos. El accidente objeto de la controversia correspondía a los denominados accidentes de trayecto, y la Corte Suprema considero que no podía hacerse responsable a la empresa principal por este tipo de accidente, con base en los siguientes argumentos que pasamos a exponer:

“Que en este tipo de accidentes, es decir, de trayecto, el empleador no puede ejecutar, ya sea por imposibilidad física y material, el deber de protección a sus asalariados, razón por la cual el artículo 184 del Texto Laboral, sólo le impone al ente patronal tal carga de cuidado, de sus asalariados, en las obras o faenas y, en consecuencia, por regla general, no puede asumir responsabilidad en este tipo de imprevistos laborales.”¹⁶⁸

Agrega más adelante: “Que como se puede advertir, si el empleador directo no tiene la posibilidad y oportunidad para cumplir con el cometido impuesto tanto por la ley y el contrato, de proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, en estos denominados accidentes de trayecto; con mayor razón no puede ser asumida tal obligación por el dueño de la obra o faena, con respecto de los trabajadores de su contratista o subcontratista”¹⁶⁹

Luego, la sentencia se refiere expresamente al contenido del artículo 64 y señala: “Que del tenor de la disposición antes transcrita, consta que el legislador limita la responsabilidad subsidiaria que la misma norma impone al dueño de la obra o faena a las "obligaciones laborales y previsionales".¹⁷⁰

“Que como ya quedó explicado, si el empleador, por regla general, no responde de la obligación que sobre él pesa de proteger eficazmente la vida y salud de sus

¹⁶⁸ Corte Suprema, Casación, Rol 5029-01, de 8 de Mayo de 2002. Considerando decimoctavo.

¹⁶⁹ Corte Suprema, Casación, Rol 5029-01, de 8 de Mayo de 2002. Considerando vigésimo.

¹⁷⁰ Corte Suprema, Casación, Rol 5029-01, de 8 de Mayo de 2002. Considerando vigesimosegundo.

trabajadores cuando éstos no se encuentran en la obra o faenas, es decir, cuando se desplazan ya sea de ida o regreso a su habitación; mal puede sostenerse que ésta debe ser asumida de manera subsidiaria por el dueño de la obra o faena, con respecto de los dependientes de su contratista o subcontratista¹⁷¹. El accidente al que se refería este caso ocasionó varios muertos y heridos, por lo que correspondió a los Tribunales Laborales de Antofagasta conocer de otra causa basada en los mismos hechos, interpuesta por familiares de otra de las víctimas. Con respecto a la posible responsabilidad de la dueña de la obra empresa o faena en el accidente de trayecto objeto de la litis, el Primer Tribunal Laboral de Antofagasta resolvió de igual forma que en el fallo antes citado, referido a los mismos hechos. Esta sentencia fue apelada por la demandada principal y subsidiaria, debiendo el tribunal ad quem referirse a la posible responsabilidad subsidiaria de la empresa principal por daños derivados de accidentes del trabajo de trayecto, y este resolvió: “Que el reproche que se hace a la demandada principal, en cuanto permitió que el trabajador Yanko Contreras González cumpliera una doble jornada, lo que sin duda afectaba sus condiciones físicas y psíquicas que tuvieron una influencia decisiva en el accidente, no puede hacerse respecto de la demandada subsidiaria.

En efecto, ninguna vinculación directa existía entre S.Q.M. Químicos S.A. y el trabajador, en términos que la empresa pudiera tomar todas aquellas medidas tendientes a impedir una situación como la indicada. Nunca estuvo en condiciones de prever lo ocurrido y menos aun si se considera que el accidente tuvo lugar en el trayecto al trabajo, fuera de la faena misma, único lugar donde pudo tener un grado de conocimiento que permitiera imputarle alguna responsabilidad en el hecho. Como nada de esto ocurrió no puede prosperar la pretensión que responda en la misma forma que está obligada la demandada principal”.¹⁷²

¹⁷¹ Corte Suprema, Casación, Rol 5029-01, de 8 de Mayo de 2002. Considerando vigesimotercero

¹⁷² Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 2577, de 10 de Septiembre de 2002. Considerando noveno.

Al analizar estos fallos, podemos notar que frente a los mismos hechos, pasados 11 meses la Corte de Apelaciones cambió de opinión en relación a la posibilidad de existencia de responsabilidad de la empresa principal por daños derivados de un accidente del trabajo y por el consecuente incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 184 del Código del Trabajo, pasando desde un concepto amplio de “obligaciones laborales y previsionales” que comprende la obligación establecida en el artículo 184, a uno más restringido en que se establecido como requisito para la existencia de responsabilidad la posibilidad de supervigilar a los trabajadores de la contratista.

A favor de la inclusión de la obligación de seguridad contenida en el artículo 184 del Código del Trabajo dentro de aquellas obligaciones laborales y previsionales a las que se refiere el artículo 64 del Código del Trabajo estuvo el Tribunal de María Elena en fallo de 20 de Diciembre de 2002 en el consideró improcedente la alegación de Soquimich, empresa principal en este caso referida a que no le resultaría aplicable el artículo 64 del Código del Trabajo, “por cuanto éste sólo alude a la responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones laborales y previsionales del contratista, y no puede extenderse a la obligación de proteger la vida y salud de los trabajadores que contempla el artículo 184 del Código del Trabajo y cuyo incumplimiento invoca el demandante como causa directa e inmediata del accidente.

Respecto de la alegación formulada, ésta es de suyo improcedente, pues la obligación prevista en el artículo 184 del Código del Trabajo es, sin duda, una obligación laboral, y como tal hace aplicable la norma del artículo 64, antes referido, de modo que la alegación de las demandadas será desestimada en definitiva.”¹⁷³

Conociendo en apelación de esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, afirmó que no sólo el trabajador, víctima directa del daño producido en el accidente, puede accionar de responsabilidad subsidiaria contra el dueño de la obra,

¹⁷³ Tribunal de Letras de María Elena, Rol 8-2002, de 20 de diciembre de 2002. Considerando vigésimo sexto.

empresa o faena, sino cualquier otro tercera, dándole un interpretación muy amplia al artículo 69 de la ley 16. 744 y al artículo 64 del Código del Trabajo, en palabras del tribunal: “Que como se desprende de esta disposición, no sólo la víctima sino cualquier otro puede accionar a la sede jurisdiccional respectiva en contra del tercero que causó el daño a objeto le indemnice de los perjuicios ocasionados, de modo tal que no sólo es el trabajador el único acreedor de la responsabilidad subsidiaria. Como ha quedado acreditado en estos autos la acción deducida se ha basado justamente en la normativa contemplada en el artículo 64 del Código de Trabajo que establece dicho tipo de responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, el que no adoptó todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores al tenor de lo dispuesto en el artículo 184 del citado cuerpo legal.”

Agregó: “Que cabe consignar que las transformaciones económicas que están produciéndose en el mundo, como lo sostiene el profesor Ricardo Juri Sabag, han modificado considerablemente los mercados de trabajo, en que la pauta clásica consistía en una relación de empleo que suponía un vínculo de subordinación de patrón trabajadores. En la actualidad han surgido nuevas formas de utilización de mano de obra que impugnan este modelo tradicional, tendiendo cada vez más la empresa moderna a efectuar sus actividades a través de terceros, que se denominan "contratistas" o "subcontratistas". Es así, que el legislador laboral no ha podido mantenerse ajeno a estos cambios, creando instituciones que vayan en resguardo del trabajador como lo constituye precisamente la contemplada en el artículo 64 del Código del Trabajo.”

“Que el ya tantas veces referido artículo 64 del Código del Trabajo, constituye una norma amplísima en cuanto a su contenido ya que se refiere a todas las obligaciones de carácter legal y previsional que se originaron en el contratante y sus trabajadores sin excepción, y por ende no está restringida sólo a las remuneraciones, sino comprensiva de beneficios y retribuciones o indemnizaciones.”¹⁷⁴

¹⁷⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, apelación, Rol 2706, de 17 de Abril de 2003. Considerandos vigésimo primero, vigésimo segundo y vigésimo tercero.

El Tribunal de Los Ángeles, fue partidario de una interpretación amplia de la responsabilidad de la empresa mandante, al expresar en el considerando 17 de la sentencia de fecha 26 de Julio de 2004, que: “Ahora bien, las indemnizaciones demandadas en estos autos provienen evidentemente de la obligación contenida en los artículos 184 y siguientes del Código del Trabajo, que determinan que el empleador debe tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de sus trabajadores, obligación que naturalmente alcanza no sólo al empleador directo, sino que subsidiariamente, en este caso, al contratista demandado.”¹⁷⁵

La Corte de Apelaciones de Concepción, conociendo un recurso de apelación interpuesto contra esta sentencia, también es partidaria de un concepto amplio acerca de la extensión de la responsabilidad de la empresa principal, ello queda patente en el considerando 5º de su sentencia, que dice: “[...] tampoco es pertinente limitar la responsabilidad subsidiaria que impone el artículo 64 del Código del Trabajo en los términos que propone la demandada Febrag S.A. en cuanto ella no se extendería a las indemnizaciones, entre éstas, la del daño moral que se le impuso. Para el rechazo de este argumento es indispensable referirse a la fuente de la obligación que autoriza la reparación por el daño moral causado con ocasión de un accidente del trabajo. En efecto, si bien el Código Laboral en su artículo 184 impone al empleador la obligación de proteger la vida y salud de sus trabajadores, como la de mantener las condiciones de seguridad en que se desarrollan las faenas, esta obligación forma parte del contenido del contrato de trabajo, por lo que el quebrantamiento de ella da derecho a exigir su cumplimiento y como en este caso ese cumplimiento se ha hecho imposible (el trabajador resultó severamente dañado y con una incapacidad parcial) no tendría sentido si no se otorga el derecho a pedir el cumplimiento en equivalencia, que en este caso es la indemnización de perjuicios. Por lo anterior, cuando el artículo 64 del texto laboral antes citado utiliza la expresión obligaciones laborales debe entenderse también que la responsabilidad se extiende a su cumplimiento. Si se excluyera la acción indemnizatoria resultaría restringida la norma, en circunstancias que ésta no hace distinción como resulta de su simple examen. Finalmente, la ubicación del

¹⁷⁵ Tribunal de Letras de Los Ángeles, Rol 12357, de 26 de Julio de 2004. Considerando decimoséptimo.

precepto en el Capítulo VI .De la Protección de las Remuneraciones del Código del Trabajo en absoluto puede restringir el alcance de ella ya que el carácter general es innegable y de esta manera se logra aprehender el verdadero sentido de la ley (ya que se debe recordar que el intérprete debe utilizar todos los elementos de interpretación de la ley y no el puro método gramatical)”¹⁷⁶.

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha establecido, “Que, al sentido y alcance de las expresiones utilizadas en el artículo 64 del Código del Trabajo, deben sumarse los principios formativos la legislación laboral, es decir, protección del trabajador e in dubio pro operario, entre otros. Por consiguiente, si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, deben entenderse en sentido amplio o incluir en ellas los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente, es decir, legal, contractual e incluso, según el caso, nacidas de la aplicación práctica que se haya consentido por las partes”¹⁷⁷. Pese a que al conocer de esta causa la Corte Suprema rechaza la existencia de responsabilidad subsidiaria en el caso objeto de la litis, alegando una interpretación errónea del artículo 64, sí se refiere a los que considera como fundamentos de esta responsabilidad, y dice: “Que la responsabilidad del dueño de la obra empresa o faena, radica en que éste ejerce las atribuciones relativas al dominio respecto de la obra misma y porque se ha beneficiado u obtenido provecho del trabajo o prestación de servicios efectuado por el contratista con quien ha pactado el pago de un precio determinado por el trabajo de sus dependientes”¹⁷⁸.

Del estudio de estos fallos, podemos afirmar que bajo la vigencia del artículo 64, e incluso bajo la legislación anterior, en general nuestros Tribunales de Justicia estuvieron de acuerdo en cuanto considerar a la empresa principal como responsable

¹⁷⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, Apelación, Rol 3746-2004, de 11 de julio de 2005. Considerando quinto.

¹⁷⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 3767-2004, de 15 de Julio de 2005. Considerando segundo

¹⁷⁸ Corte Suprema, Casación, Rol 4514-2005, de 14 de Mayo de 2007. Considerando séptimo

de las indemnizaciones y obligaciones derivadas de los accidentes del trabajo o enfermedades profesionales sufridas por los trabajadores de sus contratistas o subcontratistas según corresponda. Con la dictación de la ley 20.123 este problema ha sido resuelto, toda vez que la nueva legislación recoge esta argumentación, y no sólo considera a la empresa principal responsable de éstas obligaciones, sino que le impone obligaciones adicionales en materia de higiene y seguridad en el trabajo de las cuales responde directamente.

2.2 Responsabilidad De La Empresa Principal En La Ley 20.123

2.2.1 Responsabilidad solidaria en la ley 20.123¹⁷⁹.

La ley 20.123, trajo una serie de cambios en lo que se refiere a la regulación de la responsabilidad de la empresa principal en la subcontratación en nuestro país. En un primer acercamiento, podemos señalar que las principales novedades incorporadas por esta ley son la responsabilidad directa de la empresa principal en materia de higiene y seguridad, establecida en el artículo 183-E del Código del Trabajo; y el establecimiento, en ciertas hipótesis, de responsabilidad solidaria para la empresa principal en el artículo 183-B .

La ley de Subcontratación estableció la responsabilidad solidaria de la empresa principal en los siguientes términos:

“Artículo 183-B.- La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al

¹⁷⁹ Dado que ya expusimos el concepto de responsabilidad subsidiaria al referirnos a la responsabilidad de la dueña de la obra, empresa o faena en el artículo 64, nos remitiremos aquí únicamente al concepto de responsabilidad solidaria de la empresa principal recientemente introducido por la ley 20.123.

tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural”.

Del examen del proyecto 2943-13 sobre trabajo en régimen de subcontratación y que regula el funcionamiento de empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios, podemos observar que éste originalmente no contemplaba la existencia de responsabilidad solidaria para la empresa principal, y el único artículo que se refería a la responsabilidad de ésta, estaba establecido como sigue:

“Artículo 152 B.- El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones que correspondan, por término de la relación laboral. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos. [...]

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural”¹⁸⁰.

La solidaridad fue introducida recién durante el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

2.2.1.1 Concepto de solidaridad en la ley 20.123

Como la ley 20.123 no entrega un concepto de responsabilidad solidaria, nos abocaremos, entonces, a enunciar un concepto de responsabilidad solidaria de la empresa principal.

Un primer acercamiento al concepto de responsabilidad solidaria, debe hacerse a través del derecho civil y la definición de obligación solidaria. La doctrina ha señalado que la obligación solidaria es: “aquella en que debiéndose una cosa divisible y existiendo pluralidad de sujetos activos o pasivos, cada acreedor está facultado para exigir el total de la obligación, y cada deudor puede ser obligado a cumplirla íntegramente [...]”¹⁸¹. Por tanto “la solidaridad no proviene de la naturaleza de la cosa que se debe, sino de la ley o la voluntad de las partes”¹⁸², tal como ocurre en la subcontratación, en que es la ley quien impone la responsabilidad solidaria a la empresa principal.

¹⁸⁰ Historia de la Ley. Op. Cit. p.26.

¹⁸¹ ABELIUK, René. Las Obligaciones. Tomo I. 3ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993. p.327.

¹⁸² ALESSANDRI, Arturo. Teoría de las Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1988. p. 264.

De esta definición podemos deducir que las características principales de la solidaridad son 4¹⁸³:

- a) Pluralidad de Sujetos.
- b) Unidad de prestación y que esta sea divisible
- c) Disposición de la ley o declaración de las partes creando la solidaridad
- d) Que la obligación se extinga por el pago total efectuado por uno de los deudores a uno de los acreedores.

Teniendo en consideración las características de la solidaridad, podríamos definir la responsabilidad solidaria en la ley 20.123 como aquella que, en virtud de la ley laboral, permite al trabajador de la empresa contratista exigir el pago íntegro de las obligaciones laborales y/o previsionales incumplidas por su empleador, tanto a la empresa contratista (empleador) como a la empresa principal, conjunta o separadamente y sin necesidad perseguir primero al obligado principal, siempre que esta última no haya ejercido los derechos de control establecidos por la ley.

Con respecto a la responsabilidad solidaria de la empresa principal, existen diversas posturas en la doctrina. Algunos autores consideran que la inclusión de ésta implicó un agravamiento de la responsabilidad de la empresa principal, produciéndose un cambio en el tipo de responsabilidad que afecta a la empresa principal. De este modo, se habría pasado desde una responsabilidad subsidiaria bajo el artículo 64 del Código del Trabajo a una solidaria. Por otra parte, algunos sostienen que la regla general sigue siendo la responsabilidad subsidiaria.

