



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho del Trabajo

**RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL FRENTE A
LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL,
COMETIDO POR EL CONTRATISTA O SUBCONTRATISTA.**

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

MACARENA PARADA DÍAZ

PABLO GUZMÁN PEÑA

Profesor guía: Luis Lizama Portal

Santiago, Chile

2015

*A nuestras familias,
por su infinito e incondicional apoyo en este proceso.*

ÍNDICE

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I: EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL, SU VULNERACIÓN Y PROTECCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	10
1.1. LA LIBERTAD SINDICAL.....	10
1.1.1 CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA	11
1.1.2. CLASIFICACIONES.....	15
1.1.3. ATRIBUTOS DE LA LIBERTAD SINDICAL	16
1.2. LA LIBERTAD SINDICAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO...	17
1.3. LAS PRÁCTICAS DESLEALES	23
1.3.1. LAS PRÁCTICAS DESLEALES EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO	24
1.3.1.1 SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LAS PRÁCTICAS ANTISINDICALES	27
1.3.1.2. PRÁCTICAS ANTISINDICALES ESPECÍFICAS	30
1.4 LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL.	34
1.4.1. EL RECURSO DE PROTECCIÓN.....	35
1.4.2. EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL.....	39
1.4.2.1. LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO TUTELA	43
CAPITULO II: LAS RELACIONES DE TRABAJO TRIANGULARES	51
2.1. CONCEPTO DE SUBCONTRATACIÓN, EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES Y SU DISTINCIÓN CENTRAL	54
2.2. LOS SUJETOS EN LA SUBCONTRATACIÓN.....	58
2.3. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL BAJO RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO DEL TRABAJO.....	63
2.3.1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO LABORAL	64
2.3.2. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL A PARTIR DE LA LEY 20.123.	66
2.3.3. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES.	67

2.3.4.	<i>LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL</i>	70
2.3.5	<i>LOS DERECHOS DE CONTROL DE LA EMPRESA PRINCIPAL</i>	77
2.3.5.1	<i>EL DERECHO DE INFORMACIÓN.....</i>	77
2.3.5.2	<i>EL DERECHO DE RETENCIÓN.....</i>	78
2.3.5.3	<i>EL DERECHO DE PAGO POR SUBROGACIÓN</i>	80
2.3.6.	<i>LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL.</i>	82
2.4	<i>NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL</i>	84
2.4.1.	<i>RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.....</i>	84
2.4.2	<i>RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....</i>	94
2.4.2.1	<i>RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO.....</i>	96
2.4.3	<i>LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL COMO UNA RESPONSABILIDAD ESPECIAL DE CARÁCTER LABORAL.....</i>	101
2.5.	<i>EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL</i>	105
CAPITULO III: RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL FRENTE A EVENTUALES VULNERACIONES A LA LIBERTAD SINDICAL.....		115
3.1.	<i>ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL SEGÚN LA LEY N° 20.123</i>	116
3.1.1	<i>OBLIGACIONES LABORALES Y PREVISIONALES DE DAR.....</i>	118
3.1.2.	<i>ALCANCE TEMPORAL Y SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD</i>	123
3.2.	<i>LA Oponibilidad del derecho a la libertad sindical frente a terceros. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales.....</i>	128
3.3.	<i>LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR .</i>	135
3.4.	<i>COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES</i>	138
3.5	<i>LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL COMO INFRACCIÓN A UNA OBLIGACIÓN LABORAL.....</i>	143
3.6	<i>¿DEBERÍA SER OBLIGACIÓN DE LA EMPRESA PRINCIPAL RESPONDER POR LA VULNERACIÓN A LA LIBERTAD SINDICAL COMETIDA POR LA EMPRESA CONTRATISTA?.....</i>	149

3.7.	CASOS DE VULNERACIÓN A LA LIBERTAD SINDICAL COMETIDOS POR LA EMPRESA PRINCIPAL.....	156
3.7.A.	<i>LISTAS NEGRAS</i>	157
3.7.B.	<i>REEMPLAZO DE TRABAJADORES EN HUELGA</i>	160
	CONCLUSIONES	166
	BIBLIOGRAFÍA	171

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es determinar, si dentro del esquema de subcontratación, la empresa principal debe responder de manera solidaria o subsidiaria por las vulneraciones al derecho de la libertad sindical cometidas por la empresa contratista o la subcontratista.

Para ello se revisaran los distintos aspectos del derecho a la libertad sindical incluyendo como se configura una práctica antisindical, junto con el análisis de los mecanismos que nuestra legislación establece para su protección. Se realizará un análisis doctrinal y jurisprudencial relativo a la extensión y límites de la responsabilidad de la empresa principal y si es extensible a las prácticas antisindicales, a la luz de nuestra legislación vigente.

La metodología utilizada para llevar a cabo nuestra investigación, corresponde a la recopilación, análisis y estudio de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, en lo que dice relación al derecho a la libertad sindical y el tratamiento de la responsabilidad principal en los casos de subcontratación, específicamente aquellas que tratan el alcance y límite de dicha responsabilidad.

Como consecuencia de nuestro estudio, podremos concluir que dentro del sistema de subcontratación, la empresa principal no puede ser responsable de manera solidaria ni subsidiaria por las vulneraciones a la libertad sindical que sean cometidas por la empresa contratista o la subcontratista, a la luz de la legislación vigente, sin perjuicio que deba responder de manera directa cuando ha sido esta quien comete una práctica antisindical.

INTRODUCCIÓN

Numerosos e importantes son los cambios que ha sufrido nuestra legislación laboral a través de la historia. Dentro de estos, mencionaremos dos importantes reformas del último tiempo que han motivado esta investigación. Nos referimos en primer lugar a la ley 20.087, que estableció el nuevo procedimiento laboral, incorporando el procedimiento de tutela de derechos fundamentales y, en segundo lugar la ley 20.123 que vino en crear un cuerpo normativo más completo en materia de subcontratación e innovar en materia de suministro de trabajadores. Estas dos importantes reformas serán revisadas indirectamente dentro del contexto del derecho a la libertad sindical y su vulneración, que será el eje central de nuestra investigación.

El problema que nos convoca, se genera cuando los atentados en contra del derecho a la libertad sindical se producen dentro del ámbito de la llamada tercerización laboral, específicamente, analizaremos cuando ocurren en un régimen de subcontratación. Dentro de este contexto, se estudiará la posibilidad que el empresario principal, esto es, el dueño de la obra o faena, deba responder por eventuales vulneraciones a la libertad sindical en contra de los trabajadores subcontratados, ya sea que ésta sea cometida por el contratista, subcontratista o bien, por la misma empresa principal.

Para llegar a revisar el tema en específico que nos convoca, explicaremos en primer lugar de qué manera es entendido actualmente el derecho a la libertad sindical, su concepto, naturaleza jurídica, cuáles son sus

atributos y cómo está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Revisaremos las llamadas prácticas desleales o antisindicales que reconoce nuestro ordenamiento jurídico; analizaremos cuál es el régimen de protección que establece nuestra legislación a través del estudio de las distintas formas de tutela jurisdiccional existentes, haciendo una breve descripción del procedimiento de tutela laboral establecido por la nueva normativa ya mencionada y que será el procedimiento a aplicar en caso de vulneración a este derecho.

Una vez revisados estos distintos aspectos de la libertad sindical, pasaremos a revisar la figura de las relaciones de trabajo triangulares: la subcontratación y suministro de trabajadores, centrando nuestro estudio en la primera, pasando por el análisis de los sujetos intervinientes en esta relación, para continuar y poner especial énfasis en el régimen de responsabilidad de la empresa principal que se ha establecido por la ley 20.123, revisando dentro de ésta los distintos estatutos, a saber, la responsabilidad directa, solidaria y subsidiaria.