PALAVECINO, quién defiende la primera postula, señala que la ley convirtió la responsabilidad de la empresa principal en solidaria, así como también la del

¹⁸³ Clasificación propuesta por ALESSANDRI, Arturo. *Ibíd.* p.265.

contratista respecto del subcontratista, lo que traería una serie de consecuencias, toda vez que en “el Derecho Civil, la solidaridad implica que cada uno de los deudores es deudor de la totalidad de la obligación”¹⁸⁴, y ello implicaría, en el ámbito laboral, que “[e]l trabajador podrá, por tanto, dirigirse para cobrar sus créditos insolutos contra su empleador y contra el empresario principal, conjuntamente o, si lo prefiere, solamente contra el empresario principal, saltándose al contratista-empleador”¹⁸⁵. La misma posición sostienen ALBORNOZ, ALVIZ y RIFFO, quienes al referirse a la responsabilidad de la empresa principal sostienen que “[a] diferencia de lo que ocurría con lo que ocurría con el régimen anterior sobre subcontratación, reglado mediante los derogados artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, la nueva ley 20.123, a través del artículo 183-B, establece la solidaridad como regla general de responsabilidad para la empresa principal”¹⁸⁶

Por su parte, LIZAMA y UGARTE, sostienen que se ha producido un error sobre la materia señalándose que hay un cambio en el tipo de responsabilidad que afecta a la empresa principal¹⁸⁷, y que ésta sólo se agravaría en el caso en que la empresa no ejerza los derechos de información, de retención y de pago por subrogación, es en este caso en que “la ley eleva su responsabilidad a solidaria, como una forma de sanción”¹⁸⁸. Señalan los autores que esta norma tendría como fin incentivar el sistema de autocontrol de la legislación laboral, y el agravamiento de la responsabilidad de la empresa principal estaría supeditado a un hecho propio, el no ejercer los derechos de control que otorga la ley. Es así como “la posición jurídica prevalente de la empresa principal respecto del contratista, reforzada legalmente por la atribución legal de los derechos de información y retención, justifican plenamente que debe verse agravada su responsabilidad cuando, por su propia falta de diligencia en el ejercicio de esos derechos, el pago de las obligaciones laborales y provisionales (sic) se vea en

¹⁸⁴ PALAVECINO. Op. Cit. p.55

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ ALBORNOZ, ALVIZ, PEREZ. Op. Cit. p. 41

¹⁸⁷ LIZAMA, L. y UGARTE, J.. Op. Cit. p. 59.

¹⁸⁸ LIZAMA, L. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 59.

situación de no ser integrados”¹⁸⁹. La misma posición sostienen HENRÍQUEZ y RIQUELME, quienes al referirse a la responsabilidad que correspondería a la empresa principal o el contratista en su caso, expresan: “Sin embargo, si estas empresas no se informan debidamente de cómo los contratistas y subcontratistas cumplen con sus obligaciones laborales y previsionales, la sanción será que su responsabilidad subsidiaria original se transformará en solidaria. De esta forma, la falta de diligencia de las mandantes se sancionará con un incremento de su responsabilidad ante las deudas laborales y previsionales de los contratistas y subcontratistas que utilicen. Dependerá entonces, de las propias mandantes si son imputadas como subsidiaria o solidariamente responsables”¹⁹⁰

SOTO, también considera que el tipo de responsabilidad al que se verá expuesta la empresa depende exclusivamente de su actuar, al expresar que: “queda entregada a la voluntad del dueño de la obra empresa o faena, el grado de responsabilidad que deberá asumir, determinándose a partir de un hecho suyo: el ejercicio oportuno de su derecho de información y retención [...]”¹⁹¹

2.2.2 Derechos de la Empresa Principal

Como un medio adicional para proteger las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, el legislador ha dotado a la empresa principal de determinados derechos que le permiten controlar si se está dando cumplimiento a la legislación laboral. Según LIZAMA y UGARTE, la “justificación de esta norma legal es incentivar el sistema de autocontrol del cumplimiento de la legislación laboral: la empresa principal ve agravado su grado de responsabilidad de subsidiaria a solidaria por el hecho propio de no ejercer los derechos que la ley le otorga”¹⁹². Así las cosas,

¹⁸⁹ Ibíd. pp. 59-60

¹⁹⁰ HENRIQUEZ, Helia y RIQUELME, Verónica. Lejos del Trabajo Decente: El Empleo Desprotegido en Chile. *Cuaderno de Investigación*. 1(30): p. 83, Noviembre de 2006.

¹⁹¹ SOTO, A. Op. Cit. p.84

¹⁹² LIZAMA, L. y UGARTE, J. p. 59

toda vez que la empresa principal no haya ejercido estos derechos y exista alguna obligación impaga de la empresa contratista con sus trabajadores, la empresa principal verá su responsabilidad agravada y deberá responder solidariamente de las mismas, mientras que si, diligentemente, los ejerce, su responsabilidad será siempre en subsidio de la del empleador directo.

Ahora bien, existen varias interrogantes acerca de las condiciones que deben reunirse para que se entienda que se han ejercidos los derechos de la empresa principal. Esto, debido a que la letra de la ley no contiene mayores especificaciones. El artículo 183-D del Código del Trabajo señala: “Si la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral”.

Analizaremos uno a uno los derechos de la empresa principal, con el objeto de determinar con precisión el requerimiento legal para que se entiendan ejercidos los derechos de acuerdo al 183-D

2.2.2.1 Derecho de Información:

El artículo 183-C, señala que “la empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas”. En otras palabras, la empresa principal tiene el derecho de obtener de sus contratistas el estado de pago de las remuneraciones, cotizaciones previsionales y demás obligaciones laborales. La Corte de Apelaciones de Talca, en su fallo rol 60-2008, define el derecho de información como “la facultad de la empresa principal para exigir que se acredite el monto y estado de cumplimiento de las

obligaciones laborales y previsionales, tanto de los trabajadores de sus contratistas como de aquéllos de los subcontratistas, y para el contratista, en la misma facultad respecto de los trabajadores de su subcontratista”¹⁹³. Además, el artículo 183-C inciso final, señala que “La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas”.

De este modo, el derecho de información de la empresa que subcontrata se manifiesta de dos formas¹⁹⁴. En primer lugar, existe un derecho de información que podríamos llamar activo en que la empresa principal por propia iniciativa debe exigir la información a su contratista o subcontratista. En este caso, la forma que establece la ley para la entrega de la información a la empresa principal, es a través de certificados emitidos por la Inspección del Trabajo o la institución competente. Y, en segundo lugar, tenemos un derecho de información, que llamaremos pasivo, que consiste en el derecho a ser informado por la Dirección del Trabajo toda vez que ésta constata infracciones a la ley laboral durante las fiscalizaciones que haya realizado a sus contratistas o subcontratistas.

2.2.2.2. El derecho de retención

Es aquel que permite a la empresa que subcontrata, una vez ejercido el derecho de información y constatada la existencia de obligaciones impagas para con los trabajadores, o cuando la empresa contratista no haya acreditado oportunamente el pago de las mismas, retener del monto adeudado a la empresa contratista o subcontratista la cantidad necesaria para cubrir dichas obligaciones laborales y previsionales que no han sido cumplidas. Una reforma importante de este derecho de retención respecto del anterior, es que de la redacción de la nueva ley se concluye un intento claro del legislador por establecer los derechos de la empresa principal en

¹⁹³ Corte de Apelaciones de Talca, Apelación, Rol: 60-2008, de 11 de Junio de 2008. Considerando decimoprimer.

¹⁹⁴ Ver ALBORNOZ, ALVIZ, PEREZ. Op. Cit. pp. 45-49

función de la protección a los trabajadores, pues ha añadido al antiguo derecho de retención la obligación conjunta de pagar lo retenido a los trabajadores o a la respectiva institución previsional. El artículo 183-C, inciso tercero, señala claramente que “[e]n el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este Párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora”. La Corte de Apelaciones de Talca considera que el derecho de información es aquel “que tiene la empresa principal y el contratista ocurre cuando este último o el subcontratista, en su caso, no acrediten en forma oportuna el recto cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de sus trabajadores, convirtiéndose en facultad de la empresa principal el retener de las sumas que ésta adeuda al contratista por la ejecución de las obras o servicios subcontratados, las sumas correspondientes a las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de éstos, de las que es solidariamente responsable, con la obligación de pagar dichos montos directamente a los afectados o a la institución previsional acreedora”¹⁹⁵

Respecto del monto a retener, el Decreto Supremo 319 de 2007, del Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social, reglamento que regula la aplicación del artículo 183-C, señala que “En este último caso, y para los efectos del ejercicio del derecho de retención, sólo se comprenderán las infracciones referidas a pago de remuneraciones y asignaciones en dinero, de las cotizaciones previsionales y de las indemnizaciones legales que correspondan. Esta retención no podrá tener un fundamento o título distinto al indicado”.

¹⁹⁵ Corte de Apelaciones, Apelaciones, Rol: 60-2008, de 11 de Junio de 2008. Considerando decimoprimerro.

Como la ley no establece distinciones, la empresa principal podrá retener estos montos del precio que le adeude por la prestación de servicios o de algún otro dinero de la empresa contratista que la empresa principal tenga, por ejemplo, como obligación de garantía¹⁹⁶.

De la regulación del derecho de retención surge una interrogante: ¿Qué sucede con el grado de responsabilidad de la empresa principal cuando ha ejercido tanto su derecho de información y de retención, pero no ha pagado a los trabajadores o a la institución correspondiente? Creemos que para resolver esta pregunta, debemos considerar que los principios que informan el derecho laboral indican que en caso de ambigüedades la interpretación de la ley debe ser siempre en pro de los trabajadores. Así las cosas, debemos entender esta norma como una profundización en la protección de las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, lo que implica que la violación de la obligación de pagar debe derivar en que la empresa principal vea agravada su responsabilidad. Distinto es el caso en que la empresa principal hace uso del derecho de información, pero no así del de retención. En este caso podemos tener dos situaciones distintas: Por una parte, la empresa principal puede haber ejercido el derecho de información y haber encontrado deudas impagas y aun así no haber ejercido el derecho de retención, caso en el cual su responsabilidad se verá agravada y será solidariamente responsable, o, por otra parte, la empresa principal, de buena fe, podría no haber ejercido el derecho de retención porque desconocía la existencia de las deudas impagas (por ejemplo, porque la empresa contratista se ha negado a entregar la información), caso en el cual su responsabilidad se mantendrá subsidiaria respecto de la contratista.

2.2.2.3 Derecho de Pago por Subrogación:

El derecho de pago por subrogación está establecido en el artículo 183-C inciso cuarto, el que señala que “[e]n todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora”.

¹⁹⁶ Ver ALBORNOZ, ALVIZ, PEREZ. Op. Cit.

Creemos que es importante hacer aquí una distinción entre este derecho de pago por subrogación y la obligación de pago que tiene la empresa principal en caso de haber operado el derecho de retención. Por un lado, tenemos el derecho al pago por subrogación que la ley otorga a la empresa principal o al contratista en su artículo 183-C inciso 4º y por otro, la situación que se da cuando la empresa principal o la empresa contratista ha ejercido su derecho de retención, caso en el cual estará obligada a pagar a los trabajadores las obligaciones que se les adeuden hasta la concurrencia del monto que haya retenido. Para clarificar ambas instituciones, recurriremos a la definición de pago con subrogación del derecho civil. Según ALESSANDRI, el pago con subrogación es "el pago de una deuda por una persona extraña a la obligación o coobligada con el deudor y que mediante ese hecho queda subrogada por la ley o la conveniencia en los derechos y acciones del acreedor."¹⁹⁷.

Así, de esta definición, podemos deducir que para que exista pago por subrogación deben darse copulativamente los siguientes requisitos: En primer lugar, debe haberse pagado una deuda ajena; en segundo lugar quien paga por subrogación debe haber pagado con fondos propios y, por último, debe ser jurídicamente posible que el tercero que ha pagado tome la posición (es decir, subroge), del acreedor original.

Hay aquí una importantísima diferencia entre el pago con subrogación del artículo 183-C inciso 4º y el pago que por obligación debe realizar la empresa principal (o la contratista) cuando ha retenido dineros de su contratista (o subcontratista), pues en el primer caso, la empresa principal con sus bienes paga la deuda de la contratista, sin que ésta se extinga, y subrogando al acreedor. En otras palabras, el crédito se extingue para el primer acreedor, traspasándose a la empresa principal que lo ha sustituido cancelando la deuda. De éste modo, la empresa principal podrá dirigirse en contra de la empresa contratista para obtener la satisfacción de su deuda. Un caso muy distinto es el del artículo 183-C inciso 3º, en el cual la empresa principal paga con el dinero de la empresa contratista (que ella misma ha retenido), de manera que no

¹⁹⁷ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A. Op. Cit. P. 104

habría posibilidades de que la empresa principal repitiera en su contra, pues, como ya hemos señalado, ha pagado la deuda a los trabajadores o a la respectiva institución previsional con los dineros retenidos a la empresa contratista, dineros que, en estricto rigor, le pertenecen a ésta última y no a la primera.

Un punto muy relevante cuando se trata de los derechos de la empresa principal es definir cuál es el fundamento de la existencia de los mismos. Existen diversas posturas posibles al respecto: En primer lugar, podría considerarse que los derechos de información y retención fueron establecidos por el legislador como protección y en beneficio de la empresa principal. Esta postura sería consecuente con la de considerar como regla general de la responsabilidad en la nueva ley la solidaridad y que la ley le ha otorgado ciertos derechos a la empresa principal como contrapeso a la carga que le está imponiendo, lo que le permite disminuir su responsabilidad a una responsabilidad subsidiaria.

En segundo lugar, podríamos considerar que los derechos de información y retención no han sido establecidos en beneficio de la empresa principal, como sucedía en la antigua regulación, sino que, más bien, estos han sido instituidos como mecanismo de protección a los trabajadores, ya que otorga la posibilidad de un control adicional al de los organismos estatales en el cumplimiento de las leyes laborales¹⁹⁸. Esto es relevante al momento de considerar la clase de responsabilidad que se aplicará como regla general, ya que, visto de éste modo, aparece claro que la regla general es la subsidiariedad, responsabilidad que se ve agravada en caso de que la empresa principal (o, en su caso, la contratista) no ejerza los derechos que la ley le otorga, de manera que el legislador está enviando el mensaje a la empresa principal de que se le exigirá un mayor nivel de responsabilidad en caso de no hacerse cargo de su deber de velar por el cumplimiento de los derechos de trabajadores que laboran, si

¹⁹⁸ En este sentido, LIZMA, L. y UGARTE, J. Op. Cit; ALBORNOZ, ALVIZ, PEREZ. Op. Cit.

bien no directamente para él, para su proceso productivo, deber que la ley le facilita otorgándole los derechos ya mencionados.

2.2.3 Extensión de la responsabilidad de la empresa principal en la ley 20.123.

Tanto en el caso en que la empresa principal deba responder en forma solidaria como en el que deba responder subsidiariamente de las obligaciones incumplidas por su contratista para con sus trabajadores, la ley señala expresamente que esta responsabilidad se extenderá a las “obligaciones laborales y previsionales de dar” que el contratista adeude a sus trabajadores. Sin embargo, tal como hemos señalado, uno de los principales problemas en la regulación de la subcontratación en nuestro país antes de la ley 20.123, era la extensión del concepto de obligaciones laborales y previsionales contenidas en el artículo 64, lo que hacía necesaria la interpretación de la jurisprudencia, interpretación que, como hemos visto, en caso alguno fue uniforme.

La nueva ley viene en parte a solucionar este problema al restringir el concepto, especificando que se tratará de las obligaciones laborales y previsionales de dar, incluyendo expresamente las indemnizaciones derivadas del término de contrato, tema ampliamente discutido con la legislación anterior.

Pasaremos a continuación a determinar a qué obligaciones se refiere el legislador con la expresión “obligaciones laborales y previsionales de dar”, intentando dilucidar si la nueva normativa dio solución a algunos de los temas puestos en conocimiento de los tribunales antes de la dictación de la ley.

2.2.3.1 Obligaciones laborales y previsionales de dar.

Obligación de dar es aquella que tiene “por objeto la transferencia del dominio o la constitución de un derecho real a favor del acreedor”¹⁹⁹. Por otra parte, las obligación de hacer es aquella que tiene por objeto “la ejecución de un hecho que no consiste en

¹⁹⁹ ALESSANDRI. Op. Clt. p. 23.

la entrega de una cosa”²⁰⁰, mientras que obligación de no hacer es “aquella que tiene por objeto la no ejecución de un hecho por parte del deudor”²⁰¹. El veto presidencial al proyecto de ley 2943-13, señaló expresamente que el régimen de responsabilidad de la empresa principal sólo se extendería a las obligaciones laborales y previsionales de dar, y no a las de hacer o no hacer.

LIZAMA y UGARTE señalan que las obligaciones de dar con contenido laboral y previsional que tiene el empleador con sus trabajadores son las siguientes:

- “a) pagar la remuneración y demás prestaciones en dinero que no tengan contenido remuneracional,
- b) retener de las remuneraciones que debe pagar al trabajador las cotizaciones previsionales y declararlas y enterarlas en los órganos previsionales correspondientes, y
- c) cuando concurren los supuestos establecidos en la ley, deberá pagar las indemnizaciones por término de contrato a que haya lugar”²⁰².

El origen de estas obligaciones “puede ser legal o contractual. En este último caso, la fuente de la obligación contractual podrá ser expresa o tácita”²⁰³.

Procederemos a revisar las distintas obligaciones por las cuales la empresa principal debe responder ante el incumplimiento de su contratista, según la clasificación de LIZAMA y UGARTE, clasificación que es compartida por nuestra jurisprudencia tal como se desprende del fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta del 24 de Noviembre del 2008, que en su considerando décimo señala: “Conforme lo señalan los

²⁰⁰ *Ibíd.* p. 26

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² LIZAMA L. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 36.

²⁰³ *Ibíd.* p. 37

autores Luis Lizama Portal y José Luis Ugarte Cataldo en su obra titulada “Subcontratación y Suministro de Trabajadores , “Las obligaciones de dar –con contenido laboral y previsional– que tiene el empleador con sus trabajadores son las siguientes:

a) Pagar la remuneración y demás prestaciones en dinero que no tengan contenido remuneracional,

b) Retener las remuneraciones que debe pagar al trabajador las cotizaciones previsionales y declararlas y enterarlas en los órganos previsionales pertinentes, y,

c) Cuando concurren los supuestos establecidos por la ley, deberá pagar las indemnizaciones por término del contrato de trabajo al que haya lugar [...]”²⁰⁴.

Luego propondremos otras obligaciones laborales de las cuales consideramos es también responsable el dueño de la obra, empresa o faena:

2.2.3.1.1 Remuneraciones.

Con respecto a este concepto no debería existir problema en cuanto a su contenido, toda vez que el Código del Trabajo define lo que se entiende por remuneración en el artículo 41 inciso primero, el que expresa: “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo [...]”.

Acerca de la procedencia de la responsabilidad de la empresa principal frente al incumplimiento del pago las remuneraciones por parte de su contratista, no hay mayor controversia, e incluso bajo la vigencia del artículo 64, en muchas ocasiones la

²⁰⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 193-2008, de 24 de Noviembre de 2008. Considerando décimo.

jurisprudencia consideró que, en razón de encontrarse el citado artículo en el capítulo de la protección de las remuneraciones, las obligaciones por las que debía responder el dueño de la obra empresa o faena, estaban constituidas, “[...]fundamentalmente, por el pago de las remuneraciones en concepto amplio y de las cotizaciones de salud y seguridad social, sin perjuicio que el empleador deba dar, además, cumplimiento a los restantes imperativos de la legislación laboral, verbi gracia, duración máxima de la jornada, pago de horas extraordinarias, adopción de medidas de seguridad, escrituración y actualización de los contratos, etc.[...]”²⁰⁵.

Para considerar que el pago de una cierta cantidad de dinero constituye remuneración, deben reunirse los siguientes requisitos:²⁰⁶

- a) Debe tratarse de una contraprestación en dinero o de una adicional en especie avaluable en dinero.
- b) La contraprestación debe ser pagada por el empleador al trabajador. No son remuneración las sumas que un tercero paga al trabajador.
- c) El derecho del trabajador para percibir esta contraprestación debe tener por causa el contrato de trabajo.

2.2.3.1.2 Las asignaciones en dinero o percepciones no remuneratorias.

Teniendo en consideración lo preceptuado por el artículo 41, inciso segundo, podemos señalar que las asignaciones en dinero corresponden a “aquellas percepciones que no constituyen remuneración por tratarse de sumas de dinero

²⁰⁵ Corte Suprema, Casación, Rol 5336-2004, de 27 de Diciembre de 2004. Considerando tercero (voto minoría)

²⁰⁶ LIZAMA L. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 40.

pagadas por el empleador sin que tengan por causa la obligación del trabajador de prestar sus servicios personales”²⁰⁷.

Estas asignaciones en dinero, de las que también sería responsable la empresa principal, pueden ser clasificadas de la siguiente forma:²⁰⁸

- Percepciones compensatorias: “Son aquellas que el empleador paga al trabajador en compensación de gastos efectuados por éste”²⁰⁹. Entre ellas encontramos: la asignación de colación, la asignación de movilización, los viáticos, la asignación de traslación y la devolución de gastos realizados por el trabajador por parte de su empleador.
- Percepciones indemnizatorias: “Son aquellas que el empleador paga al trabajador con el objeto de resarcir un daño o perjuicio sufrido por éste.”²¹⁰ Corresponden a la asignación de pérdida de caja y a la de desgaste de herramientas.
- Prestaciones de seguridad social: corresponden a las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, esto es, las asignaciones familiares y las asignaciones maternas.
- Beneficios sociales: corresponden a “las ayudas que otorgan los servicios de bienestar existentes en las empresas a sus afiliados”²¹¹. En esta categoría también encontramos los depósitos convenidos.

²⁰⁷ Ibíd. p. 41

²⁰⁸ LIZAMA L. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 41.

²⁰⁹ Ibíd.

²¹⁰ Ibíd. p. 43

²¹¹ Ibíd. p. 44

2.2.3.1.3 Las indemnizaciones legales.

“Son aquellas que el empleador debe pagar al trabajador en virtud de una disposición legal porque se dan los presupuestos básicos que ella establece”²¹².

La ley 20.123, hace responsable a la empresa principal de las indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Estas son:

- Indemnización sustitutiva del aviso previo: Está establecida en el artículo 161 del Código del Trabajo. Corresponde ser pagada por el empleador en los casos en que despide a un trabajador por necesidades de la empresa o desahucio, sin darle aviso con 30 días de anticipación. También debe ser pagada por el empleador en los casos en que el juez, conforme al artículo 168, declare que el despido efectuado por el empleador es injustificado, indebido, improcedente o que no se ha invocado ninguna causal y cuando se ha hecho efectivo el despido indirecto, es decir, cuando el trabajador, en virtud del artículo 171 del Código del Trabajo, pone término a la relación laboral en razón de que el empleador ha incurrido en las causales subjetivas de término de contrato de trabajo, contenidas en los numerales 1, 5 y 7 del artículo 160 del Código del Trabajo.

- Indemnización por años de servicio: Está establecida en el artículo 163 del Código del Trabajo. Corresponde al pago que debe hacer el empleador, en los casos en que el contrato hubiese estado vigente un año o más, cuando despide al trabajador por necesidades de la empresa o desahucio. Procede también, en los casos en que el juez declara que el despido ha sido injustificado, indebido, improcedente o que no se ha indicado causal, aumentada en el porcentaje correspondiente según la causal invocada para el despido, o cuando declare la procedencia del despido indirecto y el pago de esta indemnización aumentada hasta en un 80%. El empleador deberá pagar al trabajador una indemnización

²¹² LIZAMA L. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 45.

equivalente a 30 días de su última remuneración mensual devengada por cada año que haya prestado servicios o fracción superior a 6 meses, con un tope de 330 días de remuneración.

- Indemnización a todo evento de los trabajadores de casa particular: Es aquella que debe pagarse, en virtud del artículo 163, a los trabajadores de casa particular al momento de poner fin a la relación laboral, sin importar la causa de ésta.
- Indemnizaciones por feriados: Esta indemnización debe pagarse en 3 hipótesis distintas:
 - Cuando, conforme al artículo 72 del Código del Trabajo, el trabajador deja la empresa cumpliendo los requisitos para tener derecho a feriado, el que no podrá hacer efectivo.
 - Cuando, en virtud de lo establecido en el inciso tercero del artículo 73 del Código del Trabajo, el trabajador no alcanza a cumplir los requisitos para tener derecho a feriado, porque se pone término a su contrato antes de que complete el año de servicios. En este caso se denomina indemnización por feriado proporcional.
 - Cuando, en el caso de los trabajadores que gozan del feriado progresivo, conforme al artículo 68 del Código del Trabajo, les deba ser compensados los días que excedan del feriado básico de 15 días hábiles.

Se ha sostenido, que en virtud del artículo 183, la responsabilidad solidaria de la empresa principal se limita, en materia de indemnizaciones derivadas del término de contrato, a la indemnización por despido indirecto, fundándose esta posición en que “[s]ólo de esta manera se puede hacer responsable a la empresa principal por un

hecho que ella puede evitar y que está conforme con el sistema de fiscalización delegada en la empresa principal [...]”²¹³.

Consideramos que no es correcto entender de ese modo la responsabilidad de la empresa principal por las obligaciones legales originadas con ocasión del término de la relación laboral, en razón de los siguientes fundamentos:

En primer lugar, debemos tener en cuenta el aforismo “donde la ley no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir”. La ley hace responsable a la empresa principal de las “eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral” (artículos 183-B y 183-D). La naturaleza legal y laboral de las indemnizaciones derivadas del término de contrato, ha sido establecida por nuestra jurisprudencia en numerosas ocasiones cuando ha señalado: “Que, por otro lado, en relación con las obligaciones laborales en estudio, esta Corte ha decidido, también, que las indemnizaciones por años de servicios y la compensación de feriado, entre otras, son obligaciones que tienen su fuente en la ley y que nacen o se devengan, ya sea mes a mes o con motivo de una indebida, improcedente o injustificada terminación de la relación laboral. En el caso, se trata de despidos injustificados, pero es la propia ley la que establece la procedencia de las indemnizaciones reclamadas, por lo tanto, es indudable su fundamento de orden legal y de naturaleza labora”²¹⁴. Por tanto, dado que la ley no distingue entre las eventuales indemnizaciones legales, no corresponde al intérprete hacerlo bajo pretexto de ser congruente con el fin de fiscalización delegada, supuesto objeto de la normativa, toda vez que se trata, como ya señalamos, de una responsabilidad objetiva. En segundo lugar, el principio pro operario, que esta presente en toda la normativa laboral, exige que se le da la norma la interpretación más favorable al trabajador, atendido el carácter protector del derecho del trabajo, y por tanto que se entiendan incluidas dentro de la norma todas las eventuales indemnizaciones legales que puede dar origen el término de la relación laboral, sin distinción. Por otra parte, es necesario considerar que la empresa principal obtiene un

²¹³ SOTO, A. Op. Cit. p. 105.

²¹⁴ Corte suprema, Casación, Rol 5336-2003, de 27 de Diciembre de 2004.Considerando décimo

beneficio de la actividad desarrollada por el trabajador, y que en razón de este beneficio, atendido el aforismo “donde está el beneficio está la carga”, que debe responder. En otras palabras, no sería equitativo que, habiéndose aprovechado más de una empresa en definitiva de la producción de un trabajador, sólo una de ellas asuma las cargas que la relación laboral implica.

2.2.3.1.4 Cotizaciones previsionales.

En esta categoría encontramos las siguientes sumas que debe enterar el empleador o trabajador a distintos entes previsionales:

- Descuentos que se realizan a las remuneraciones de los trabajadores, por parte del empleador destinados a solventar el régimen de pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez del trabajador.
- Cotizaciones previsionales del régimen de salud (ISAPRES o FONASA)
- Aportes de los empleadores para financiar el seguro de accidentes y enfermedades profesionales.
- Aportes del empleador y trabajador al fondo del seguro de cesantía.

En nuestra opinión, la sistematización anterior no agota las prestaciones que debe cubrir la responsabilidad de la empresa principal. Por las razones que pasamos a exponer, creemos que, además de las prestaciones mencionadas más arriba, la empresa principal debe ser responsable subsidiario o solidario por las siguientes:

2.2.3.1.5 Nulidad de despido por no pago de las cotizaciones previsionales

El artículo 162 del Código del Trabajo, en sus incisos 5º, 6º y 7º establece una sanción para el empleador que despide a un trabajador sin haber enterado sus cotizaciones previsionales, señalando el código que el despido no tendrá el efecto de poner fin al contrato. El empleador tendrá la posibilidad de convalidar el despido mediante el pago de las cotizaciones morosas. Pese a ello, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío al trabajador de la carta certificada en que conste el pago de las cotizaciones morosas.

Consideramos que la empresa principal también es responsable, en virtud de lo establecido en los artículos 183-B y 183-D, del pago de las remuneraciones y demás prestaciones durante el periodo que media entre el despido y la convalidación, en los casos en que la deuda de las cotizaciones previsionales nazca durante el contrato de prestación de servicios. Ello, teniendo en consideración la razón detrás de esta sanción, es decir, el no pago de las cotizaciones previsionales, del pago de las cuales ya es responsable la empresa principal. A lo ya señalado, debe agregarse que, tal como lo señala LIZAMA, el efecto de esta nulidad es una suspensión relativa del contrato de trabajo, quedando subsistente la obligación del empleador de pagar las remuneraciones al trabajador, hasta que se hayan enterado totalmente las cotizaciones previsionales.²¹⁵ Teniendo en consideración que no existe discrepancia en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la procedencia de la responsabilidad de la empresa principal por las remuneraciones impagas de los trabajadores de su contratista, y esta sanción legal no hace más que dejar subsistente esta obligación, la empresa principal debe responder.

Una opinión similar sostiene PALAVECINO, quien señala que en los casos en que la laguna previsional y el despido se producen durante la prestación de servicios a la empresa principal “se incorporan al objeto de la responsabilidad del empresario principal o del contratista las remuneraciones y demás prestaciones legales, aunque el

²¹⁵ Ver LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Lexis Nexis, 2003. Capítulo VII.

trabajador haya dejado ya de prestar servicios dentro del ámbito controlado por la empresa principal”.²¹⁶

Sin embargo los Tribunales de Justicia no lo han considerado de este modo, y han declarado que la empresa principal no debería responder de estas obligaciones, así en el fallo de 26 de Febrero de 2009, la Corte Suprema al resolver un asunto referido a este tema estableció:

“Que al respecto, debe anotarse que, antes de la dictación de la ley N° 20.123, de octubre de 2006, cuya entrada en vigencia se produjo en el mes de enero de 2007, y como no se encontraban definidas legalmente las obligaciones laborales y previsionales de las que respondía subsidiariamente el dueño de la empresa, obra o faena –en conformidad a lo que disponían los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo– se adoptaron distintas posiciones en torno a los conceptos que abarcaban dichas obligaciones. Sin embargo, en gran medida, la citada ley N° 20.123, vino a zanjar la discusión ya que, expresamente, previo que se trata, de las obligaciones laborales y previsionales de dar e incluyó, específicamente, las indemnizaciones legales por término de contrato, resarcimientos estos últimos que provocaban la mayor disensión en el tema. Es decir, la citada ley y como su epígrafe lo anuncia, vino a regular el trabajo en régimen de subcontratación, además del funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo para los servicios de igual naturaleza.”

“Que, en consecuencia, en conformidad a las disposiciones de dicha ley, la empresa principal es responsable solidaria o subsidiariamente, sin duda, del pago de las remuneraciones de los trabajadores y el entero, en el organismo pertinente, de las cotizaciones previsionales retenidas de dicha remuneración, entre otras, además de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios, con su incremento y la compensación de feriados, las que surgen con motivo de la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de cualquier otra a la que pueda calificarse como

²¹⁶ PALAVECINO, C. Op. Cit. p. 74

obligación laboral y previsional de dar o como indemnización legal por término de relación laboral.”²¹⁷

Más adelante señala:

“Que, por otra parte, el artículo 162 del Código del Trabajo, en la redacción que le introdujo la ley N° 19.631, de 1999, estableció una sanción adicional al despido de un trabajador en el evento que éste se produzca sin estar al día –el empleador– en el pago de las cotizaciones previsionales del dependiente. Sin embargo, esa punición no puede entenderse extendida a la empresa principal, en la regulación que del régimen de subcontratación hizo la ley N° 20.123, de 2006, en la medida en que, en primer lugar, como se dijo, allí se prevé el castigo que se impone a la empresa principal por el incumplimiento pertinente –ampliar su responsabilidad de subsidiaria a solidaria– y, además, porque el transcrito artículo 183 B del Código del Trabajo, limita esa responsabilidad a una época –tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal– que no coincide con aquélla por la cual se sanciona al empleador con el pago de las remuneraciones al trabajador, en conformidad con la ley N° 19.631 –esto es, desde la fecha del despido a la convalidación–.”²¹⁸

2.2.3.1.6 Fuero sindical y maternal.

En los casos que un empleador quiere poner término al contrato de un trabajador o trabajadora afecto a fuero sindical o maternal, tal como lo hemos señalado al analizar la responsabilidad de la empresa principal bajo el artículo 64 del Código del Trabajo, requiere la autorización del tribunal, llamada desafuero. Si el empleador no solicita esta autorización el despido de un trabajador aforado es nulo e ineficaz, por lo tanto, se debe ordenar su inmediata reincorporación, además del pago de las remuneraciones correspondientes al período que estuvo separado de su trabajo.

²¹⁷ Corte Suprema, Casación, Rol 140-2009, de 26 de Febrero de 2009. Considerando noveno y decimo.

²¹⁸ Corte Suprema, Casación, Rol 140-2009, de 26 de Febrero de 2009. Considerando decimo segundo.