Una vez analizado el estatuto de responsabilidad establecido por la legislación laboral en esta materia, pasaremos a revisar cual es su naturaleza jurídica y dedicaremos un punto especialmente para entender cuál es el fundamento de esta responsabilidad, todo lo cual nos servirá para abrir el debate en torno a las normas aplicables en caso de vulneración del derecho a la libertad sindical cuando ésta se produce dentro del ámbito de la

subcontratación, no obstante carecer la legislación en comento de una regulación expresa sobre eventuales vulneraciones al derecho a la libertad sindical, cuando esta se produce en el marco de la tercerización laboral.

Analizados estos aspectos, en el capítulo central de esta investigación intentaremos establecer si la empresa principal debe o no responder ya sea solidaria o subsidiariamente en su caso, por las vulneraciones ya mencionadas y de qué manera podríamos fundamentar dicha responsabilidad a la luz de la normativa vigente y los principios fundantes del Derecho del Trabajo que podrían ser aplicados en la materia.

Todo lo anterior, lo realizaremos a través del estudio y análisis de la normativa vigente, la doctrina y la jurisprudencia que se ha encargado del tema, especialmente respecto del régimen de responsabilidad de la empresa principal, su alcance y límites, para así dar una respuesta concreta al problema planteado.

CAPITULO I

EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL, SU VULNERACIÓN Y PROTECCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1.1. LA LIBERTAD SINDICAL

La libertad sindical puede, sin duda, ser reconocida como el principio rector en materia de derecho colectivo, ya que constituye el pilar que dota de contenido a este último.

Al igual que el conjunto del Derecho del Trabajo, la libertad sindical como concepto y realidad se ha ido conformando a través del transcurso del tiempo, sobre todo durante el siglo XX. Una revisión de la evolución histórica del concepto nos permite constatar que la libertad sindical ha transitado desde una perspectiva muy estrecha, subsumida en derechos tradicionales como el de asociación, hasta alcanzar una definición absolutamente propia, que le otorgan una individualidad y contenido específico.

Desde una perspectiva histórica general, su reconocimiento se relaciona directamente con los trabajadores y sus necesidades. El establecimiento de este derecho, busca equiparar las fuerzas existentes en la relación laboral. La libertad sindical se encuentra directamente vinculada con los intereses de un

colectivo de trabajadores y para su ejercicio siempre se requiere de un colectivo, incluso en el caso de la libertad sindical individual (afiliación o desafiliación a un sindicato por ejemplo).

En cuanto al origen del concepto que conocemos hoy, creemos que está ligado al momento en el que el Estado reconoce el fenómeno sindical y sus diversas manifestaciones.

“El reconocimiento de la organización y actividad sindical, conlleva la elaboración por parte de la doctrina, de un concepto matriz o rector de dichas regulaciones, a saber, la libertad sindical”¹.

1.1.1 CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA

Como aproximación a lo que podemos conocer como concepto de la libertad sindical, tomaremos como punto de referencia nuestra Constitución Política de la República, la cual reconoce actualmente en su artículo 19 N°19, el derecho a sindicalizarse en los casos y formas que señala la ley, reconociendo la libertad de afiliación y desafiliación. Sin embargo, este derecho a la sindicalización es solo una manifestación del concepto global que encierra la libertad sindical, en efecto, de aquí surge la discusión de la doctrina nacional en torno a establecer si nuestra Constitución reconoce o no expresamente la

¹ GAMONAL, Sergio. 2011. Derecho Colectivo Del Trabajo. Santiago. 2da ed. Legal Publishing. p. 55.

libertad sindical, ya que no podemos limitarla solo al derecho de sindicalización, la que es solo una manifestación específica de este derecho. Las concepciones actualmente vigentes referidas a la libertad sindical, sostienen abiertamente, que tal derecho no puede restringirse únicamente al ámbito más individual de su ejercicio (libertad de constitución y afiliación), sino que debe necesariamente proyectarse a la tutela y promoción de las expresiones de carácter colectivo que le son propias, que dicen relación con el desarrollo funcional de la libertad sindical, como son el derecho de negociación colectiva y la huelga, quedando así configurada la denominada “visión triangular del derecho colectivo del trabajo”².

El profesor José Luis Ugarte, señala que se debe superar la lectura restrictiva de la libertad sindical, pues a su juicio, “el constituyente ha reconocido las manifestaciones más relevantes de la libertad sindical, esto es, no solo el derecho a organizarse sino también lo que denomina el derecho de actividad sindical a través de la autonomía sindical, y concretamente por la negociación colectiva y huelga”³.

En el mismo sentido, el Comité de Libertad Sindical de la OIT, ha señalado expresamente que: "La libertad sindical no implica solamente el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir libremente las asociaciones de su elección, sino también el de las asociaciones profesionales

² GAMONAL, Sergio. Fundamentos de Derecho Laboral. ob. cit. p.124

³ UGARTE C, José Luis. “Libertad Sindical y Constitución: como superar una vieja lectura”. *En Revista Laboral Chilena* N°86. 2000, p.76 y 75

mismas a entregarse a actividades lícitas en defensa de sus intereses profesionales”⁴.

De esta forma, reconocemos claramente que hay 3 elementos o expresiones que configuran la libertad sindical, pudiendo entonces llegar a definirse como: “el derecho que asiste a todos los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafiliarse a ellas, a darse su propia normativa, sin intervención de terceros; y, específicamente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y el derecho a huelga”⁵.

Tanta es la importancia que ha adquirido este derecho, que no es de extrañar su reconocimiento como derecho humano esencial.

Como ya indicábamos a modo de aproximación a su concepto, nuestra Carta Fundamental reconoce el derecho a la sindicalización, la libertad de afiliarse y desafiliarse de sindicatos. Además, diversas Convenciones Internacionales como la propia OIT, reconocen de entre los derechos fundamentales los derechos sindicales, consagrándose de esta manera el deber de los Estados de reconocerlos y adoptar las medidas necesarias para garantizarlos.

⁴ Organización Internacional del Trabajo. La Libertad Sindical. Cuarta Edición. Año 1996.

⁵ VARAS, Mario. “Libertad sindical y negociación colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley N° 19.759”, en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, agosto 2003, p. 3.

La libertad sindical es un derecho humano y como tal merece protección frente a su vulneración, a través de mecanismos que permitan la tutela efectiva de este derecho y la reparación del daño causado.

Junto a los postulados internacionales y la doctrina, también la jurisprudencia nacional se ha manifestado en este sentido, señalando que: “El derecho a la libertad sindical comprende tanto la facultad de constituir sindicatos, cuanto tutelar y promover la actividad sindical, con la finalidad de defender efectivamente los intereses de los representados de la organización. Se trata de un derecho humano fundamental consagrado constitucionalmente, así como internacionalmente a través de declaraciones y tratados internacionales. Su regulación está contenida en el Código del Trabajo y en los Convenios Básicos de Libertad Sindical 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo normas que forman parte del derecho interno. En dichos estatutos se establecen los mecanismos de tutela siempre y cuando se trate de actos concretos que perturben su ejercicio”⁶.

⁶ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago del 31.01.2012, rol N° 4512-2010. Considerando 3°.

1.1.2. CLASIFICACIONES

Habiendo alcanzado una aproximación al concepto de la libertad sindical, pasaremos a revisar brevemente las diversas clasificaciones que admite este derecho y sus manifestaciones, según lo señala el profesor Sergio Gamonal.⁷

En primer lugar, podemos reconocer la libertad sindical individual o colectiva. La individual se relaciona directamente con los trabajadores individualmente considerados y a su posibilidad de afiliarse o desafiliarse; y la colectiva, con los sindicatos o agrupaciones de trabajadores, una vez constituidos, y, por ejemplo, iniciar un procedimiento de negociación colectiva.