Nuestros tribunales se también se refirieron a las obligaciones que surgen para el empleador con ocasión de declararse nulo el despido de una trabajadora por infracción del fuero maternal. La Corte Suprema señaló: “El artículo 201 inciso 4º del Código del Trabajo establece, por un lado, la reincorporación de la trabajadora a la cual se le ha puesto término a su contrato de trabajo,[...], y por otro lado, determina la existencia del derecho al pago de las remuneraciones por todo el tiempo en que la dependiente ha estado indebidamente separada de sus funciones. En otras palabras, la ley establece dos formas de protección coexistentes del fuero maternal para aquella trabajadora que ha sido despedida sin que el empleador haya solicitado previamente autorización al tribunal: la reincorporación y el pago de las remuneraciones por el período de separación indebida [...]”²¹⁹.

La nulidad del despido de un trabajador protegido por fuero, por tanto, hace que surjan para su empleador dos obligaciones: la reincorporación y el pago de las remuneraciones y otras prestaciones durante el periodo de separación ilegal. Sin duda, ésta última constituye una obligación laboral de dar, por lo que consideramos que de ella debe responder la empresa principal, ya que ella es responsable de las remuneraciones impagas de los trabajadores de su contratista y al declararse nulo el despido, se entiende que la obligación del empleador del pago de las remuneración a su trabajador no se ha extinguido, y con ello persiste la responsabilidad de la empresa principal. La procedencia de la responsabilidad de la empresa principal en el pago de las remuneraciones y otras prestaciones devengadas durante el periodo de separación ilegal de un trabajador sujeto fuero, fue reconocido por nuestros tribunales, con ocasión del anterior régimen de responsabilidad de la empresa principal, por las razones que pasaremos a señalar y que no se han visto afectadas por el cambio de legislación, ya que claramente caben en el concepto de obligaciones laborales y previsionales de dar introducido por la nueva normativa. La jurisprudencia al conocer de causas relativas a trabajadores que fueron despedidos estando amparados por fuero, señaló:

²¹⁹ Corte Suprema, Casación, Rol N°1497-2007, de 13 de Diciembre de 2007. Considerando sexto y noveno.

“Que, en consecuencia, los actores deben mantener, con causas suficientes y eficientes, la integridad del fuero laboral que les asiste, y todas las prestaciones subsecuentes, tanto frente a la demandada subsidiaria, como a la principal, que ha contratado personal, por interpósita persona jurídica, para la realización de faenas propias e inherentes a su rubro.”²²⁰

En otro fallo, en que también se había despedido sin autorización a un dirigente sindical, los tribunales dijeron: “Que con respecto a la naturaleza de las prestaciones que se ordenan pagar, ellas son el resultado de la relación laboral que existió entre el actor y el demandado principal, específicamente indemnizaciones dinerarias, de tal suerte que el responsable subsidiario, esto es, Codelco Chile, División El Salvador, deberá cancelarlas, siempre que el demandado principal no las solvente.”²²¹

De lo dicho por nuestros tribunales, podemos afirmar que estamos ante una obligación laboral de dar, cuya fuente es la ley laboral, y, en consecuencia, le es plenamente aplicable al nuevo régimen de responsabilidad de la empresa principal, lo que los ministros Álvarez y Libedinsky expresaron con ocasión de un caso referido a un trabajador sujeto a fuero bajo el antiguo régimen de responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, esto es, “Que, por otro lado, en relación con las obligaciones laborales en estudio, esta Corte ya ha decidido que las indemnizaciones legales, la compensación del feriado, el pago de las remuneraciones respectivas, de gratificaciones, de horas extraordinarias, entre otras, son obligaciones que tienen su fuente en la ley y que nacen o se devengan, ya sea mes a mes o con motivo de una nula, indebida, improcedente o injustificada terminación de la relación laboral. En este caso, se trata del despido indebido de trabajadores afectos al fuero sindical, siendo la propia ley la que establece la procedencia de la compensación por fuero sindical; en

²²⁰ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Apelación, Rol 418-2004, de 25 de Agosto de 2005. Considerando sexto.

²²¹ Corte de Apelaciones de Copiapó, Apelación, Rol 1345, de 13 de Marzo de 2003. Considerando vigésimo segundo

este evento, por lo tanto, es indudable su fundamento y respecto de las otras prestaciones, ellas constituyen un imperativo también de orden legal.”²²²

2.2.3.1.7 Responsabilidad de la empresa principal por indemnización por lucro cesante por término anticipado de contrato.

Tal como lo señalamos con ocasión del análisis de la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena bajo el artículo 64 del Código del Trabajo, la obligación del empleador de pagar las remuneraciones de su trabajador hasta el término del contrato, surge en los casos en que el trabajador es despedido invocándose la causal de término del contrato a plazo fijo o por obra o faena sin que este presupuesto se de en la realidad.

Si bien esta obligación no está establecida en el Código del Trabajo, coincidimos con la opinión de los profesores LIZAMA y UGARTE en orden a que: “Sin perjuicio que la construcción dogmática que ha permitido exigir al empleador el pago de las remuneraciones se encuentra en un principio general de derecho común (protección de la buena fe) y no en un principio específico del derecho del trabajo, resulta obvia la aplicación de las normas del derecho de los contratos al contrato de trabajo”²²³.

Creemos que la empresa principal, en los casos en que esta indemnización proceda para los trabajadores de su contratista, debe responder solidaria o subsidiariamente de ella según corresponda, toda vez que se trata de una obligación laboral de dar que surge con ocasión del término de la relación laboral cuyo fundamento es nuestra legislación común que debe aplicarse al contrato de trabajo, toda vez que la situación de incumplimiento de contrato por término anticipado no está contemplada en la legislación laboral, y el régimen aplicable supletoriamente es la legislación civil, cuya aplicación se ve reforzada en este caso por el principio pro

²²² Corte Suprema, Casación, Rol 5172-05, de 16 de Abril de 2007. Considerando cuarto.

²²³ LIZAMA L. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 38.

operario, rector de nuestra legislación laboral. Todo lo anterior deja claro que el pago de la indemnización por lucro cesante por término anticipado de contrato es una obligación laboral de las cuales el artículo 183 hace responsable a la empresa principal.

2.3 Responsabilidad directa de la empresa principal en materia de higiene y seguridad.

La ley 20.123 vino a dar solución a una de las principales discusiones que se dieron bajo la vigencia del artículo 64 del Código del Trabajo, esto es, la procedencia o no de la responsabilidad de la empresa principal en los accidentes de trabajo que pudiesen sufrir los trabajadores de su contratista.

Dar una solución a este problema era sumamente necesario, ya que la jurisprudencia no fue uniforme al resolver este tema, lo que provocó una grave falencia en la protección de los trabajadores quienes no tenían certeza acerca de quiénes eran responsables de su seguridad. La doctrina consideró que este problema era “[...], derivado en buena parte, de la imputación de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar eficazmente la vida y seguridad de los trabajadores únicamente al empleador, esto es, al contratista o subcontratista. La mayor precariedad de medios por parte de éstos para hacer frente a tal responsabilidad, así como, en buena cantidad de casos, las dificultades para adoptar las medidas precisas, debido a carecer del control del escenario en el que ha de verificarse la protección, explican entre otras causas, la mayor incidencia de casos de accidentes del trabajo graves o con resultado de muerte entre trabajadores subcontratados”²²⁴.

La ley 20.123 reguló esta materia en el artículo 183- E, él que establece:

²²⁴ TOLEDO, C. Op. Cit. p. 4

“Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán las obligaciones y responsabilidades señaladas en el inciso precedente, cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1° al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador.”

La inclusión de esta norma implica que se les otorgan a los trabajadores un “derecho a exigir que tanto su empleador (contratista o subcontratista) como la empresa principal, adopten todas las medidas necesarias para proteger eficazmente su vida y salud en el lugar de trabajo”²²⁵. Con ello ya no existe impedimento para la protección de los trabajadores que laboran en régimen de subcontratación, derivado por ejemplo de la imposibilidad de la contratista de manejar correctamente la seguridad en razón de no ser dueña y tener control total del lugar donde se desarrolla la obra o faena.

La ley 20.123, incluyó además una reforma de la ley 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, específicamente al artículo 66 bis, estableciendo una serie de obligaciones adicionales para las empresas principales

²²⁵ LIZAMA L. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 50..

cuando en ellas laboren más de 50 trabajadores, este artículo quedo redactado de la siguiente manera:

"Artículo 66 bis.- Los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, deberán vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, debiendo para ello implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores.

Para la implementación de este sistema de gestión, la empresa principal deberá confeccionar un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas, en el que se establezca como mínimo las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas, a fin de garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas. Asimismo, se contemplarán en dicho reglamento los mecanismos para verificar su cumplimiento por parte de la empresa mandante y las sanciones aplicables.

Asimismo, corresponderá al mandante, velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas, aplicándose a su respecto para calcular el número de trabajadores exigidos por los incisos primero y cuarto, del artículo 66, respectivamente, la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en un mismo lugar de trabajo, cualquiera sea su dependencia. Los requisitos para la constitución y funcionamiento de los mismos serán determinados por el reglamento que dictará el Ministerio del Trabajo y Previsión Social."

El reglamento a que hace alusión el artículo, fue publicado el 18 de Enero de 2007, y corresponde al decreto 76 del ministerio del Trabajo y Previsión Social.

De esta manera la ley 20.123 estableció una responsabilidad directa para la empresa principal en las materias relativas a la higiene y seguridad en el trabajo.

2.4 Límites de la responsabilidad de la empresa principal

Tanto la jurisprudencia como la doctrina se han referido a los límites de la responsabilidad de la empresa principal.

La jurisprudencia judicial, por una parte, ha considerado que los límites de la responsabilidad están dado desde un doble punto de vista: jurídico y fáctico²²⁶. Así lo ha sostenido la Corte Suprema en su sentencia de 29 de marzo de 2007, fallo que, si bien es cierto que se refiere a la legislación previa a la promulgación de la ley 20.123, contiene un razonamiento completamente aplicable al nuevo régimen.

Desde el punto de vista jurídico, la Corte señaló que “uno de los límites de la responsabilidad subsidiaria, está establecido en el propio artículo 64 inciso final, del Código del Trabajo, en cuanto no la extiende al caso de construcción de edificios por un precio único prefijado, encargada por una persona natural.”²²⁷ Los artículos 183-B y 183-D en su redacción contemplan la misma limitación.

En el plano fáctico, la jurisprudencia ha establecido como un primer límite, la posibilidad de la empresa principal de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de su contratista.

El segundo límite fáctico, correspondería al tiempo, esto es, “las obligaciones laborales y previsionales de las que responde el dueño de la empresa obra o faena han de entenderse en forma proporcional a la obra encargada. Ello por lógica y equidad [...] Cabe aplicar aquí un aforismo que resume lo que se ha venido expresando donde está el beneficio, está la carga”²²⁸. Este límite no estaba expresamente establecido por el antiguo artículo 64, sin embargo los artículo 183-B y D señalan expresamente: “Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores

²²⁶ Corte Suprema, Casación, Rol 5583-05, de 29 de Marzo de 2007.

²²⁷ Corte Suprema, Casación, Rol 5583-05, de 29 de Marzo de 2007. Considerando Séptimo.

²²⁸ Corte Suprema, Casación, Rol 5583-05, de 29 de Marzo de 2007. Considerando Séptimo.

del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena”, en razón ello la mayoría de la doctrina lo considera un límite de la responsabilidad.²²⁹

El último límite fáctico, propuesto por los tribunales, se refiere al contrato suscrito entre la empresa principal y el contratista o entre este último y el subcontratista y a la efectividad de los servicios prestados por los trabajadores de éstos. “En otros términos, no es dable tampoco atribuir exclusiva responsabilidad subsidiaria a una sola empresa, si se trata de dependientes cuyo trabajo beneficiaba a varios dueños de obra.”²³⁰ A la misma limitación hacen referencia LIZAMA y UGARTE cuando hablan del límite subjetivo de la responsabilidad subsidiaria, la que, de acuerdo a lo señalado por la Dirección del Trabajo en su dictamen 2220/127 de 10 de julio de 2002 “se extenderá únicamente a los trabajadores del contratista o subcontratista que hubieren estado ocupados en la correspondiente obra, empresa o faena”²³¹.

Hay autores que han agregado otros límites a la responsabilidad. Por una parte, se ha señalado que debe restringirse a la responsabilidad en atención al tipo de obligación del que se trate. De acuerdo a lo anterior, la responsabilidad de la empresa principal se extendería “única y exclusivamente a obligaciones de carácter laboral y previsional, en consecuencia se excluyen las obligaciones civiles y comerciales, que emanen entre trabajador y empleador”²³². Asimismo, se ha señalado intentado reducir los alcances de la responsabilidad en consideración al elemento territorial o espacial, sosteniendo que es requisito para la existencia de responsabilidad que el trabajador haya prestado servicios en el lugar físico en que se encuentra ubicada la obra o faena²³³.

²²⁹ LIZAMA, L. Op. Cit; PALAVECINO, C. Op. Cit.

²³⁰ Corte Suprema, Casación, Rol 927-2003 de 04 de diciembre de 2003. Considerando dècimotercero

²³¹ LIZAMA L. y UGARTE, J. Op. Cit. pp. 49-50.

²³² CORTÉS, C. Op. Cit. p.153.

²³³ Ibíd. p.158

En nuestra opinión, sólo cabe considerar como límites de la responsabilidad de la empresa principal el límite temporal y el límite subjetivo, pues, como ya hemos señalado consideramos que el fundamento de la responsabilidad de la empresa principal radica en el aprovechamiento que en su proceso productivo realiza de la labor de los trabajadores subcontratados. Por ende, no tendría relación con la existencia de responsabilidad la posibilidad de fiscalización de la empresa principal pues su responsabilidad es objetiva. Asimismo, el elemento locativo de la responsabilidad tampoco puede constituir un criterio de imputación de responsabilidad, especialmente si consideramos que la legislación chilena no restringe el ámbito de la subcontratación a aquellas actividades o servicios que sólo son posibles de realizar en el recinto en que se ubica la obra o faena. Muy por el contrario, la ley permite incluso subcontratar labores intelectuales o administrativas, las que son perfectamente realizables dentro o fuera de las instalaciones de la empresa que encarga la obra, como por ejemplo las asesorías vinculadas a la planificación de la producción.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

A diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho, en el derecho laboral no sólo los Tribunales de Justicia poseen competencia para interpretar sus disposiciones. El artículo 1 letra b) del Decreto con Fuerza de Ley nº 2 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de 1967, conocido como la ley orgánica de la Dirección del Trabajo, le otorga competencia a esta institución para interpretar la ley laboral. Lo hace al señalar que entre las funciones de la Dirección del Trabajo se encuentra la de “fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo”. A ello debe agregarse, lo establecido por el artículo 476 inciso 1 del Código del Trabajo:

“La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponden a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen”.

La interpretación que realiza la dirección del trabajo de la legislación laboral, corresponde a aquella que la doctrina denomina interpretación administrativa²³⁴. La interpretación administrativa es definida, por LIZAMA, como “aquella que realizan ciertos servicios públicos que cumplen funciones fiscalizadoras con el objeto de dar coherencia y uniformidad a la supervigilancia de la aplicación correcta de las normas interpretadas”²³⁵. Es por ello, que la función interpretativa de la Dirección del Trabajo se encuentra íntimamente relacionada con su función fiscalizadora, ya que la

²³⁴ LIZAMA, Luis. La Dirección del Trabajo; Una Explicación de su Facultad de Interpretar la Ley Chilena. Tesis (Magister en Derecho). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1998. p. 13

²³⁵ Lizama. Ibíd. p. 15

interpretación que este organismo realiza de las disposiciones permite que “el ejercicio de sus facultades inspectivas sea realizado satisfaciendo el derecho fundamental de igualdad ante la ley para todos los sujetos fiscalizados”²³⁶.

Por tanto para realizar una completa evolución de la responsabilidad de la empresa mandante en nuestra legislación, es necesario, también, hacer un análisis de la interpretación que de ella ha hecho la Dirección del Trabajo, a través de sus dictámenes. Para esto, utilizaremos los mismos períodos que en el análisis de la jurisprudencia judicial.

Período 1980-1989

Debemos considerar que con anterioridad a la dictación de la ley 20.123, en ninguna de las regulaciones que el legislador estableció en materia de subcontratación, se incluía una definición de esta institución, así como tampoco se definía la figura del contratista, ni se contemplaba, como ya lo hemos señalado, un concepto de las obligaciones laborales y previsionales por las cuales debía responder la empresa mandante; los límites a los que debía acotarse esta responsabilidad o las actividades a las cuales era aplicable. Es por ello que en lo relativo a la subcontratación, la Dirección del Trabajo no sólo debió referirse a la responsabilidad de la empresa principal, sino también debió resolver y conceptualizar otros asuntos relativos a la subcontratación.

Luego de la derogación del Código del Trabajo de 1931, por medio del Decreto Ley 2200, la responsabilidad de la empresa principal vuelve a ser considerada por el legislador en la dictación del Decreto Ley 2.579. Éste, en su artículo 4º inciso primero estableció la responsabilidad subsidiaria de la empresa mandante por las obligaciones de su contratista para con sus trabajadores, en el carácter de empleador de estos.