A su vez, la libertad sindical individual puede clasificarse en positiva, según se permite a los trabajadores constituir o afiliarse a sindicatos, o negativa, reconocida como la libertad de desafiliarse o no pertenecer a sindicato alguno.

Finalmente, la libertad sindical puede clasificarse en procedimental y/o sustantiva. La procedimental dice relación con las normas y procedimientos a seguir tanto en la constitución como en la vida del sindicato, mientras que la sustantiva dice relación con los derechos básicos de los trabajadores y de los sindicatos ya constituidos.

⁷ GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo Del Trabajo. ob. cit. p. 66-67.

1.1.3. ATRIBUTOS DE LA LIBERTAD SINDICAL

El contenido del derecho que analizamos, permite distinguir diversos atributos que otorga. Estos atributos, reconocidos por nuestra legislación, deben ser respetados tanto por el empleador como por parte de la administración del Estado, ya que como podremos apreciar, de su solo enunciado se deduce a los sujetos pasivos de estas manifestaciones. A continuación hacemos un breve listado de ellos:

- a. Libertad de constitución: facultad de los trabajadores y empleadores de constituir libremente las organizaciones sindicales que más les convenga.
- b. Libertad de afiliación: los trabajadores son libres de adherirse a las organizaciones sindicales que deseen.
- c. Libertad sindical negativa: los trabajadores son absolutamente libres de desafiliarse o no formar parte de sindicato alguno.
- d. Libertad colectiva de reglamentación: facultad de los sindicatos de dictar sus propios estatutos y reglamentos internos.
- e. Libertad colectiva de representación: los sindicatos son libres de elegir a sus representantes sin injerencia del Estado.
- f. Libertad colectiva de disolución: los sindicatos solo pueden ser disueltos por su actividad por acuerdo de sus afiliados o por resolución judicial.
- g. Libertad colectiva de actuación sindical: es el derecho de los sindicatos de formar su propio programa de acción en atención a los objetivos de su

organización y los intereses que representa. Esta libertad de actuación implica que los sindicatos puedan organizarse de manera libre tanto su administración como las actividades a realizar. Cobra vital importancia dentro de la libertad de actuación sindical, el derecho a negociar colectivamente y el derecho a huelga.

Analizado el concepto y los atributos podemos apreciar que la libertad sindical posee dos facetas, una orgánica y otra funcional. La primera aquella que se refiere a la libertad de constitución y afiliación a los sindicatos, la segunda aquella referida a la actividad sindical propiamente tal en sus dos grandes expresiones, el derecho a negociación colectiva y a la huelga.

1.2. LA LIBERTAD SINDICAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Como ya lo aproximamos al analizar su concepto, nuestra Constitución recoge la libertad sindical, pero a través de una concepción más restringida, dejando a un lado las manifestaciones que lo caracterizan. En el artículo 19 N° 19 se reconoce específicamente el derecho a la sindicalización y el derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley. Pero no solo reconoce el derecho a asociarse con el objetivo de alcanzar fines profesionales por medio de un programa de acción, sino también reconoce libertad sindical negativa, esto es, el derecho de los trabajadores a no constituir o no afiliarse a ninguna

organización sindical al establecer expresamente que la afiliación sindical será siempre voluntaria⁸.

También se reconoce la plena autonomía sindical, pero deja su resguardo entregado a la ley. Esta autonomía, debe ser entendida en su sentido más amplio, “desde la injerencia de terceros-por cierto del Estado- a la autonomía funcional que abarca los aspectos de funcionamiento de la organización, alcanzando a las instituciones que dicen relación con las normas protectoras de la actividad sindical, para así hacer efectivos todos los atributos que enumeramos al analizar la libertad sindical. De forma que las restricciones a la actividad sindical, como ocurre en determinadas situaciones en que se reprime a los trabajadores sindicalizados constituyen una infracción a la autonomía sindical; lo mismo ocurre con la injerencia indebida en las decisiones sindicales o cuando se afecta la autonomía sindical con infracción a otros derechos constitucionales”⁹.

Por su parte, el artículo 19 N° 16 reconoce el derecho a la negociación colectiva, su titularidad y exclusiones, y las reglas relativas a la huelga.

Ahora bien, el contenido de tales garantías constitucionales, debe verse enriquecido con lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por Chile

⁸ Artículo 19 N°19 “La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria. Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley. La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas.”

⁹ TAPIA G., Francisco. 2005. “Los Sindicatos”. Santiago. Lexis Nexis. p.194.

y actualmente vigentes, a la luz de lo dispuesto en el artículo 5º inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, en donde se establece que el límite al ejercicio de la soberanía es el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados en nuestra Constitución y tratados internacionales ratificados por Chile.

Como consecuencia, el Estado reconoce la vigencia de derechos esenciales consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile, entre los que encontramos la libertad sindical, contenido en los Convenios emanados de la OIT y los tratados de derechos humanos, que a continuación pasamos a revisar brevemente, sin entender que las normas que citamos sean las únicas que se refieren al derecho en análisis¹⁰.

La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica en 1969, reconoce en su artículo 16 N° 1, que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

Por su parte, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, adoptado el 16 de febrero de 1966 y vigente desde marzo de 1976, en su artículo 22 reconoce la libertad de asociación de orden laboral, sin que el

¹⁰ En efecto, numerosos resultan los Convenios de la OIT que se refieren explícita o implícitamente a la libertad sindical, entre ellos los N°: 11, 87, 98, 135, 151, todos ratificados por Chile. Y los Convenios 141 y 154, no ratificados por nuestro país.

estado puede menoscabar su ejercicio, toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses, y el Estado en ningún caso podrá adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales adoptado el 16 de diciembre de 1966 y vigente desde el 3 de enero de 1976, en su artículo 8 señala: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”.

El Convenio 87 de la OIT, el cual está dedicado precisamente al tratamiento de la libertad sindical y la protección al derecho de sindicalización, dispone en su artículo 2º “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas, pueden redactar sus propios estatutos y reglamentos, y las autoridades públicas

deben abstenerse de toda injerencia que tienda a limitar o entorpecer su ejercicio y no procede la disolución o suspensión de sindicatos que sea por la vía administrativa.”

El Convenio 98 de la misma Organización, por su parte, sobre el derecho a sindicalización y negociación colectiva, establece que deben adoptarse las medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la organización entre trabajadores y el procedimiento de negociación colectiva; establece que los trabajadores deben gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación que tienda a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo, lo que importa cualquier perjuicio o el propio despido de un trabajador en razón de su afiliación a un sindicato o participaciones en las actividades sindicales. Las organizaciones sindicales además, deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de intervención en su constitución funcionamiento o administración por parte del empleador.

Finalmente, el Convenio 135 de la OIT, celebrado en 1971, otorga protección a toda persona que es elegida libremente por los trabajadores como su representante, los cuales deben gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido y disponer de facilidades apropiadas para permitir un desempeño eficiente de sus funciones las que no pueden perjudicarse por el funcionamiento de las empresas.

A nivel legal interno, encontramos los artículos 2 y 5 del Código del Trabajo. El primero que señala como actos contrarios a los principios de las

leyes laborales los actos de discriminación arbitraria como los basados en distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de sindicación; mientras que el segundo de ellos reconoce como límite a las facultades del empleador las garantías constitucionales de los trabajadores, dentro de las cuales obviamente se encuentra la libertad sindical en su aspecto más amplio.

Importante resulta recalcar el artículo 212 del Código del Trabajo que encabeza el libro III, y que reconoce a los trabajadores del sector privado y empresas del Estado el derecho a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas. Junto con ello, dentro del mismo cuerpo legal, tanto el libro III referido a las organizaciones sindicales, como el libro IV referido a la negociación colectiva constituyen el marco legal bajo el cual se desenvuelve la libertad sindical en nuestro país, que desde ya nos permiten concluir que tenemos un sistema en el cual se regula meticulosamente, en opinión de algunos excesiva¹¹, tanto la negociación colectiva, como la huelga, que como mencionamos, constituyen los pilares del derecho a la libertad sindical.

¹¹ Sobre la crítica a la excesiva regulación de los libros III y IV del Código del Trabajo véase: TOLEDO C., César. 2013. Tutela de la Libertad Sindical. Santiago. Legal Publishing. p. 53-54.

1.3. LAS PRÁCTICAS DESLEALES

Importante resulta siempre que se consagra un derecho, como la libertad sindical, que se establezcan los mecanismos de tutela adecuados por parte del Estado para protegerlo, ya que de lo contrario el reconocimiento efectuado a nivel internacional, constitucional y legal del respectivo derecho, se transforma en una mera declaración de principios.

Como lo señala César Toledo Corsi “es unánime el reclamo respecto de lo imprescindible que resulta la adopción de un adecuado andamiaje normativo, procesal e institucional para garantizar la vigencia de la libertad sindical que será tanto más necesario cuando más débil sea el movimiento sindical”¹².

Es por esto que el legislador ha establecido diversos mecanismos que permiten que la consagración de la libertad sindical no resulte opacada por su falta de protección.

Dentro de este contexto, como mecanismos de protección a la libertad sindical, podemos encontrar: la fiscalización, el fuero sindical, la consagración de las prácticas desleales o antisindicales y por supuesto los procedimientos judiciales establecidos para conocer los conflictos que se susciten como consecuencia de la vulneración a la libertad sindical (tutela jurisdiccional).

En este capítulo nos abocaremos a la consagración de las prácticas desleales o antisindicales por parte del legislador en los libros III y IV del Código

¹² TOLEDO C., César. 2013. Tutela de la Libertad Sindical. Legal Publishing. p. 55.

del Trabajo y posteriormente nos referiremos a la tutela jurisdiccional que existe actualmente en nuestro país para proteger o sancionar los atentados a la libertad sindical, para así proporcionar el contexto adecuado de lo que se pretende en el presente trabajo.

1.3.1. LAS PRÁCTICAS DESLEALES EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO

Nuestro Código del Trabajo regula separadamente por un lado, las prácticas antisindicales, entre los artículos 289 a 294 bis, dentro del libro III, en donde se regulan las organizaciones sindicales, y por otro las prácticas desleales en la negociación colectiva, entre los artículos 387 a 390 bis, en el libro IV, asociadas a la regulación de conductas dentro de ese proceso. En tal sentido, el Código del Trabajo define a las primeras, como las acciones que atentan contra la libertad sindical, mientras que las segundas responden al catálogo de conductas que ocurren durante la negociación colectiva, como aquellas acciones que entorpezcan la consecución de ésta y sus procedimientos.

Esta separación, la explica Sergio Gamonal, señalando que obedece a una noción restrictiva de la libertad sindical como facultad de constituir sindicatos y de afiliarse y desafilarse de los mismos.¹³ En el mismo sentido, y

¹³ GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo Del Trabajo. ob. cit. p. 467.

adicionalmente, Eduardo Caamaño señala que esta opción legislativa del Código del Trabajo (en adelante también CdT) se entiende también por el concepto meramente instrumental que se le reconoce en este texto legal a la negociación colectiva, al entenderla como un procedimiento y no explícitamente como el ejercicio de un derecho fundamental por parte de los trabajadores organizados colectivamente, haciendo alusión al artículo 303 inciso 1 que define la negociación colectiva¹⁴.

Sin embargo, y compartiendo las ideas de ambos autores citados, concluimos en este punto, que las prácticas desleales establecidas por nuestro Código del Trabajo, comprenden todas las manifestaciones de la libertad sindical que ya analizamos dentro de este primer capítulo, y no solo la libertad de afiliación, tutelando así las dos facetas de la libertad sindical, tanto orgánica como funcional. Esto sumado a que, de la lectura que podemos realizar de los ejemplos que nos dan los artículos referidos a las prácticas desleales, se aprecia que la tutela que se pretende establecer a la libertad sindical es concordante con los atributos de esta.

De esta forma, podemos adoptar el amplio concepto que nos da Gamonal de las prácticas desleales que las define como: “toda acción u omisión

¹⁴ CAAMAÑO R., Eduardo. 2006. La tutela jurisdiccional de la libertad sindical. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XIX (1). p. 83.

que atente contra la libertad sindical, especialmente aquellas que afecten la negociación colectiva, sus procedimientos y el derecho a huelga”¹⁵.

Cabe señalar en este momento, que las prácticas desleales o antisindicales reguladas en nuestro Código son solo a modo de ejemplo y en ningún caso taxativas. Por ende, pueden darse un conjunto de situaciones que configuren una vulneración a libertad sindical no descrita específicamente en los artículos mencionados. El profesor Eduardo Caamaño así lo reafirma: “en la actual legislación laboral no se efectúa una caracterización cerrada y taxativa de estos comportamientos vulneratorios de la libertad sindical, sino que el legislador sigue un criterio abierto y omnicomprensivo. Por tanto, toda acción u omisión que atente contra este derecho fundamental es susceptible de llegar a calificarse en lo jurídico como práctica antisindical, aun cuando no se encuentre descrita expresamente como tal”¹⁶. Asimismo lo ha entendido la jurisprudencia judicial, al resolver que la determinación de si otros hechos pueden llegar a constituir o no dichos ilícitos queda entregada al órgano jurisdiccional¹⁷. De igual manera lo ha entendido la Dirección del Trabajo al establecer en diversos dictámenes, a base de lo dispuesto por el artículo 292 inciso 3º del Código del Trabajo, que la calificación de una conducta como constitutiva de práctica antisindical es una atribución exclusiva de los Tribunales de Justicia, sin

¹⁵ GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo Del Trabajo. ob. cit. p. 468.

¹⁶ CAAMAÑO, Eduardo. La Tutela Jurisdiccional de la libertad sindical. ob. cit. p. 84.

¹⁷ Corte Suprema, sentencia de casación rol 1967/2003, citada por Tapia, F., Sindicatos, ob. cit., pp. 425-426. En igual sentido, sentencia de la Excma. Corte Suprema, dictada el 19.12.2006, rol N° 6.123-06.

perjuicio de la intervención de la Inspección del Trabajo en la forma prevista por el artículo 292 inciso 4 del Código del Trabajo¹⁸.

1.3.1.1 SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LAS PRÁCTICAS ANTISINDICALES

Sobre este punto, de la lectura de los artículos 289, 290, 387 y 388 del Código del trabajo podemos distinguir que los sujetos activos de las prácticas desleales o antisindicales, pueden ser el empleador, los trabajadores y las organizaciones sindicales.

Además de esto, el Código en el artículo 291, nos permite concluir que el sujeto activo es aún más amplio, estableciéndose que la práctica antisindical puede ser realizada por cualquier persona¹⁹.

En el mismo sentido se ha manifestado la doctrina nacional, señalando así los profesores William Thayer, Patricio Novoa y también Sergio Gamonal que “El Código contempla incluso la posibilidad de prácticas desleales realizadas por cualquier persona en su art. 291, por ejemplo, por directivas

¹⁸ Entre otros: dictámenes N° 744/031, de 31 de enero de 1994; N° 1008/053, de 27 de marzo de 2002; N° 3092/088, de 31 de julio de 2003; N° 4675/196, de 5 de noviembre de 2003; N° 2000/ 117, de 28 de junio de 2002.

¹⁹ Art. 291. Incurren, especialmente, en infracción que atenta contra la libertad sindical:

a) Los que ejerzan fuerza física o moral en los trabajadores a fin de obtener su afiliación o desafiliación sindical o para que un trabajador se abstenga de pertenecer a un sindicato, y los que en igual forma impidan u obliguen a un trabajador a promover la formación de una organización sindical, y
b) Los que por cualquier medio entorpezcan o impidan la libertad de opinión de los miembros de un sindicato.

políticas o funcionarios de gobierno. Una práctica antisindical perfectamente puede ser efectuada, además, por la empresa principal (subcontratación) respecto de los trabajadores subcontratados o por la usuaria (suministro) respecto de los trabajadores puestos a disposición”²⁰.