²³⁶ *Ibíd.*

Interpretando el precepto antes citado, a través del dictamen 1570 de 22 de Julio de 1982, la Dirección del Trabajo fijó el concepto de contratista y se refirió, además, a otros puntos de la responsabilidad de la empresa principal.

Un primer punto al que se refiere este dictamen, es el campo de aplicación de la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena señalando que éste es amplio, ya que:

“[...] el legislador no efectúa distinción alguna entre obligaciones de origen legal que puedan afectar al contratista, o aquéllas que emanen de los contratos individuales o colectivos de trabajo que celebre con sus trabajadores”.

El segundo punto al que el dictamen hace mención, es a quiénes pueden ser dueños de la obra, empresa o faena o contratistas. Respecto a este punto establece: “[...] que ni la propia norma en comento ni la acepción dada al término, hacen diferencia alguna basada en que el que encarga la obra o el contratista, sean personas naturales o jurídicas, lo que hace la disposición aplicable a ambas”

Luego, pasa a establecer el sentido y alcance de la expresión “contratista”. La Dirección del Trabajo sostiene que para dilucidar el verdadero sentido de esta expresión debe estarse a los principios de interpretación establecidos por el artículo 19 y siguientes del Código Civil. En primer lugar, hace mención al denominado elemento de interpretación gramatical, y con respecto a él señala:

“[...] la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia ha determinado que el sentido natural y obvio de las expresiones lo constituye la acepción que a dichos términos confiere el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, conforme al cual, la palabra “contratista” significa “persona que por contrata ejecuta una obra material o ésta encargada de un servicio para el gobierno, para una corporación o para un particular” y por “contrata”, un “contrato que se hace con el gobierno, con una corporación o con un particular, para ejecutar una obra material o prestar un servicio por precio o precios determinados”

Esta interpretación se ve reforzada por el llamado elemento sistemático de interpretación, establecido en el artículo 22 inciso segundo del Código Civil que reza; “los pasajes oscuros de una ley, pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. Aquí, la Dirección del Trabajo hace mención a la, en ese minuto, ya derogada ley 16.757, que prohibía subcontratar las labores inherentes a la actividad principal de la empresa o los trabajos de reparación o mantención habituales. Hace referencia a la ley 16.757, porque está en su artículo 1º inciso 2º contemplaba los mismos elementos como constitutivos del concepto de contratista, ya que esta norma “igualmente asigna al carácter de contratista a aquellos terceros que realizan trabajos consistentes en labores específicas para una industria, empresa o faena, mediante un contrato y un precio”²³⁷

De todo lo anterior la dirección del trabajo concluye que “para los efectos de fijar el alcance de la disposición legal contenida en el artículo 4º, inciso 1º, del D.L. 2759, se debe entender por contratista a aquella persona a la que se encomienda, mediante un contrato, la ejecución de determinados trabajos o la presentación de ciertos servicios, mediante un precio estipulado y, para lo cual, debe a su vez, contratar trabajadores.”²³⁸ Esta definición fue reiterada en los dictámenes 5624/ 89 de 25 de Julio de 1989 y 9159/212 de 14 de diciembre de 1990.

Por último, el dictamen 1570 se refiere propiamente a la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, señalando: “[...] la disposición en comento no tendría otro significado que permitir a los trabajadores o a los organismos previsionales afectados, requerir el cumplimiento total o parcial de las obligaciones legales y convencionales contraídas por el contratista, del dueño de la industria, obra, empresa o faena que encargó su ejecución, pero una vez agotado el procedimiento de cobro al primero, toda vez que la responsabilidad legal que se señala es “subsidiaria”, vale decir, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua una “responsabilidad que suple o robustece a otra principal””.

²³⁷ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1570, 22.07.1982.

²³⁸ *Ibíd.*

En Mayo de 1985, la Dirección del Trabajo, aludió, ya propiamente, a la responsabilidad subsidiaria de la dueña de la obra, empresa o faena. Para ello, también consideró que para fijar el verdadero sentido de la responsabilidad subsidiaria era necesario recurrir a los elementos de interpretación del Código Civil, especialmente a los artículos 19 y 20, y en virtud de estos, señala: “[...] el legislador al referirse en la norma en comento a la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, ha querido significar que éste deberá asumir las obligaciones que corresponden al contratista en aquellos casos en que, requerido este último, no les de cumplimiento”²³⁹

Concluye que, respecto al dueño de la obra, empresa o faena, por tanto, “sólo podrá perseguirse su responsabilidad por las obligaciones tanto legales como convencionales contraídas por el principal obligado, vale decir, por el contratista, una vez que éste ha sido requerido y se ha agotado el procedimiento de cobro en su contra”²⁴⁰.

Más adelante, el mismo dictamen agrega que el dueño de la obra goza del beneficio de excusión, toda vez que su responsabilidad es subsidiaria.

Por último, este dictamen se refiere a la facultad de las Inspecciones del trabajo para exigir la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena. Respecto a este punto sostiene “[...] las Inspecciones del Trabajo se encuentran legalmente facultadas para requerir y exigir al dueño de la obra el cumplimiento de las obligaciones que contraigan los contratistas con sus dependientes o les señalen las leyes, pero sólo una vez agotado el cobro de las mismas en contra de dichos contratistas”²⁴¹. Este razonamiento fue reiterado en el dictamen 5624/89 de 25 de Julio de 1989 y 4546/220 de 21 de julio de 1995. Sin embargo, en este último caso la conclusión respecto a las facultades de las Inspecciones del Trabajo difieren, tal como lo señalaremos más adelante.

²³⁹ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2414, 02.05.1985.

²⁴⁰ *Ibíd.*

²⁴¹ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2414, 02.05.1985.

Ese mismo año, en el dictamen 7220, la Dirección del Trabajo se refirió a las actividades productivas a las cuales les resultaba aplicable la normativa referida a la subcontratación, indicando que “[...] el campo de esta responsabilidad subsidiaria es amplio toda vez que el legislador no ha establecido ningún distingo con respecto a cuáles son las labores o trabajos que deben efectuar los contratistas para que resulte aplicable la regla contenida en el precepto en análisis”

Dicho lo anterior, establece que “no existe norma alguna que en forma directa o indirecta prohíba entregar a contratistas la ejecución material de determinados trabajos o la prestación de ciertos servicios, de tal suerte que la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, opera cualquiera sea la labor ejecutada por el contratista”.

En 1987 se dicta el nuevo Código del Trabajo, que contempla la responsabilidad de la empresa principal en el nuevo artículo 63. Sin embargo, ello no significó ninguna novedad, toda vez que este artículo contiene la misma disposición del artículo 4º del decreto ley 2.759. Al año siguiente, la Dirección del Trabajo, en su dictamen 8728/175 de 29 de noviembre de 1988, precisó y se refirió a los sujetos de la responsabilidad. Teniendo como base el concepto de contratista ya establecido en el dictamen 1570 de 22 de Julio de 1982, la Dirección del Trabajo concluyó que “[...] es posible sostener que las empresas secundarias administradoras o embarcadoras de personal en la medida que contraten los servicios de tripulantes que se desempeñan para empresas armadoras, revestirían a su vez el carácter de contratistas, razón por la cual estas últimas entidades, en su calidad de dueños de la obra o faena, estarían afectas a la responsabilidad subsidiaria que la disposición contempla”. A continuación, señala que la responsabilidad subsidiaria de las empresas armadoras “[...] podrá perseguirse cuando, requeridos de pago estos últimos y agotados los procedimientos de cobro en su contra, no den cumplimiento a sus obligaciones”

Periodo 1990-1999.

Establecidas algunas definiciones básicas, la labor interpretativa de la Dirección del Trabajo se enfoca ahora en materias relacionadas directamente con la responsabilidad de la empresa principal por las obligaciones laborales y previsionales de sus contratistas para con sus trabajadores.

Mediante el dictamen 9159/212 de 14 de diciembre de 1990, la Dirección del Trabajo se refirió a la posibilidad de que la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal estuviera supeditada al tipo de servicios prestados por el contratista. Respecto a ello señaló: “[...] el mismo tenor literal de la disposición en análisis permite apreciar que la responsabilidad subsidiaria que ella establece no se encuentra condicionada a que la actividad que desarrolle el contratista esté vinculada con el giro de la empresa contratante, operando, por tanto, cualquiera que se la naturaleza de las labores o servicios ejecutados o prestados por aquel.”

En 1991, la Dirección tuvo que resolver una consulta referida a quien debía considerarse empleador de ciertos trabajadores que prestaban servicios en el recinto de Metro, pero que se encontraban contratados por un contratista, y, con ocasión de ello, se refirió a los presupuestos que deben darse para estar frente a la subcontratación. Teniendo presente el concepto de contratista establecido por el dictamen 1570 de 1982, la Dirección del Trabajo expresa: “que es de la esencia de un contrato de esta naturaleza el hecho del que trabajador del contratista preste sus servicios en función de un tercero ajeno a su relación laboral, no bastando por ende, esta sola circunstancia para calificar como empleador al que encarga la obra o servicio”²⁴². Por ello, sostiene que no es posible considerar que los trabajadores de Cogan Ltda., presten servicios personales a Metro, “puesto que quien se beneficia en definitiva con su trabajos es el propio contratista, permitiéndole dar cumplimiento al contrato a que se ha aludido en párrafos precedentes”.²⁴³

²⁴² República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2306/68, 28.03.1991.

²⁴³ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2306/68, 28.03.1991.

Agrega que tampoco permite afirmar la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia entre los trabajadores y Metro, la presencia en la faenas de un “supervisor inspector” de Metro que ejercería funciones de supervigilancia e impartiría instrucciones al personal de la contratista, toda vez que “[...] obedece solamente a la necesidad de la empresa contratante, inherente, por lo demás, a todo contrato de prestación de servicios, de velar por el cabal e íntegro cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, parte de las cuales, como se dijera, son llevados a cabo a través de sus trabajadores”.²⁴⁴

En el dictamen 3171/86 de 29 de Abril de 1991, la Dirección del Trabajo abordó el tema de los límites de la responsabilidad subsidiaria que compete a la empresa principal, en especial a su límite temporal, indicando que:

“si bien el campo de la responsabilidad subsidiaria del dueño de una obra, empresa o faena es amplio y no se encuentra condicionado ni reconoce limitación alguna de carácter legal, respecto del tipo de trabajo o prestación de servicios de que se trate, dicha responsabilidad, en cuanto al tiempo o período por el cual deba responder el dueño de una obra, empresa o faena debe, necesariamente, entenderse limitada a aquél durante el cual el o los trabajadores prestaron efectivos servicios para quienes se ejecuta la obra y en el que se originan aquellas obligaciones laborales y previsionales cuyo principal obligado es el contratista”.

Más adelante se refiere a la responsabilidad de la empresa mandante en los casos en que, por la naturaleza del servicio, como las empresas de aseo, los trabajadores prestan servicios en más de una empresa, señalando que en estos casos la responsabilidad de la empresa principal “[...] se entiende limitada a los dependientes del contratista que laboran para él y en relación a la jornada que cumple en la obra, empresa o faena de que se trate, debiendo concurrir los restantes dueños de las obras, para quienes también se prestaron servicios, proporcionalmente al cumplimiento de la obligaciones laborales y previsionales adeudadas por el empleador directo”.

²⁴⁴ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2306/68, 28.03.1991.

Con ocasión del dictamen 5487/259 de 22 de Septiembre de 1992, que trata principalmente de la figura del empleador, la Dirección de Trabajo abordó las diferencias entre la subcontratación y el contrato de provisión de personal, en los siguientes términos:

“[...] el eventual contrato de provisión de personal entre el empleador efectivo y la empresa colocadora, no transforma a esta última en contratista, en los términos del mencionado artículo Art. 63 del Código del Trabajo, ya que no realiza con el personal colocado, y bajo su responsabilidad laboral y técnica, obra o trabajo alguno que se un aporte específico y distinto a las áreas o actividades de contratador.”

El 30 de Septiembre de 1993, se dicta ley 19.250 que modifica el artículo 63 del Código del Trabajo, indicándose expresamente que la empresa mandante también es responsable subsidiaria de las obligaciones laborales y previsionales de los subcontratistas respecto de sus trabajadores cuando no fuere posible hacer responsable a la contratista. Con respecto a esta modificación, se refirió la Dirección del Trabajo en el dictamen 752/39 de 31 de Enero de 1994: “[...] la norma en análisis no ha establecido requisitos o condiciones adicionales para la procedencia de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o empresa o faena respecto de las obligaciones que afecten a los subcontratistas, forzoso resulta concluir que existirá esta responsabilidad subsidiaria por el sólo hecho de existir una subcontratación, sin que sea necesario el conocimiento previo de la misma por parte del dueño de la obra”.

En 1994 el DFL N°1, refundió la normativa laboral en un solo texto, y desde ese momento, el artículo 63 referido a la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, pasó a ser el artículo 64.

En 1995, a través del dictamen 4546/220, la Dirección volvió a referirse a la posibilidad de las Inspecciones del Trabajo de exigir la responsabilidad subsidiaria de los dueños de la obra, empresa o faena. Sin embargo, a diferencia de lo preceptuado en los dictámenes anteriores, en este caso considera que:

“El análisis armónico de las normas legales transcritas y comentadas en acápite que anteceden, permite afirmar que la responsabilidad subsidiaria que se consigna en el artículo 64 del Código del Trabajo, sólo puede hacerse efectiva a través del correspondiente requerimiento judicial, es decir, previa presentación de la demanda respectiva”²⁴⁵ y concluye, por tanto “que no resulta jurídicamente procedente que los fiscalizadores hagan exigible la responsabilidad subsidiaria que se consigna en el artículo 64 del Código del Trabajo, respecto del dueño de la obra y del contratista, según corresponda.”²⁴⁶ En este mismo sentido se expresó el dictamen 5028/224 de 4 de Septiembre de 1996.

Un análisis más extenso y completo acerca de la procedencia y extensión de la responsabilidad subsidiaria de la empresa mandante encontramos en el dictamen 5393/236 de 2 de Octubre de 1996.

El primer punto al que se refiere este dictamen es a las obligaciones laborales, que adeude un contratista insolvente, de las cuales debe responder subsidiariamente el dueño de la obra. Para determinar a cuáles obligaciones se está refiriendo el legislador, la Dirección del Trabajo considera necesario recurrir a las normas de interpretación del Código Civil, en especial el artículo 19 que contiene el principio de acuerdo al cual "cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". En virtud de ello señala que:

“Conforme a lo anterior es dable manifestar que la norma en análisis admite una interpretación amplia, toda vez que al referirse a las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de sus trabajadores y respecto de los cuales el dueño de la obra debe responder subsidiariamente, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a una en especial, ha querido significar que quedan comprendidas todas las obligaciones que pueden originarse en virtud de una relación laboral.

²⁴⁵ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 4546/220, 21. 07.1995.

²⁴⁶ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 4546/220, 21.07.1995.

A mayor abundamiento, la disposición en comento no establece distinción alguna al respecto, de suerte tal que, aplicando el aforismo jurídico "donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir", es dable corroborar lo afirmado en párrafo que antecede en cuanto a que la subsidiaridad de que se trata se encuentra referida a todas las obligaciones de carácter laboral, sea que se trate de remuneración, feriado, indemnización por años de servicio, gratificación, etc."

El segundo punto que aborda el dictamen es el inciso tercero del artículo 64 del Código del Trabajo, el que establece:

"El trabajador, al entablar la demanda, en contra de su empleador directo, podrá también solicitar que ésta sea notificada a todos aquellos que puedan responder subsidiariamente de sus derechos, entendiéndose interrumpidos respecto de ellos los plazos de prescripción, si se les practicó tal notificación dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 480 del presente Código"

La Dirección del Trabajo considera que en virtud de lo establecido por este artículo "[...] no procede demandar y requerir de pago al dueño de la obra o al contratista sin haber requerido previamente al contratista o subcontratista, respectivamente, obligados principales al cumplimiento de tales obligaciones, lo que permite afirmar, entonces, que no se puede demandar conjuntamente a ambos." Ello cambió con la ley 19.666 de 2000 que consagró, expresamente, la posibilidad de demandar conjuntamente a los posibles responsable del cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores de la contratista o subcontratista según corresponda.

Periodo 2000-2009

En el dictamen 2220/117 de 11 de Julio de 2001, la Dirección del Trabajo vuelve a referirse a los límites de la responsabilidad subsidiaria de la empresa mandante, en especial, acerca de cuáles trabajadores de su contratista o subcontratista responde en forma subsidiaria, frente a lo cual la Dirección concluye en este dictamen que: "[...] es posible inferir que la responsabilidad subsidiaria que se

hace recaer sobre el dueño de la obra, empresa o faena se originaría justamente en la calidad de dueño de éstas, o quién las encarga , por lo que la responsabilidad sólo podría estar referida a los trabajadores del contratista o subcontratista, según el caso, ocupados en dicha obra, empresa o faena, y por los montos devengados durante su ejecución, y no por los demás trabajadores del contratista o subcontratista ocupados en otras obras, empresas o faenas, ajenas al dueño o comitente de las mismas.”