Sin embargo, esta interpretación no ha sido recogida por la Excma. Corte Suprema, que en sentencia de fecha 16 de septiembre de 2008 establece en su considerando séptimo que “en este orden de ideas, aparece que la disposición contenida en el artículo 291 del Código del Trabajo, si bien no pormenoriza a los sujetos activos de las conductas que, especialmente, describe, no es menos cierto que no pueden sino considerarse como especificaciones de las detalladas en las normas que lo preceden, en las cuales se identifica al sujeto activo como empleador, los propios trabajadores y las mismas organizaciones sindicales. En consecuencia, forma parte de los requisitos necesarios para estimar concurrente las prácticas antisindicales, el resultado efectivamente limitante de la conducta desplegada por el o los autores en relación con los afectados.”; agregando el considerando siguiente que “En el caso, de acuerdo a los hechos fijados, el supuesto afectado está constituido por un Sindicato de Trabajadores Independientes, cuyos integrantes no reconocen como empleador a las denunciadas, ni a ninguna otra persona, de modo que la negativa a otorgar patente a los dirigentes sindicales que se individualizan en la denuncia respectiva, fundada en la ausencia de las exigencias pertinentes, no puede

²⁰ GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. ob. cit. p.468. En igual sentido TOLEDO C., César. Tutela de la Libertad Sindical. ob. cit. p. 130.

estimarse como práctica que limite o restrinja el derecho a la libertad sindical, en la medida en que no se presenta entre las partes -supuestos afectados y denunciadas- la relación que conduce o permite el resultado pernicioso, cuya ocurrencia se trata de evitar a través de la regulación establecida en las disposiciones legales contenidas en los artículos 289 a 294 bis del Código del Trabajo”²¹.

Esta última interpretación nos parece que resulta muy peligrosa, en cuanto deja fuera de protección a muchos trabajadores al exigir que los afectados reconozcan como empleador a quien incurre en la práctica antisindical. En consecuencia quedarían en la indefensión, además de los sindicatos independientes a los cuales se refiere el fallo citado, los trabajadores subcontratados y también los trabajadores transitorios, respecto de las prácticas desleales que puede efectuar las empresas principales o usuarias. Asimismo como lo ejemplifica Toledo, tampoco sería susceptible de sanción la afectación a la libertad sindical negativa fundada cuando no se contrata al trabajador.

De esta manera “la externalización de servicios pasa a convertirse en una grosera forma de eludir el cumplimiento de la obligación de respetar el ejercicio de la libertad sindical, sin ninguna sanción a cambio”²².

Finalmente en este punto, en cuanto a los sujetos pasivos de las prácticas antisindicales, de acuerdo a la lectura de las citadas normas del

²¹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema del 16.09.2008, rol N° 2399-2008. Citada en TOLEDO C., César. Tutela de la Libertad Sindical. ob. cit. p. 132.

²² TOLEDO C., César. Tutela de la Libertad Sindical. ob. cit. p. 133.

Código del Trabajo, están constituidos por los trabajadores (actuales o potenciales en el caso de que se entorpezca su contratación), los sindicatos, los socios de un sindicato y los dirigentes sindicales. Excepcionalmente, por expresa disposición del artículo 289 letra a), se extiende también a los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad; y también al empleador, como es el caso de las letras e) y d) del artículo 290.

1.3.1.2. PRÁCTICAS ANTISINDICALES ESPECÍFICAS

Como ya lo mencionamos, el legislador contempla tanto en el libro III como en el IV del Código del trabajo una serie de situaciones que constituyen prácticas desleales o antisindicales de modo ejemplar, sin intención de ser taxativo.

Con el fin de no abundar en contenido normativo, y dando por reproducidas las normas en su tenor literal, en donde se tipifican las prácticas desleales, nos limitaremos a señalar que nuestro Código del Trabajo regula de tal manera las prácticas que es posible clasificarlas de acuerdo a distintos criterios. Entre ellos, por ejemplo de acuerdo al atributo de la libertad sindical afectado:²³

²³ Sobre el tratamiento a las prácticas desleales desde este punto de vista véase GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. ob. cit. p. 465 y ss.

- a) Atentados a la libertad de constitución: se refieren a ella por ejemplo, los artículos 291 a); 289 a) y 289 c).
- b) Atentados a la libertad de afiliación y desafiliación: se refieren a ella los artículos 291 a); 289 a) y d); 289 e) y 289 f).
- c) Atentados a la libertad colectiva de federación: En contra de esta libertad no encontramos normas específicas que se refieren a ella, pero podemos decir que resultan aplicables gran parte de las conductas descritas en las normas citadas, tanto en particular, como también una infracción en sentido genérico a la libertad sindical.
- d) Atentados a la libertad de reglamentación, representación y disolución: se refieren a ella los artículos 289 e) y 290 d).
- e) Atentados a la libertad de actuación sindical: así por ejemplo el artículo 291 b); 289 b) y 289 g).

Otra clasificación que se puede realizar, se da en cuanto al ámbito de aplicación temporal en el cual se da la práctica antisindical pudiendo distinguirse entre:²⁴

- a) Prácticas antisindicales en el acceso al trabajo;
- b) Prácticas antisindicales realizadas en el desenvolvimiento de la relación laboral; y

²⁴ Sobre esta distinción véase TOLEDO C., César. Tutela de la Libertad Sindical. ob. cit. p. 185 y ss.

c) Prácticas antisindicales al momento del término de la relación laboral.

Así también y siguiendo la dualidad con la que el Código del Trabajo regula la materia podemos distinguir entre las prácticas antisindicales, reguladas en los artículos 289 a 294 bis y las prácticas desleales relativas a la negociación colectiva, tratada entre los artículos 387 a 390 bis.

Asimismo, se puede distinguir según el titular afectado de la libertad sindical, entre aquellas que afectan a los representantes, a los trabajadores, a la organización sindical, a quienes negocian colectivamente, etc.

Por su parte, la Dirección del Trabajo en la revista “Temas Laborales” del año 2009, propone una clasificación de las prácticas antisindicales desde un enfoque distinto a partir de las sentencias condenatorias en los juicios por esta materia, haciendo presente que, a pesar de poder establecer ciertos criterios de distinción, todas representan atentados a la libertad sindical. De esta forma, clasifica los atentados contra la libertad sindical en: denegación de derechos fundamentales, negación del sujeto colectivo y erosión a la autonomía sindical.

Dentro de la categoría denegación de derechos fundamentales se incluye aquellas prácticas antisindicales que afectan el derecho mismo a formar sindicatos, tanto donde no existe, como de mantenerlo en actividad una vez formado, lo que se afecta en este caso es la libertad de asociación, incluyendo en ella los despidos antisindicales.

En la categoría denominada negación del sujeto colectivo se incluyen las prácticas de oposición del empleador que no permiten al sujeto colectivo desarrollar sus finalidades de representación (alterar el normal procedimiento de negociación colectiva, separación ilegal de dirigentes sindicales) y de autotutela (reemplazo ilegal de trabajadores en huelga).

Finalmente, en la categoría erosión a la autonomía sindical, envuelve las prácticas del empleador, dirigidas a debilitar la autonomía del sindicato y de agresiones que no ponen en cuestión su existencia, así como otras de incidencia menor en el desarrollo de la organización sindical. Incluye prácticas antisindicales relativas a cuota sindical, a prácticas de injerencia sindical y de actos de hostigamiento a dirigentes y trabajadores²⁵.