Ya específicamente respecto al contenido de la expresión “obligaciones laborales y previsionales” que constituyen el objeto de la responsabilidad subsidiaria de la empresa mandante, alude el dictamen 2049/50 de 28 de Mayo de 2003, en especial a lo procedencia de la inclusión de las indemnizaciones por años de servicios y por falta de aviso previo entre las obligaciones por la cuales es responsable la empresa mandante. La Dirección del Trabajo considero que “[...] el dueño de la obra, empresa o faena debería responder subsidiariamente del pago de las indemnizaciones por años de servicio y de aviso previo de los trabajadores del contratista o del subcontratista si es el caso, originadas y correspondientes a la ejecución de las respectivas obras, empresas o faenas, cuyo cumplimiento o eventual incumplimiento se produjo durante las mismas y siempre que en éstas hubieren laborado los trabajadores acreedores de tales indemnizaciones.” A la misma conclusión llega el dictamen 3361/101 de 20 de Agosto del 2003, que expresa: “Ahora bien, atendida la consulta, las indemnizaciones por años de servicio a juicio de esta Dirección, se encuentran comprendidas dentro de las expresiones “obligaciones laborales”, que contiene el artículo 64 en comento, de las cuales según la misma norma, responde subsidiariamente el dueño de la obra, empresa o faena, si se trata de obligaciones reguladas en el Código del Trabajo vinculadas a los años de prestación de los servicios.” Este mismo asunto se contempla en el dictamen 544/32 de 2 de Febrero de 2004, de forma bastante amplia y detallada.

El primer punto al que hace mención el dictamen 544/32, es el concepto de obligaciones laborales y previsionales, concepto que, según la Dirección del Trabajo, debe ser interpretado conforme al artículo 20 del Código Civil, es decir debe entenderse conforme a su sentido natural y obvio, que se ha entendido corresponde a la definición que de la expresión da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua

Española. Este diccionario define “laboral” como: “es lo perteneciente o relativo al trabajo”. A partir de ello, la Dirección del Trabajo considera que: “[...] toda obligación que compete al empleador contratista o subcontratista, que emane de los contratos individuales o colectivos del trabajo, y del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, por los trabajadores ocupados en la obra, empresa o faena, conformarían obligaciones laborales que serían exigibles subsidiariamente del dueño de ellas, o del contratista, según la circunstancia.” Por su parte, en el caso de las obligaciones previsionales, la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo previsión como: “acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles”, y, por tanto, dichas obligaciones comprenderían “[...] todo aquello que se pueda disponer para cubrir contingencias o necesidades previsibles que puedan afectar a la persona del trabajador durante sus labores, conformarían obligaciones previsionales del empleador.” La Dirección del Trabajo considera que dentro de estas obligaciones se comprenden no sólo el pago o declaración de las cotizaciones previsionales en general, de AFP e Isapre que corresponde enterar al empleador, “[...] sino además, la obligación que le asiste de prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”.

Luego, en este dictamen, la Dirección del Trabajo tiene presente que “[...] las demás obligaciones que imponen al empleador los Títulos I y II del indicado Libro II del Código del Trabajo, de deber general de seguridad de la vida y salud del trabajador, y de protección a la maternidad, respectivamente, estarían comprendidas dentro de las obligaciones laborales anteriormente analizadas, si se encuentran básicamente en el Código del Trabajo.”

En el punto siguiente, se refiere al límite temporal de la responsabilidad de la empresa mandante, en específico, a si dicha responsabilidad subsiste después de la terminación del contrato de trabajo. Respecto a ello se señala que “[...], cabe expresar que tal circunstancia no podría afectar su vigencia posterior, si el legislador no ha dispuesto regulación o limitación especial alguna al respecto, por lo que deberá aplicarse los principios y la legislación general sobre el particular, relativo a la vigencia de las obligaciones laborales y previsionales mientras no se extingan las primeras por

el finiquito legal debidamente cumplido, o por el transcurso de los plazos legales de caducidad, o por acogerse la alegación de las prescripciones del artículo 480 del Código del Trabajo, o de las cotizaciones previsionales, respecto de las instituciones de previsión, del artículo 49 de la ley 15.386.”²⁴⁷

A continuación, la Dirección del Trabajo pasa a determinar las obligaciones que deben considerarse incorporadas a la expresión “obligaciones laborales y previsionales” a efectos del artículo 64, resolviendo que:

“Las remuneraciones, vacaciones proporcionales, gratificación, horas extraordinarias, indemnización por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, constituyen obligaciones laborales que se encuentran comprendidas en la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, o del contratista según el caso, por los trabajadores ocupados en las mismas y por el período en que trabajaron en ellas”²⁴⁸

Por último, reitera ciertos elementos que deben ser tenidos en cuenta en el ámbito de la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, ya abordados en dictámenes anteriores. En primer lugar, confirma que la responsabilidad de la empresa mandante sólo se puede referir a trabajadores que hayan prestado efectivo servicio en la obra, empresa o faena y por los montos de las obligaciones laborales y previsionales devengadas durante la ejecución de las mismas. En segundo lugar, hace hincapié en la necesidad de exigir esta responsabilidad judicialmente, no siendo posible que sea exigida por los inspectores del trabajo.

La dictación de la ley 20.123, el 16 de Octubre de 2006, hizo necesaria una completa reinterpretación por parte de la Dirección del Trabajo, de la responsabilidad de la empresa principal en la subcontratación y del fenómeno de la subcontratación en general, toda vez que paso a ser regulada de manera extensa y detallada por el nuevo

²⁴⁷ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 544/32, 02. 02.2004.

²⁴⁸ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 544/32, 02. 02.2004.

título VII del libro I del Código del Trabajo denominado “Del Trabajo en Régimen de Subcontratación y del Trabajo en Empresas de Servicios Transitorios”.

La nueva normativa implicó un cambio importante en el ámbito de la responsabilidad de la empresa mandante, contemplando ya, no sólo la responsabilidad subsidiaria, sino también una responsabilidad solidaria en ciertas hipótesis, que implica que el trabajador podrá demandar a su empleador directo o a la empresa principal indistintamente por el cobro de las obligaciones laborales y previsionales incumplidas por su empleador.

En razón de lo antes descrito, la Dirección del Trabajo, mediante el dictamen 141/05 de 10 de Enero de 2007, tuvo que interpretar las disposiciones de esta nueva legislación.

Con respecto al artículo 183-B del Código del Trabajo, que establece la nueva responsabilidad solidaria de la empresa principal, la Dirección del Trabajo considera importante hacer mención, principalmente, a 3 puntos: en primer lugar, a qué debe entenderse por obligaciones laborales y previsionales de dar por las cuales hace responsable el precepto en comento al dueño de la obra, empresa o faena; en segundo lugar, al alcance de la responsabilidad solidaria de la empresa principal y del contratista en relación con las indemnizaciones por término de contrato; y, por último, a los límites en el tiempo de ésta.

Respecto a las obligaciones laborales y previsionales de dar, teniendo como base los conceptos de obligaciones laborales y previsionales, establecidos por la Dirección del Trabajo con ocasión de la vigencia del artículo 64 del Código del Trabajo, ésta considera que:

“[...] resulta dable afirmar que la responsabilidad solidaria que asiste a la empresa principal y al contratista por las obligaciones laborales de dar en favor de los trabajadores del contratista o subcontratista, según corresponda, alcanzará a todas aquellas obligaciones que, derivando de los contratos individuales o colectivos de

trabajo o del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, consistan en el pago de una suma de dinero determinada.”

Con respecto a las obligaciones previsionales, hace una precisión al decir, “Por lo que respecta a las obligaciones previsionales, cabe señalar que la circunstancia que el artículo 183- B , en comento, haya circunscrito la responsabilidad de la empresa principal o del contratista sólo a las obligaciones de dar, no así a las de hacer, carácter que revisten las obligaciones de prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales a que se alude en el dictamen N° 544/32, precedentemente citado, forzoso es convenir que a la luz de la nueva normativa que se contiene en el citado artículo 183-B, la responsabilidad solidaria de la empresa principal y el contratista sólo alcanzará al pago de las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores de que se trata. “

Más adelante agrega que, sin embargo, “La conclusión anterior no significa, que el legislador no haya contemplado responsabilidad alguna de la empresa principal o del contratista, en materia de higiene y seguridad respecto de los trabajadores afectos a un régimen de subcontratación. Por el contrario, el artículo 183-E del Código del Trabajo dispone expresamente que sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, del contratista o subcontratista, en orden a adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y salud de sus propios trabajadores de conformidad a lo dispuesto en el artículo 184 del mismo Código, establece una responsabilidad directa sobre la materia para la empresa principal, quien debe asumir tales obligaciones respecto de todos los trabajadores que laboren en su obra, empresa o faena, cualquiera que sea la dependencia de éstos, ya sea, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 bis de la Ley N° 16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales o de acuerdo al artículo 3° del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.”

El segundo tema al que se aboca la Dirección del Trabajo es a las indemnizaciones por término de contrato. Hace como primera precisión, una mención a la circunstancia de que la redacción del artículo 183-B permite afirmar que se excluye del ámbito de la responsabilidad de la empresa mandante las posibles

indemnizaciones por término de contrato de carácter convencional que pudieran establecer empleador y trabajador. Así, “[...] la responsabilidad de que se trata sólo procederá respecto de las indemnizaciones que corresponde pagar cuando el término de la relación laboral se produce por aplicación de alguna de las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio escrito del empleador, comprendiéndose en ellas, la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163 y la sustitutiva del aviso previo, si correspondiere, prevista esta última en los incisos 2º del artículo 161 y 4º del artículo 162 del mismo Código.”

“Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de esta Dirección, la responsabilidad solidaria que asiste tanto a la empresa principal como al contratista, debe hacerse extensiva a las indemnizaciones que, en conformidad al artículo 168 del Código del Trabajo, debe fijar el juez que conoce del reclamo por despido, en caso de que habiéndose puesto término al contrato de trabajo del afectado por aplicación de causales distintas a las anteriormente consignadas, declare que tal aplicación es injustificada, indebida o improcedente.”

El último tema al que se refiere este dictamen en relación al artículo 183-B, es al periodo en que debe hacerse efectiva la responsabilidad. La Dirección del Trabajo señala que: “Por lo que concierne al período en que debe hacerse efectiva la responsabilidad solidaria que nos ocupa, cabe señalar que el inciso 2º del artículo 183-B regula expresamente la materia, al señalar que ella estará limitada al tiempo o período en que los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal o para el contratista, según sea el caso.”

Luego procede a interpretar el artículo 183-D, que contempla la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal.

Hecho el análisis de la disposición, la Dirección del Trabajo concluye que la empresa principal o el contratista, en los casos que corresponda, serán

subsidiariamente responsables de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a sus contratistas y subcontratistas en los siguientes casos:

- La empresa principal o el contratista hacen efectivo los derechos de información y retención establecidos por el artículo 183-C.

Conforme a este dictamen, el derecho de información se traduciría en “[...] la facultad de exigir que se acredite el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, tanto de los trabajadores de sus contratistas, como de los dependientes de los subcontratistas, y, para el contratista, en la misma facultad respecto de los trabajadores de sus subcontratistas.” El derecho de retención, por su parte, “[...] opera cuando este último o el subcontratista, en su caso, no acrediten en forma oportuna y en los términos precedentemente señalados, el íntegro cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de sus trabajadores, y se traduce, para la empresa principal, en la facultad de retener de las sumas que ésta adeude al contratista por la ejecución de las obras o servicios subcontratados, los montos correspondientes a las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de éstos, de los que es solidariamente responsable, y en la obligación de pagar dichos montos directamente a los afectados o a la institución previsional acreedora.” Lo mismo se aplica al contratista con respecto al subcontratista.

- Cuando la empresa principal o el contratista hicieren efectivo el derecho de retención contemplado en el artículo 183-D. Ello ocurre cuando, notificados por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsional constatadas en las fiscalizaciones que se practique en sus contratistas y subcontratista, respectivamente, proceden a retener de las sumas adeudadas a los contratistas o subcontratista, el monto de las deudas que estos tienen para con sus trabajadores.

Cabe hacer presente, que lo referido al concepto de obligaciones laborales y previsionales, y límites de la responsabilidad de la empresa principal establecido por la Dirección del Trabajo a efectos del artículo 183-B, es plenamente aplicable en el caso del artículo 183-D

El dictamen 141/05 ha sido complementado por el dictamen 2468/053 de 09 de Julio de 2007. El que vino a aclarar ciertas dudas sobre temas que ya se habían planteado bajo la vigencia del antiguo régimen de subcontratación, pero que ante la dictación de la nueva ley volvieron a surgir.

El primero de estos temas es el referido a si la circunstancia de que el contratista tenga un supervisor a cargo de los trabajadores subcontratados, determina por sí sola la existencia de trabajo en régimen de subcontratación. Frente a ello la dirección considero que: “La sola circunstancia de que el contratista designe a un supervisor a cargo de sus trabajadores, no basta para entender que se está en presencia de trabajo en régimen de subcontratación, siendo necesario para ello, además, que dicho supervisor ejerza con autonomía de la empresa principal y en forma efectiva y directa, las atribuciones derivadas del vínculo de subordinación o dependencia que une a aquél con el personal subcontratado.”

El segundo tema que abarca este dictamen, se refiere a los límites a que está sujeta la empresa principal en su relación con los trabajadores subcontratados, de modo de no configurar una relación de subordinación y dependencia. La Dirección del Trabajo considera que:

“[...] 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.

Ello no significa, en caso alguno, desconocer a la empresa principal el ejercicio de determinadas atribuciones a su respecto, siempre que éstas no se traduzcan en alguna de las manifestaciones del vínculo de subordinación y dependencia a que se ha hecho referencia, toda vez que de ser así, podría válidamente sostenerse que es aquella la que re-vestiría la calidad de empleadora del referido personal y que podría configurarse en tal caso la figura ilícita de simulación contemplada en el inciso 1º del artículo 478 del Código del Trabajo.”

Por último se refiere a posibles limitaciones al régimen de subcontratación, en especial la posible prohibición de la subcontratación del giro principal de la empresa y la posible necesidad de que el contratista deba prestar servicio con herramientas o materiales propios.

Respecto al primer punto, y reafirmando lo expresado bajo la legislación anterior, la Dirección del Trabajo estimó: “[...] que del artículo 183-A del Código del Trabajo se infiere que el legislador no estableció restricciones ni limitaciones respecto a las obras o servicios que la empresa principal puede externalizar, circunstancia que autoriza para afirmar que no existe impedimento jurídico alguno para que ésta subcontrate obras, faenas o servicios propios de su giro.”

Sobre la necesidad de utilizar herramientas o materiales propios, dijo: “debe señalarse que del concepto de subcontratación contenido en el inciso 1º del artículo 183-A del Código del Trabajo no aparece como requisito para su existencia, el que las obras o servicios que realiza el contratista para la empresa principal sean ejecutadas con elementos de propiedad de aquél, lo cual autoriza para sostener que para establecer si en un caso específico se está o no en presencia de trabajo en régimen de subcontratación, resulta irrelevante determinar quien tiene la calidad de dueño de tales elementos.”

Del análisis de la jurisprudencia administrativa referida a la responsabilidad de la empresa principal y de la subcontratación en general, podemos afirmar que ésta en un principio abordó temas generales referidos al fenómeno de la subcontratación, toda vez que la legislación carecía de una regulación completa y sistemática de este fenómeno y de los conceptos básicos que permitieran un completo entendimiento de lo figura. Solucionadas esas primeras inquietudes, la Dirección del Trabajo se orienta a la responsabilidad de la empresa mandante, pasando luego a dedicarse a la tarea de interpretar el contenido de las obligaciones laborales y previsionales por las que el legislador hacia al responsable al dueño de la obra, empresa o faena.

Asimismo, a partir de este análisis es posible sostener que la nueva legislación en materia de subcontratación, incluyendo lo referido a la responsabilidad de la empresa principal, hace expreso, en gran medida, lo que ya se había asentado en la jurisprudencia administrativa a través de los dictámenes de la Dirección del Trabajo, por ejemplo, lo referido al límite temporal de la responsabilidad, la inclusión de las indemnizaciones por término de contrato dentro de las obligaciones por las que responde la empresa principal, entre otras. Es por ello que es importante hacer notar la relevancia que tuvo en el ámbito de la responsabilidad de la empresa principal y de la subcontratación en general, la labor interpretativa del órgano administrativo laboral, especialmente frente a la inconsistencia y contrariedad existente en el ámbito de la jurisprudencia judicial. Creemos, como señala LIZAMA, que la diferencia en la forma de ejercer la actividad interpretativa entre los Tribunales de Justicia y la Dirección del Trabajo, se deriva de “[...] la propia concepción que se tiene acerca de la función que le corresponde realizar a cada uno [...]”²⁴⁹

La disparidad de criterios se explica, en palabras del mismo autor, en que “[I]os jueces chilenos creen que la actividad jurisdiccional se agota en la resolución del conflicto particular. Por ello, no les importa la consecuencia de su decisión”²⁵⁰, mientras

²⁴⁹ LIZAMA, L. La Dirección del Trabajo: Una Explicación de su Facultad de Interpretar la Legislación Laboral Chilena. Op. Cit. p. 189

²⁵⁰ *Ibíd.*

que a la Dirección del Trabajo, en el entendido de su carácter de órgano público de la administración central, “[...] no le puede ser indiferente el efecto de su decisión y por ello comprende que su función no tiene que ver sólo con la resolución de un conflicto, sino que con la implementación de políticas públicas”²⁵¹.