En conclusión, de la lectura de los artículos 289 a 294 bis y 387 a 390 bis del Código del Trabajo, podemos encontrar una serie de prácticas que a modo de ejemplo afectan a la libertad sindical, estableciendo las sanciones a quienes incurran en ellas. Esta enumeración de conductas permite una serie de clasificaciones, como las ya enunciadas someramente, pero a pesar de ello no debemos olvidar que todas ellas representan atentados al principio rector que es la libertad sindical.

De esta forma, al establecerse un catálogo no taxativo de prácticas antisindicales, como lo señala Caamaño, es posible sostener que nuestro ordenamiento jurídico-laboral se encontraría en armonía con los planteamientos

²⁵ TEMAS LABORALES. Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. Diciembre 2009. N° 26. p. 16-17

contenidos en el Convenio N° 98 de la OIT sobre derecho de sindicación y negociación colectiva,²⁶ el cual obliga al Estado a establecer la adecuada protección tanto a los trabajadores, como a las organizaciones sindicales.

1.4 LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL.

Habiendo señalado lo que entendemos por libertad sindical, enunciado y analizado brevemente lo que se conoce como las prácticas antisindicales en nuestra legislación, pasaremos a revisar los mecanismos de tutela jurisdiccional que existen para proteger este derecho.

Como señalábamos anteriormente, resulta muy relevante que el Estado establezca los mecanismos adecuados de tutela de las garantías, para así asegurar la eficacia real de los derechos reconocidos a nivel constitucional y legal, para que así su consagración no resulte una simple declaración de principios, o como lo señala el profesor Ugarte, perteneciente solo al mundo de las palabras²⁷.

Bajo este contexto, encontramos los mecanismos jurisdiccionales que ha establecido nuestro legislador para dar protección efectiva a los mencionados

²⁶ CAAMAÑO, Eduardo. La Tutela Jurisdiccional de la libertad sindical. ob. cit. p. 85.

²⁷ UGARTE C. José Luis. 2009. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. 2da ed. Santiago. Legal Publishing. p. 17.

derechos, y en especial a aquél que nos convoca: la libertad sindical. Estos mecanismos jurisdiccionales son: el recurso de protección y el procedimiento de tutela laboral.

0.0.1. EL RECURSO DE PROTECCIÓN

Esta acción constitucional, mal llamado recurso, en atención a que no pretende dejar sin efecto resoluciones judiciales, se encuentra regulado en nuestra Carta Fundamental, específicamente en el artículo 20 y en el Auto Acordado de la Corte Suprema que regula su tramitación.

Esta acción, de carácter cautelar, tiene por objeto restablecer el imperio del derecho ante una acción u omisión ilegal o arbitraria que signifique una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en la Constitución. Es una acción que da origen a un procedimiento de urgencia, y que no pretende dar una solución efectiva a los conflictos, ya que deja a salvo la posibilidad de acudir ante los tribunales o autoridades correspondientes a hacer valer los derechos eventualmente conculcados. Ahora lo cierto es que la efectividad de esta acción, como es de amplio conocimiento, es menor en la medida que no cubre todos los derechos contemplados en nuestra Carta Fundamental, sino que solo los que se mencionan expresamente en el artículo 20.

En cuanto a la materia que nos convoca, la libertad sindical, debemos señalar que la acción de protección solo se contempla a favor del derecho a la sindicalización consagrado en el numeral 19 del artículo 19, que como ya analizamos, reconoce un sentido muy restringido a la libertad sindical. En efecto, del análisis literal del mencionado numeral y omitiendo posibles interpretaciones jurisprudenciales más amplias que pudieren haber efectuado nuestros tribunales superiores²⁸, podemos concluir que solo protegería este derecho en su fase orgánica, esto es, solo respecto de la libertad de constitución y la libertad de afiliación en sus dos sentidos (positiva y negativa), quedando así fuera los otros dos aspectos o manifestaciones de la libertad sindical, como son la negociación colectiva, regulada en el inciso 5 del numeral 16 del artículo 19, y el derecho a huelga, que no se consagra de forma expresa en nuestra Constitución.

²⁸ Importante resulta destacar un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, causa Rol 159-2011, Reforma Laboral, en donde se reconoce una interpretación más amplia y una estrecha vinculación del derecho a huelga con la libertad sindical al señalar: "En efecto si la recurrente, lo que pretende decir, según se desprende de esa afirmación, que el derecho a huelga no tiene rango de derecho fundamental, base de la libertad sindical, sino que más bien, se trata de un instrumento de rango legal de ejercicio excepcional, cabe dejar establecido que ha partido de un supuesto errado.

En efecto y como punto de partida del análisis, se traerá a colación la definición de huelga y su vinculación con la libertad sindical. La doctrina iuslaboralista ha señalado que la huelga es la más atípica de las instituciones jurídicas, ya que es la manifestación de una forma de autotutela y que se ejerce de manera colectiva. Por ello en los albores de la revolución industrial y hasta los primeros años de siglo XX, fue proscrita, considerada una conducta prohibida y delictual. Luego de una serie de luchas sociales fue aceptada por la ley y en la actualidad está consagrada como derecho fundamental en las constituciones del mundo civilizado y en los catálogos de derechos humanos a nivel internacional. (Gamonal, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. 1998). Se le ha definido, como la perturbación o suspensión del proceso colectivo, por parte de los trabajadores, con el fin de obtener mejoras en las condiciones de trabajo y por ello junto a la negociación colectiva es uno de los ejes de la libertad sindical. Por consiguiente se ha sostenido que el derecho a huelga es el instrumento que produce el contrapeso de poderes, entre el empresario y los trabajadores, que facilitará la búsqueda de acuerdos entre partes desiguales. (Toledo, César. Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo, N° 1, 2007)

5° Que concordante con lo expuesto la Constitución Política, en su artículo 19 N° 16, establece el derecho a huelga en forma implícita, al limitarlo para el sector público y otras áreas."

Con esta limitación como premisa, no es de extrañar que la acción de protección, no haya prosperado como el gran mecanismo de tutela de las garantías en materia laboral en nuestro país, ni tampoco se hacen extrañas las críticas de la doctrina nacional y la desconfianza por parte de los particulares de acudir a los tribunales mediante esta acción para cautelar sus derechos laborales, sumado a otros factores, como por ejemplo el riesgo que significaría para cualquier trabajador el perder su fuente de trabajo.

Junto a esto, el profesor José Luis Ugarte nos presenta otras razones, del por qué la acción de protección se ha mostrado absolutamente inútil para la tutela de los derechos laborales señalando entre otras²⁹:

- a) El recurso de protección está estructurado de forma jurídicamente neutra, alejado de los principios propios del derecho del trabajo, lo que afecta a la parte débil de la relación laboral que es el trabajador, y que procesalmente se acentúa en materia de litigios de derechos fundamentales.
- b) El remedio que importa la acción de protección es inoperante para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, ya que en este caso se requiere un proceso de fondo que establezca nulidad de actos y el pago de indemnizaciones al afectado.
- c) El riesgo que el ejercicio de la acción genera en la estabilidad laboral para el trabajador que la ejerce, ya que no es de extrañar que el

²⁹ UGARTE C. José Luis. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. ob. cit. p. 17-20

empleador pueda adoptar diversas represalias al verse enfrentado a un juicio en su contra con el trabajador.

Sumándose a las críticas dentro del mismo contexto, el profesor Gamonal señala, refiriéndose al procedimiento de tutela, que este suplirá las graves falencias de la acción de protección al momento de defender este derecho fundamental³⁰. Y dentro de la misma línea Juan Carlos Ferrada y Rodolfo Walter señalan que el proceso de tutela de derechos fundamentales se erige como el mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, dejando al Recurso de Protección como una alternativa residual y excluyente, bastante inoperante por lo demás, si es que se tiene en cuenta el breve plazo establecido para su interposición³¹.

Por su parte, Cesar Toledo señala al respecto que el recurso o acción de protección desde su aplicación hace casi treinta años no ha supuesto una protección a los derechos constitucionales laborales y esto puede explicarse tanto por la intencionalidad de sus redactores originales, como por las labores de las Cortes de Alzada que no han ayudado a desarrollar una doctrina en torno a la tutela de la libertad sindical, generando en el ámbito de los derechos

³⁰ GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. ob. cit. p. 486.

³¹ FERRADA, Juan C. y WALTER, Rodolfo. 2011. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXIV (2). p. 94.

fundamentales laborales, un desamparo, a lo que se une el desuso por parte de los trabajadores³².

Expuestas entonces, las falencias y las críticas que se presentan a la acción de protección, no queda más que sostener que es nulo el efecto que ha tenido esta acción en cuanto a la protección de los derechos laborales, y especialmente de la libertad sindical.

1.4.2. EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

La reforma a nuestro Código del Trabajo por la ley 20.087, publicada el 3 de enero de 2006, introdujo el denominado procedimiento de tutela laboral contenido en los artículos 485 y siguientes de nuestro Estatuto Laboral, el cual, de acuerdo a lo establecido en la norma señalada, corresponde a un procedimiento especial para conocer de las vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, entendiéndose que estos derechos son lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el ejercicio de estos sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entienden las represalias ejercidas en contra de los trabajadores en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

³² TOLEDO C., César. Tutela de la Libertad Sindical. ob. cit. p. 55-56.

Asimismo y respecto de la materia que nos convoca, se modificó los artículos 292 y 389, que se refieren a la sanción y tramitación de las prácticas desleales o antisindicales, con lo cual se estableció que el conocimiento y resolución de las infracciones por estas prácticas se tramitarían de acuerdo al procedimiento de tutela, remitiéndose a los artículos 485 y ss., correspondiendo su conocimiento a los Juzgados de Letras del Trabajo.

Esto último no nos debe de parecer extraño, toda vez que como ya analizamos en la primera parte de este trabajo, la libertad sindical es por hoy reconocida como un derecho humano, un derecho fundamental de los trabajadores, por lo que nos parece adecuada y conforme a la importancia su inserción dentro de las materias objeto de este procedimiento, junto con los demás derechos fundamentales que señala expresamente el artículo 485.

Por lo tanto el procedimiento tutela, en lo que a la libertad sindical se refiere, es el mecanismo procesal a utilizar cuando estamos ante la comisión de prácticas desleales o antisindicales de los artículos 289, 290, 291, 294 (despido antisindical), 387 y 388 del Código del Trabajo, todo por expresa remisión de los artículos 292 y 389.

En cuanto a la tramitación de este procedimiento, el artículo 491 señala que admitida la acción de tutela a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3° (artículo 446 y ss.) o sea que se remite a la estructura de doble audiencia, esto es, la preparatoria y de juicio. Es por esto que compartimos la opinión del profesor

Ugarte en cuanto, en estricto rigor, no existe un tal procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sino una cosa ligeramente distinta: el procedimiento de aplicación general con reglas especiales para el caso de vulneración de derechos fundamentales³³.

La Corte Suprema conociendo un recurso de unificación de jurisprudencia se encargó de dar un completo concepto y los objetivos del procedimiento de tutela señalando:

“Que la Tutela Laboral es un procedimiento nuevo y especial, introducido por la ley 20.087, con el objeto específico de proteger los derechos fundamentales del trabajador (en estricto rigor no es un procedimiento especial, puesto que su tramitación se efectúa conforme al procedimiento de aplicación general). Se trata, en definitiva, de un mecanismo o conjunto de reglas que permite al trabajador reclamar el resguardo y la protección jurisdiccional de sus derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral, cuando aquellos se aprecien lesionados por el ejercicio de las facultades del empleador.

Dicha nueva modalidad, aparece como la culminación de un proceso tendiente a introducir reglas sustantivas, orientadas a explicitar y reforzar la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, como las relativas a la prohibición de las discriminaciones

³³ UGARTE, José L. Tutela de Derechos Fundamentales del trabajador. ob. cit. p. 24.

(artículo 2° del Código del Trabajo) y las que consagraron la idea de ciudadanía laboral en la empresa (artículo 5° del mismo cuerpo legal), en cuanto se reconoce la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, en el seno de la relación de trabajo. En ese contexto y en busca de la vigencia efectiva en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, las normas de Tutela consagradas recientemente vienen a colmar ese vacío, al establecer una acción específica para salvaguardarlos, abriendo un espacio a lo que se ha denominado la “eficacia horizontal” de esa clase de derechos.

Así lo destacaba el mensaje presidencial que acompañó al proyecto de ley que dio origen a la modificación legal analizada, señalando que “uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico – laboral, de los derechos que el trabajador detenta no solo en cuanto trabajador sino en cuanto persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.). Se trata en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas. Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos.” A su turno, en el debate parlamentario quedó de manifiesto que

se trata de derechos fundamentales que exceden los que se han considerado tradicionalmente como derechos propiamente laborales (como el derecho a la sindicalización, negociación colectiva, entre otros) y que la nueva modalidad busca salvaguardar el ejercicio de los derechos de las personas, los cuales se estiman “inviolables en cualquier circunstancia, incluso al interior de la micro sociedad que es la empresa, y están garantizados para todos los habitantes en la Constitución Política.”³⁴

1.4.2.1. LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO TUTELA

Sobre este punto, haremos una breve detención para revisar los sujetos que pueden ejercer la acción de tutela y contra quién se puede dirigir (sujetos activo y pasivo), lo que consideramos relevante distinguir para aclarar las dudas que nos puede presentar el tema en relación a las llamadas relaciones de trabajo triangulares, esto es, en caso de la subcontratación y el suministro de trabajadores, objeto de nuestro estudio.

Respecto de los sujetos legitimados para interponer la acción, estos son cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos fundamentales señalados en la ley, y por supuesto también la libertad sindical, de conformidad a lo

³⁴ Sentencia de la Excm. Corte Suprema del 30.04.14, rol N° 10.972-2013.

dispuesto en el artículo 486 inciso 1°. Además de acuerdo al artículo 292 inciso 4°, la Dirección del trabajo se encuentra obligada a denunciar los hechos constitutivos de prácticas antisindicales o desleales, de los cuales tome conocimiento. También dentro de las mismas normas, se contempla la posibilidad de que la organización sindical a la cual pertenezca el trabajador que realiza la denuncia, se haga parte en el juicio como tercero coadyuvante.³⁵

En cuanto al sujeto pasivo en el procedimiento tutela, en principio, es el empleador, entendiendo por tal a “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”, según lo establece el artículo 3° del Código del Trabajo.

Sin embargo, el artículo 485 que define el objeto del procedimiento tutela, nos permite concluir que el sujeto pasivo puede resultar ser más amplio, incluyendo no solo al empleador. Esto debido a que dicha norma, luego de señalar el catálogo de derechos objeto de protección, señala: “cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”. Y es en este punto en el que haremos hincapié, ya que interesa para efectos de este trabajo, toda vez que es efectivamente en las relaciones de trabajo triangulares (subcontratación y suministro de trabajadores), en donde las facultades de empleador pueden ser ejercidas por sujetos distintos al empleador propiamente tal. En el caso del suministro de trabajadores esto resulta claro, en la subcontratación, puede ser resultado una relación laboral

³⁵ Artículo 486 inciso 2°. CT.

encubierta (lo que está sancionado por nuestra legislación), así como resultado del ejercicio del derecho de propiedad por parte del dueño de la obra o faena que puede resultar en el ejercicio de facultades empresariales sobre los trabajadores subcontratados.