²⁵¹ *Ibíd.*

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Los ordenamientos jurídicos de América Latina y España, han establecido distintas soluciones jurídicas en el ámbito de la responsabilidad de la empresa principal en las subcontratación. Las diferencias²⁵² se dan en ámbitos como el alcance objetivo de la responsabilidad, vale decir, los tipos de obligaciones por las cuales debe responder el dueño de la obra, empresa o faena; el alcance temporal de la responsabilidad de la empresa principal, que en algunos ordenamientos se extiende más allá del fin del contrato; y, por último, que en algunos países la responsabilidad de la empresa principal está supeditada a la existencia de un uso fraudulento de la figura de la subcontratación, entre otras particularidades.

Revisaremos algunos modelos comparados que han establecido regulaciones especiales para la materia objeto de nuestro estudio:

4.1 Argentina.

En Argentina no existe una regulación sistemática y completa de la subcontratación, la ley no define la subcontratación, ni establece algún tipo de resguardo específico para los trabajadores contratados bajo ese régimen, no obstante ser una figura legal. Pese a que la discusión acerca de la regulación de la subcontratación no ha calado tan fuerte como en el resto de Latinoamérica, en donde derivó en la dictación de leyes sobre subcontratación o tercerización en la mayoría de

²⁵² Ver. ERMIDA y COLUZZO. Op. Cit. p.64 y siguientes

los casos o, en su defecto, en su prohibición, sí existe una preocupación por este vacío de la legislación laboral argentina en ciertos sectores.²⁵³

Para los casos en que existe subcontratación, sólo es aplicable el artículo 30 de la Ley de Contrato de trabajo, cuyo texto es el siguiente:

“Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social. Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley 22.250.”

²⁵³ GIOSA, Noemi. Responsabilidad Compartida.[en línea] Página 12 en internet. 01 de Julio, 2007.<
<http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-3040-2007-07-01.html>.> [consulta: 13 de Agosto de 2009]

Lamentablemente, la jurisprudencia no se ha puesto de acuerdo en cuanto a su extensión, lo que deja en la incertidumbre respecto a su protección a los trabajadores. En algunas ocasiones la jurisprudencia adoptó un criterio amplio al interpretar esta norma, considerando que las empresas que subcontratan deben responder incluso respecto de aquellas actividades que no tengan relación directa con el giro principal y en otras, un criterio más restrictivo.²⁵⁴

Además, excepcionalmente, es aplicable el artículo 32 de la ley para el personal de la industria de la construcción, ley 22.250, a los trabajadores que en ella se desempeñan. Esta ley establece la responsabilidad de la empresa principal, pero sólo como una sanción a la negligencia de ésta. Este artículo señala:

“Quien contrate o subcontrate los servicios de contratistas o subcontratistas de la construcción, deberá requerir de éstos la constancia de su inscripción en el Registro Nacional de la Industria de la Construcción y comunicar a éste la iniciación de la obra y su ubicación.

Los empresarios, los propietarios y los profesionales, cuando se desempeñen como constructores de obra que contraten contratistas o subcontratistas que no hayan acreditado su inscripción en el Registro Nacional, serán, por esa sola omisión, responsables solidariamente de las obligaciones de dichos contratistas o subcontratistas respecto al personal que ocuparen en la obra y que fueren emergentes de la relación laboral referida a la misma.”

4.2 Ecuador.

El 30 de Abril de 2008, por medio del mandato constitucional número 8, Ecuador eliminó y prohibió la tercerización e intermediación, declarando que las relaciones laborales serían directas y bilaterales entre empleador y trabajador. El

²⁵⁴ BLANCO, Marcos. Jurisprudencia Laboral sobre Tercerización.[en línea] La Tribunal del Derecho en internet. 16 al 31 de Enero, 2007. <<http://www.tribunadelderecho.com/doc/TD27-27.pdf>> [Consulta: 15 de Agosto de 2009]

mismo mandato fue recogido en el artículo 327 de la Constitución, plebiscitada el 28 de Septiembre del 2008. La asamblea constituyente consideró, como lo señaló en el mandato constitucional nº 8, que: “la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral generalizada y la contratación por horas, constituyen modalidades de relación laboral que vulneran los derechos del trabajador [...]”. Agrega, posteriormente, que: “la tercerización de servicios, la intermediación laboral y la contratación por horas, precarizan la actividad laboral, desentienden y desconocen convenios internacionales de trabajo e impiden la organización sindical y la contratación colectiva”. El reglamento de aplicación del mandato constitucional número 8, reafirma la prohibición de la tercerización e intermediación, estableciendo sanciones para su contravención.

El mandato constitucional número 8 sólo deja subsistente lo que se denomina el contrato de prestación de servicios complementarios, regulado en los artículos 3 y 4 del mandato complementado con el reglamento, estos artículos señalan:

“Artículo 3.- Se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.”

“Artículo 4.- En los contratos a que se refiere el artículo anterior la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por ésta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio.

Los trabajadores de estas empresas, de acuerdo con su tiempo anual de servicios, participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio. Si las utilidades de la empresa que realiza actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá estas.

Además, los trabajadores que laboren en estas empresas, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, convenios con la OIT, ratificados por el Ecuador, este Mandato, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables.”

Teniendo en consideración las normas antes reseñadas, podemos sostener que lo que en definitiva hace el mandato constitucional número 8, es prohibir la subcontratación de las actividades que correspondan a la actividad principal de la empresa.

Con anterioridad a la dictación del mandato constitucional número 8, la ley reformativa del Código del Trabajo (2006-48) regulaba las actividades denominadas por esta ley de intermediación laboral y tercerización de servicios complementarios. Dicha Ley establecía la responsabilidad de la empresa principal en su artículo 16 en los siguientes términos: “Sin perjuicio de la responsabilidad principal del obligado directo y dejando a salvo el derecho de repetición, la persona en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio será responsable solidaria del cumplimiento de las obligaciones laborales, aunque el contrato se efectúe por intermediario [...]”

4.3 Uruguay.

La regulación de la responsabilidad en la subcontratación en Uruguay, está establecida en las leyes 18.099 y 18.251.

La ley 18.099 de Derechos de los Trabajadores del año 2007, vino a modificar el régimen de responsabilidad de la empresa principal existente hasta ese momento en virtud de la ley 10.449. Ésta contemplaba la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, pero sólo referida al pago de los salarios mínimos. La ley 18.099 contempló la responsabilidad solidaria de la empresa principal y la amplió a otras obligaciones distintas del pago de salarios mínimos, esta obligación de la empresa mandante quedo establecida en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad provisional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores.

El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los organismos comprendidos en los artículos 220 y 221 de la Constitución de la República, las Intendencias Municipales, las Juntas Departamentales y las personas públicas no estatales, cuando utilicen personal mediante algunas de las modalidades previstas en el inciso anterior, quedan incluidos en el régimen de responsabilidad solidaria regulado por esta ley.

La responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra, por el personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas. Cuando se trate de obligaciones que se determinen en función de períodos mayores al de la subcontratación, intermediación o suministro, la cuantía máxima por la que responderá el patrono o el empresario principal o la empresa usuaria no podrá exceder el equivalente de lo que se hubiera devengado si los operarios trabajasen en forma directa para el mismo.”

Además, vino a complementar lo establecido por la ley 18.099, en forma más extensa y específica, la ley 18.251, Ley de Responsabilidad Laboral en los Procesos de Descentralización Empresarial.

Al igual que nuestra ley de subcontratación, esta ley contempla en su artículo cuarto un derecho de información para la empresa principal acerca del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, así como lo referido a la contingencia de los accidentes del trabajo. También en la ley contempla el derecho de retención.

Esta ley se refiere en específico a la responsabilidad de la empresa principal en el artículo sexto, el que señala:

“Artículo 6º. (Responsabilidad del patrono o empresa principal).- Cuando el patrono o la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informado establecido en el artículo 4º de la presente ley, responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas en el artículo 1º de la Ley Nº 18.099, de 24 de enero de 2007, con la limitación temporal allí establecida y el alcance definido en el artículo 7º de la presente ley.

Cuando no ejerza dicha facultad será solidariamente responsable del cumplimiento de estas obligaciones”

A diferencia de lo que ocurre en nuestra legislación, en Uruguay la ley establece expresamente el alcance de la responsabilidad de la empresa principal en su artículo 7:

“Las obligaciones laborales a que refiere el inciso primero del artículo 1º de la Ley Nº 18.099, de 24 de enero de 2007, comprenden aquellas derivadas de la relación de trabajo que surgen de las normas internacionales ratificadas, leyes, decretos, laudos o decisiones de los Consejos de Salarios, o de los convenios colectivos registrados o de la información que surja de la documentación a la que refiere el literal D) del artículo 4º de la presente ley, así como el deber del patrono o empresario principal de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el artículo 1º de la Ley Nº 5.032, de 21 de julio de 1914, sus decretos reglamentarios y convenios internacionales del trabajo vigentes.

Las obligaciones previsionales respecto del trabajador contratado comprenden las contribuciones especiales de seguridad social (patronales y personales), excluyendo las multas, los recargos, los impuestos y adicionales recaudados por los organismos de seguridad social. Tampoco están comprendidas las sanciones administrativas por concepto de infracciones a las normas laborales, las que se

regularán en función del grado de responsabilidad que a cada empresa corresponda por el incumplimiento.”

4.4 Perú.

En Perú, lo referido a la subcontratación está regulado en la Ley que Regula Los Servicios de Tercerización, Ley 29.245. La responsabilidad de la empresa principal en esta ley, está establecida en el artículo 9, el que prescribe:

“Artículo 9.- Responsabilidad de la empresa principal

La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral”.

Cabe hacer notar que esta es una de la legislación que extiende el alcance temporal de la responsabilidad de la empresa principal más allá del fin del encargo realizado por ésta a la contratista.

4.5 España.

En España, la subcontratación se encuentra regulada principalmente en dos textos legales: el Estatuto de los Trabajadores, y específicamente para el rubro de la construcción, la Ley 32/2006.

El Estatuto de los Trabajadores, se refiere a la subcontratación en el artículo 42. En el caso de la legislación española lo que en nuestro país conocemos como la

subcontratación corresponde a la institución conocida como contrata, sin embargo este artículo sólo contempla el caso en que el contrato entre la empresa principal y la contratista se refiera al giro principal de esta, este artículo señala:

“1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial. [...].”

Esta legislación también contempla la extensión de la responsabilidad de la empresa principal en el caso de las obligaciones salariales con posterioridad al fin de la obra o servicio encargado.

Por su parte, tal como lo señalamos, también se refiere a la subcontratación la ley 32/2006. El concepto de subcontratación contenido en esta ley difiere del contenido en nuestra ley, que como señalamos se conoce en España como contrata, pues se

refiere a la relación entre lo que en nuestra legislación correspondería al contratista y el subcontratista. La definición que contiene esta ley es la siguiente:

“Subcontratación: la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual el contratista o subcontratista encarga a otro subcontratista o trabajador autónomo parte de lo que a él se le ha encomendado.”

En esta ley la empresa principal recibe el nombre de promotor.

La responsabilidad establecida por esta ley está contemplada en el artículo 7.2 en los siguientes términos:

“Sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social, el incumplimiento de las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el artículo 4.2, o del régimen de subcontratación establecido en el artículo 5, determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista que hubiera contratado incurriendo en dichos incumplimientos y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato acordado que correspondan al subcontratista responsable del incumplimiento en el ámbito de ejecución de su contrato, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas.”

Del análisis de las distintas legislaciones comparadas, podemos afirmar que en la mayoría de los países el legislador ha considerado que la solución a la precariedad en que la subcontratación deja a los trabajadores con respecto al cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales, es el establecimiento de la responsabilidad solidaria de la empresa principal por las obligaciones incumplidas de su contratista o subcontratista en el caso en que proceda. Pese a ello, la regulación de la subcontratación en nuestro país opta por la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, y sólo en el caso en que la empresa no ejerza los derechos que la ley le otorga su responsabilidad deviene en solidaria. Una situación similar ocurre en Uruguay, pero no obstante ello, al igual que en la mayoría de los países del resto de Latinoamérica, el alcance objetivo de la responsabilidad de la empresa mandante es

mucho mayor, abarcando un mayor número de obligaciones que la ley chilena, que sólo las circunscribe a las obligaciones laborales y previsionales de dar. Por ello, consideramos que la solución adoptada por el legislador chileno en el ámbito de la regulación del fenómeno, cada vez más importante de la subcontratación, no es acorde con las tendencias internacionales, que, tal como hemos observado, se dirigen a aumentar el alcances objetivo de la responsabilidad de la empresa principal a nuevas obligaciones laborales y previsionales, incluso originadas en tratados internacionales.

CONCLUSIONES

La responsabilidad de la empresa principal en la subcontratación siempre ha sido una preocupación del legislador, prueba de ello es que aún antes de existir una regulación sistemática de la subcontratación, en nuestra legislación este tema se encontraba regulado a través del artículo 64 y sus antecesores.

El fundamento del establecimiento de esta responsabilidad, se encuentra en el aprovechamiento que hace la empresa principal de la labor de los trabajadores para su proceso productivo. A ello debe agregarse el carácter protector del derecho laboral y los principios que lo informan, además de las normas internacionales, que impiden tratar al trabajo como una mercancía, y, por lo tanto, prohíben interpretar las normas con una lógica meramente económica.

De esto se desprende que el objeto de la responsabilidad de la empresa principal es la protección de los trabajadores subcontratados, su carácter protector nos señala que estamos hablando de una responsabilidad especial de carácter laboral. Como consecuencia de esto, al momento de interpretar las normas que regulan la responsabilidad en la subcontratación, los criterios hermenéuticos del derecho común deben ser subsidiarios a los criterios propios del derecho laboral. La aplicación de estos principios al interpretar la norma que hace responsable al empresario principal, hace presente que se trata de una responsabilidad estricta.

Es imposible constatar evolución alguna en la jurisprudencia judicial, pues los tribunales no tuvieron una respuesta unívoca al problema de la extensión de la responsabilidad de la empresa principal en la subcontratación. Sin embargo, es factible clasificar las discusiones jurisprudenciales en tres momentos que se suceden cronológicamente, a saber: un primer momento abocado a determinar quiénes son contratistas; un segundo momento centrado en la competencia de los tribunales, los límites de la responsabilidad y los sujetos de ésta; y, por último, una preocupación por la extensión de la responsabilidad y la profundización de sus límites. Esta indeterminación de los tribunales en los criterios de resolución de los asuntos

sometidos a su conocimiento, deriva en una grave vulneración al derecho de igualdad ante la ley y a la seguridad jurídica de los trabajadores.

Por el contrario, en el caso de la jurisprudencia administrativa, sí es posible afirmar la existencia de una evolución clara y dirigida a determinar con precisión el contenido de la expresión “obligaciones laborales y previsionales”, en el sentido de sostener que ésta incluye obligaciones que van más allá del pago de las remuneraciones y de las cotizaciones previsionales, así como a precisar otros aspectos confusos de esta responsabilidad. Esta diferencia entre el órgano administrativo y el judicial, vendría a ser el correlato de la visión de cada órgano respecto de su labor interpretativa y de cómo ésta se relaciona con la sociedad.

La nueva ley de subcontratación recoge parte de la discusión jurisprudencial judicial y la de la Dirección del Trabajo, en cuanto a la extensión dada a la responsabilidad. Además, recogió lo establecido por uniformemente en la jurisprudencia en lo que dice relación a la responsabilidad de la empresa principal en materia de higiene y seguridad respecto de los trabajadores de su contratista. Sin embargo, su redacción implica, al mismo tiempo, un retroceso en la protección de los trabajadores, pues limita las prestaciones debidas a las de dar. Además, modifica el régimen de responsabilidad de la empresa principal, pues, a pesar de que se mantiene como regla general la subsidiariedad, se incluye la posibilidad de que ésta se vea modificada cuando el empleador actúe negligentemente y no ejerza sus derechos de información y retención que la misma ley le ha otorgado, transformándose en solidaria.

En lo que lleva de vigencia, la ley de subcontratación ha sido aplicada en contadas ocasiones por los tribunales. En cuanto a su aplicación, sostenemos que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han delimitado en demasía las obligaciones que pueden considerarse obligaciones de dar, ya que ha dejado fuera de éstas obligaciones de dar como la del pago de las remuneraciones que se señalan en el artículo 162 del Código del Trabajo; las compensaciones por infracción a los fueros sindicales y maternos; la indemnización por término anticipado de contrato, en el caso de los contratos a plazo fijo o por obra o faena; entre otras.

Si bien se reconoce el esfuerzo del legislador en orden a sistematizar y precisar la legislación referida a la subcontratación, nuestra legislación es de aquellas que ofrecen una protección más débil a los trabajadores en comparación con la regulación dada a este punto por otros países de Latinoamérica y Europa, especialmente porque en la mayoría de estos países, la regla general de responsabilidad de la empresa principal es la responsabilidad solidaria.

Además de la solución al problema con el estándar de responsabilidad, aún existen desafíos pendientes en materia de subcontratación, como son la igualación salarios entre trabajadores contratados directamente y subcontratados que ejercen igual o similar labor; crear un mecanismo que solucione el problema de la segmentación del colectivo y su consecuente menoscabo de los derechos colectivos en general y de la negociación colectiva y derecho a huelga en particular de los trabajadores subcontratados; aumento de las obligaciones protegidas, de manera que el recurrir a la subcontratación responda únicamente a criterios de eficiencia en la producción y no a intentos por evadir la legislación laboral con el sólo objeto de reducir costos.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK, René. Las Obligaciones. Tomo I. 3ª Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ALBORNOZ, Marcelo, ALVIZ, Christian, PEREZ, Enrique. Subcontratación Laboral y Servicios Transitorios. Santiago, LexisNexis, 2007.

ALESSANDRI, Arturo. Teoría de las Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur, 1988.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. Tratado de las Obligaciones. 2ª Edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica. 2001

BARROS, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

BLANCO, Marcos. Jurisprudencia Laboral sobre Tercerización.[en línea] La Tribunal del Derecho en internet. 16 al 31 de Enero, 2007.

<<http://www.tribunadelderecho.com/doc/TD27-27.pdf>> [Consulta: 15 de Agosto de 2009]

BRONSTEIN, Arturo. La Subcontratación Laboral. [En Línea]

<alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2943-13/639.pdf>. [Consulta: 20 de Abril 2009].

COCCO, Giuseppe y VERCELLONE, Carlo. Los Paradigmas Sociales del Posfordismo. [En línea]

<http://www2.cddc.vt.edu/digitalfordism/fordism_materials/cooco_vercellone.htm> [Consulta: 1 de Abril de 2009]

CONFERENCIA Internacional del Trabajo (85ª, 1997, Ginebra, Suiza,). Informe VI (1). Trabajo en Régimen de Subcontratación. Ginebra, Suiza, OIT, 1995.

CONFERENCIA Internacional del Trabajo (86ª,1996, Ginebra, Suiza). Informe V(2b). Trabajo en Régimen de Subcontratación. Ginebra, Suiza, OIT, 1998.

CONFERENCIA Internacional del Trabajo (95ª,2006, Ginebra, Suiza). Informe VI(1). La Relación de Trabajo. Ginebra, Suiza, OIT, 2006.

CORTÉS, Claudio. La Responsabilidad Subsidiaria en el Trabajo prestado en régimen de Subcontratación. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002.

DIEZ, José. Responsabilidad Civil derivada de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales: Aspectos Relevantes de su Regulación y Operatoria Actual. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 1 (31): 2008.

DIRECCION DEL TRABAJO. Consultas laborales. [en línea]
<http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/article-94237.html> [consulta:1 de Octubre de 2009]

DOÑA, Esteban. La Responsabilidad del Estado dueño de la Obra, Empresa o Faena, en la Jurisprudencia. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005.

ECHEVERRÍA, Magdalena. Subcontratación de la Producción y Subcontratación del Trabajo. [En línea] <biografias.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2943-13/632.pdf>. [Consulta: 20 Abril 2009]

ERMIDA, Oscar y COLUZZO, Natalia. Descentralización, Tercerización, Subcontratación. Lima, OIT, 2009.

ESPINOZA, Carmen. La subcontratación, Una Nueva Fórmula para Rentabilizar Los Negocios. [En Línea]

<www.iglesia.cl/vicariatrabajadores/articulos/La_subcontratacion.doc>. [Consulta: 20 Abril 2009].

GIOSA, Noemi. Responsabilidad Compartida.[en línea] Página 12 en internet. 01 de Julio, 2007.< <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-3040-2007-07-01.html>.> [consulta: 13 de Agosto de 2009]

HALPERN, Cecily. El Nuevo Fenómeno Organizativo: Causas e Implicancias. En: Seminario “Derecho Laboral. Régimen de Subcontratación. Ley 20.123”. Santiago, Chile. Colegio de Abogados de Chile. 2006.

HENRIQUEZ, Helia y RIQUELME, Verónica. Lejos del Trabajo Decente: El Empleo Desprotegido en Chile. Cuaderno de Investigación. 1(30): Noviembre de 2006.

HISTORIA DE LA LEY 20.123. p.10 [En línea]

<http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-10-25.1798310653/otros-documentos-sobre-subcontratacion/Historia_de_la_ley.pdf> [Consulta: 30 de Septiembre de 2009]

HUMERES, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. v.1. 17ª edición. Santiago, Editorial Jurídica, 2004.

LIZAMA, Luis. La Dirección del Trabajo; Una Explicación de su Facultad de Interpretar la Ley Chilena. Tesis (Magister en Derecho). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1998.

LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. Santiago, LexisNexis, 2007.

LOPEZ, Diego. La Subcontratación y La Precarización del Empleo. Boletín Oficial Dirección del trabajo, 1996. [En Línea]< www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-62199_bol_oct_96.pdf>. [Consulta: 15 Abril 2009]

MILLON, Paula. La Responsabilidad Subsidiaria en la Legislación Laboral. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 2001.

PALAVECINO, Claudio. Subcontratación. Régimen Jurídico del Trabajo Subcontratado y del Suministro de Personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica, 2006.

PIZARRO W., Carlos. La Responsabilidad Contractual en el Derecho Chileno. [En línea] <www.udp.cl/fueyo/investigacion/pubpizarro/responsabilidad_contractual.pdf>[Consulta :08 de Abril de 2009]

SOTO, Alejandro. El Trabajo Prestado en Régimen de Subcontratación y en Empresas de Servicios Transitorios a la luz de la Nueva Legislación Laboral. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006.

TOLEDO, César. La subcontratación laboral en Chile. Análisis de la Ley 20.123. p.8 [En línea] <www.derecho-trabajo.cl/Ponencias/CESAR%20TOLEDO.doc> [Consulta: 15 de Abril de 2009.]

TORRICELI, Orlando. Juan Somavia: “El trabajo no es una mercancía sino un bien social”. [en línea] [elmundo.es](http://www.elmundo.es/elmundo/2008/10/07/solidaridad/1223399157.html). 07 de Octubre, 2008. <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/10/07/solidaridad/1223399157.html> [consulta: 1 de Octubre de 2009]

UGARTE, José Luis. Sobre Relaciones Laborales Triangulares. Ius et Praxis [en línea], 12(1): 2006. Disponible en

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100002&lng=es&nrm=iso>. [consulta: 17 de marzo de 2009].

WALKER, Francisco. Algunas Reflexiones Sobre Los Aspectos Jurídico-Laborales de la Externalización(Outsourcing). Economía y Administración. 1 (148): Octubre/Noviembre 2004.

ZELAYA, Pedro. La Responsabilidad Civil del Empresario Por el Hecho de su Dependiente. Revista de Derecho y Jurisprudencia. 90(3): 1993.

ZELAYA, Pedro. La Responsabilidad Subsidiaria del Dueño de Obra, Empresa o Faena por los Daños Causados al Trabajador del Contratista o Subcontratista. Revista de Derecho y Jurisprudencia. 101(2): 2004.

Fuentes Legales

Código Civil. CHILE. Editorial Jurídica de Chile, edición oficial, Santiago, Chile, Febrero de 2004.

Código del Trabajo de 1931. CHILE. Códigos de la República de Chile. Edición Oficial. Sociedad Imprenta y Litografía Universo, Valparaíso, Chile, 1937.

Ley 4.055. CHILE. Ley de Accidentes del Trabajo. Ministerio del Interior. Chile, 26 de Septiembre de 1924.

Ley 16.624. CHILE: Crea Corporación Nacional del Cobre. Ministerio de Minería. Santiago, Chile. 15 de mayo de 1967.

Ley 16.744. CHILE. Establece Normas Sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 01 de Febrero de 1968.

Ley 17.322. CHILE. Normas Para la Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 19 de Agosto de 1970.

Ley 18.620. CHILE. Aprueba Código del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 06 de Julio de 1987.

Ley 19.250. CHILE. Modifica Libros I, II Y V del Código del Trabajo, Artículo 2472 del Código Civil y Otros Textos Legales. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 30 de Septiembre de 1993.

Ley 19.666. CHILE. Limita la Ejecución de Trabajos Por Empresas Contratistas en las Faenas que Indica. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 10 de Marzo de 2000.

Ley 20.123. CHILE. Regula Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 16 de Octubre de 2006.

DFL 2. CHILE. Dispone la Reestructuración y Fija Funciones de la Dirección del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 29 de Septiembre de 1967.

DFL 1. CHILE. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 24 de Enero de 1994.

DL 2200. CHILE. Fija Normas Relativas al Contrato de Trabajo y a la Protección de los Trabajadores. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 15 de Junio de 1978.

DL 2759. CHILE. Modifica las Disposiciones Legales que Indica y Establece Normas Laborales. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 6 de Julio de 1979.

DS 100. CHILE. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile. 22 de Septiembre de 2005.

DS 319. CHILE. Aprueba Reglamento del Artículo 183-C Inciso Segundo del Código del Trabajo, Incorporado por la Ley N° 20.123, Sobre Acreditación de Cumplimiento de Obligaciones Laborales y Previsionales. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 20 de Enero de 2007.

DS 76. CHILE. Aprueba Reglamento Para la Aplicación del Artículo 66 Bis de la Ley N° 16.744 Sobre la Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Obras, Faenas O Servicios que Indica. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 18 de Enero de 2007.

Ley 20.744. ARGENTINA. Ley de Contrato de Trabajo. Buenos Aires, Argentina. 13 de Mayo de 1976.

Ley 22.250. ARGENTINA. Nuevo Régimen Legal de Trabajo Para el Personal de la Industria de la Construcción. Argentina. 17 de Julio de 1980.

Ley 2006-48. ECUADOR. Ley Reformatoria al Código del Trabajo, Mediante la Cual se Regula la Actividad de Intermediación Laboral y la de Tercerización de Servicios Complementarios. Quito, Ecuador. 23 de Junio de 2006.

Mandato Constituyente N° 8. ECUADOR. Ciudad Alfaro, Ecuador. 30 de Abril de 2008.

Constitución de la República del Ecuador. ECUADOR. Ciudad Alfaro, Ecuador. 28 de Septiembre de 2008.

Real Decreto Legislativo 1/1995. ESPAÑA. Aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. España, 24 de Marzo de 1995.

Ley 32/2006. ESPAÑA. Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción. España, 18 de Octubre de 2006.

Ley 29.245. PERÚ. Ley que Regula Los Servicios de Tercerización. Lima, Perú. 02 de Junio de 2008.

Ley 18.099. URUGUAY. Derecho de los Trabajadores. Se Establecen Normas Para su Protección Ante los Procesos de Descentralización Empresarial. Montevideo, Uruguay, 7 de Febrero de 2007.

Ley 18.251. URUGUAY. Responsabilidad Laboral en los Procesos de Descentralización Empresarial. Montevideo, Uruguay, 17 de Enero de 2008.

Jurisprudencia Judicial

- Corte Suprema, Recurso de Queja, Rol 3731, de 27 de Junio de 1983.
- Corte Apelaciones de Santiago, Apelación, ROL 1213-84, de 21 de Septiembre de 1984.
- Corte Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 191-88, de 29 de Abril de 1988.

- Corte de Apelaciones de Santiago, Apelaciones, Rol 719-93, de 18 de Junio de 1990.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 1367-1999., de 28 de Octubre de 1990.
- Corte de apelaciones de Punta Arenas, Apelación, Rol 653, de 22 de Octubre de 1992.
- Primer Juzgado de Letras de Rancagua, Rol 30625, de 5 de Julio de 1996.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 1583, de 9 de Abril de 1997.
- Corte Suprema, Casación, Rol 13-2000, de 8 de noviembre de 2000.
- Corte Suprema, Casación, Rol 3619-2000, de 28 de noviembre de 2000.
- Sexto Juzgado de Letras de Santiago, Rol 3758-1999, de 23 de Enero de 2001.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 3132-1997, de 31 de Enero de 2001.
- Primer Juzgado del Trabajo de Antofagasta, Rol 1958, de 31 de Julio de 2001.
- Corte Suprema, Casación, Rol: 817-2001, de 31 de Agosto de 2001.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 2376, de 20 de Octubre de 2001.
- Corte Suprema, Casación, Rol 4877-2001, de 2 de Mayo de 2002.
- Corte Suprema, Casación, Rol 5029-01, de 8 de Mayo de 2002.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 2577, de 10 de Septiembre de 2002.
- Corte Suprema, Casación, Rol 1366-02, de 12 de noviembre de 2002.
- Tribunal de Letras de María Elena, Rol 8-2002, de 20 de diciembre de 2002.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 4355-2002, de 05 de mayo de 2003.

- Corte de Apelaciones de Copiapó, Apelación, Rol de ingreso a la Corte Suprema 852-2003, de 20 de enero de 2003.
- Corte Suprema, Casación, Rol 3872-2002, de 23 de Enero de 2003.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 927-2003, de 18 de Febrero de 2003.
- Corte de Apelaciones de Copiapó, Apelación, Rol 1345, de 13 de Marzo de 2003.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, apelación, Rol 2706, de 17 de Abril de 2003.
- Corte Suprema, Casación, ROL: 927-2003, de 4 de Diciembre de 2003.
- Corte Suprema, Casación, Rol 1552-2003, de 4 de Diciembre de 2003.
- Tribunal de Letras de Los Ángeles, Rol 12357, de 26 de Julio de 2004
- Corte suprema, Casación, Rol 5336-2003, de 27 de Diciembre de 2004.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, ROL: 766-2005, de 3 de Enero de 2005.
- Corte de Apelaciones de Concepción, Apelación, Rol 3746-2004, de 11 de julio de 2005.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 3767-2004, de 15 de Julio de 2005.
- Corte Suprema, Casación, Rol 1452-2004, de 28 de Julio de 2005.
- Corte Suprema, Casación, ROL: 2199-2004, de 25 de Agosto de 2005.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, Apelación, Rol 418-2004, de 25 de Agosto de 2005.
- Corte de Apelaciones de Concepción, Apelación, ROL 6323-2005, de 28 de octubre de 2005.
- Corte Suprema, Casación, ROL: 4004-2004, de 29 de noviembre de 2005.
Sentencia de reemplazo, Rol 2015-2005, de 13 de diciembre de 2006.

- Corte Suprema, Casación, Rol 3803-2000, de 13 de diciembre de 2006.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación, Rol 2823-2006, de 14 de Marzo de 2007.
- Corte Suprema, Casación, Rol 5583-05, de 29 de Marzo de 2007.
- Corte Suprema, Casación, Rol 5172-05, de 16 de Abril de 2007.
- Corte Suprema, Casación, Rol 4514-2005, de 14 de Mayo de 2007.
- Corte Suprema, Casación, ROL: 3038-2006, de 26 de Junio de 2007
- Corte Suprema, Casación, ROL 1006-2006- de 27 de Julio de 2007.
- Corte de Apelaciones de Valdivia, Apelación, Rol 88-2007, de 10 de agosto de 2007.
- Corte Suprema, Casación, Rol N°1497-2007, de 13 de Diciembre de 2007.
- Corte Suprema, Casación, Rol 4762-96, de 30 de Enero de 2008.
- Corte Suprema, Casación, Rol 1913-2008, de 8 de mayo de 2008.
- Corte de Apelaciones de Talca, Apelación, Rol: 60-2008, de 11 de Junio de 2008.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta, Apelación, Rol 193-2008, de 24 de Noviembre de 2008
- Corte Suprema, Casación, Rol 140-2009, de 26 de Febrero de 2009.

Jurisprudencia Administrativa

- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 9135, 31.12.1970.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1893, 05.04.1972.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 1570, 22.07.1982.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2414, 02.05.1985.

- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 8728/175, 29.11.1988.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 5624/89, 25.07.1989.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 9159/212, 14.12.1990.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2306/68, 28.03.1991.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 3171/86, 29.04.1991.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 5487/259, 22.09.1992.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 752/39, 31.01.1994.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 4546/220, 21. 07.1995.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 5028/224, 04.09.1996.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 5393/236, 02.10.1996
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2220/117, 11.07.2001.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2049/50, 28.05.2003.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N°3361/101, 20.08.2003.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 544/32, 02.02.2004.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 141/5,10.01.2007.
- Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario N° 2468/053, 09.07.2007.