En esta línea de ideas el profesor Ugarte señala: “De este modo, lo que fija el ámbito de aplicación de esta acción, y por ende quien puede ser sujeto pasivo de la demanda es el ejercicio de las facultades del empleador”, agregando que “Precisamente, una de las características de las denominadas relaciones laborales triangulares es la concurrencia sobre el trabajador de poderes o facultades empresariales ejercidas por titulares distintos”³⁶.

La misma interpretación de estos preceptos la sostienen los profesores Lizama y Ugarte al señalar: “La Ley 20.087 que crea el procedimiento de tutela no establece, en rigor, quién es exactamente el sujeto pasivo de dicha acción sino que en diversas disposiciones de dicha ley da a entender que debe ejercerse contra quien ejerce las facultades del empleador. En efecto, el artículo 485 de hecho, al establecer como la denominada prueba indiciaria, en el artículo 493, se hace referencia no al empleador, sino al denunciado, y en la sentencia definitiva la ley nuevamente omite la referencia al empleador, ya que señala que deben indicarse las medidas concretas de reparación a que se encuentra obligado el infractor”³⁷.

³⁶ UGARTE, José L. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. ob. cit. p. 30.

³⁷ LIZAMA, Luis y UGARTE, José L. 2007. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. Lexis Nexis. Primera edición. Santiago. p.107.

Volviendo sobre las relaciones triangulares, en relación a la empresa usuaria (suministro de trabajadores), como ya señalamos, esto no debería presentar dudas, toda vez que es la empresa usuaria la que en esos casos, le corresponde ejercer facultades de empleador, a pesar de que en estricto rigor, formalmente el empleador de los trabajadores de servicios transitorios es precisamente la empresa de servicios transitorios. Esto último se ve reforzado por lo que dispone el artículo 183-X, inciso 1° que dispone: “La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios”. Además el artículo 183-Y, en lo que pareciera una reiteración del artículo 5°, solo al modificarse una palabra dispone: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce a la usuaria tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”.

Por estas consideraciones, es que creemos que la empresa usuaria debe ser considerada como sujeto pasivo de la acción de tutela, ya que de lo contrario, como dice Ugarte, “esta sería una norma inútil”³⁸.

La situación de la empresa principal, en el caso de la subcontratación, es distinta, toda vez que en este caso de acuerdo al artículo 183 A) el mando y la subordinación del trabajador le corresponden a la empresa contratista, siendo la empresa principal un tercero que se limita a encargar la ejecución de obras o

³⁸ UGARTE, José L. Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador. ob. cit. p. 31.

servicios al contratista o subcontratista. En razón de esto podríamos concluir fácilmente que no procedería la acción de tutela en contra de la empresa principal, pero creemos que esta interpretación no puede ser absoluta y que debiere admitir excepciones, ya que de lo contrario significaría un vacío en el cual se podrían dar abiertamente, y sin sanción, infracciones a los derechos fundamentales de los trabajadores y en especial los atentados en contra de la libertad sindical, en el marco de la tercerización laboral.

El profesor José Luis Ugarte reconoce, en parte, esta situación y plantea dos excepciones en las cuales sí procedería la acción de tutela en contra de la empresa principal:

- 1) En caso de las restricciones a los derechos fundamentales del trabajador que vengan impuestas por la empresa principal en materia de higiene y seguridad, ya que en ese caso, la empresa principal, por expresa disposición legal, está puesta en situación de responsabilidad directa respecto de los trabajadores contratistas.

En esta materia la empresa principal si está ejerciendo por disposición legal (artículo 183 E del Código del Trabajo) facultades propias del empleador y, por ende, es obvio que está dentro del ámbito de aplicación de la acción de tutela.

- 2) El caso del ejercicio ilegal de facultades propias del empleador por parte de la empresa principal. En efecto, cabe preguntarse ¿qué ocurre si, en los hechos, la empresa principal se arroga facultades

propias del empleador, como sería, por ejemplo, el poder de dirección o el poder disciplinario, y emite órdenes e instrucciones para ser cumplidas por los trabajadores en régimen de subcontratación, y dichas acciones lesionan derechos fundamentales de los trabajadores?³⁹

En este último caso, aparece claramente que la empresa principal se ha colocado bajo la hipótesis de aplicación del procedimiento tutela, al ejercer facultades de empleador, por lo que perfectamente el trabajador contratista podría accionar en contra de esta.

Además estimamos que no puede resultar extraño que en ocasiones sea personal de la propia empresa principal quienes impartan órdenes directas a los trabajadores, ejerzan el mando y subordinación cuando la obra, servicio o faena que realiza el contratista o subcontratista, se ejecuta dentro del mismo lugar en el cual la empresa principal tiene sus dependencias, lo que nos lleva al discutido tema del elemento locativo en la subcontratación, que no revisaremos en este momento, pero que ha sido tratado por la doctrina nacional⁴⁰.

Por lo tanto, sostendremos aquella posición de interpretación del artículo 485 del Código del Trabajo, que hace aplicable el procedimiento tutela en contra de cualquiera que ejerza las facultades de empleador o potestades empresariales como consecuencia del ejercicio del derecho de propiedad sobre

³⁹ Ídem. p. 31-32.

⁴⁰ PALAVECINO, Claudio. 2007. El Elemento Locativo en la Subcontratación Laboral. Revista Laboral Chilena. N°160. p. 78-81.

la obra o faena en la cual se desarrolla el trabajo de los trabajadores subcontratados, e incluso tratándose de la libertad sindical creemos que el sujeto pasivo de la acción puede ser incluso más amplio, como ya lo sostuvimos al analizar este punto anteriormente.

Para cerrar este punto y continuando brevemente con la tramitación del procedimiento tutela, de conformidad a lo dispuesto en la ley, este tipo de procesos goza de preferencia respecto de las demás causas, al igual que los recursos que se interpongan en la materia⁴¹.

En cuanto a los requisitos de la denuncia, el Código se remite a los requisitos generales contenidos en el artículo 446, además exigiendo la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamente.⁴²

En materia probatoria, se debe recalcar la norma especial que contiene el artículo 493, toda vez que ella introduce un cambio trascendental para asegurar la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales, al facilitar o aliviar la prueba del denunciante, regulando la prueba de indicios⁴³.

⁴¹ Artículo 488. CT.

⁴² Artículo 490 CT.

⁴³ Artículo 493.- Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Respecto al resto de la tramitación, no analizaremos más detalles, toda vez que lo que pretendemos en este trabajo es solo ilustrar, cuales son los mecanismos jurisdiccionales que existen actualmente para tutelar la libertad sindical y quiénes pueden ser los sujetos activos y pasivos de estos.

La vigencia de este nuevo procedimiento ha sido muy importante para asegurar la plena vigencia en el ámbito laboral de los derechos fundamentales de los trabajadores, no solo como tal, sino también como persona. Su establecimiento y sus características, como la mayor celeridad en su tramitación, han traído la esperanza para los trabajadores de alcanzar la justicia, ya que podemos considerar este procedimiento como apto para lograr una efectiva protección.

“Que el procedimiento de tutela laboral garantice que el principio de supremacía constitucional se haga presente en cada conflicto jurídico-laboral, asegurando así, la existencia de mecanismos idóneos que permitan que las garantías constitucionales se apliquen para todos, y eventualmente contra todos, es una medida extremadamente positiva para nuestra legislación”⁴⁴.

⁴⁴ SANHUEZA, Rodrigo. Responsabilidad de la Empresa Principal en el Procedimiento de Tutela Laboral. EN: Congreso Nacional Estudiantil de Derecho del Trabajo. Santiago. Universidad de Chile. p. 2.

CAPITULO II

LAS RELACIONES DE TRABAJO TRIANGULARES

En este capítulo, analizaremos las denominadas relaciones triangulares de trabajo, categoría a la cual pertenecen las figuras de la subcontratación y el suministro de trabajadores. De esta forma, analizados los aspectos de la libertad sindical y esta figura que empezaremos a revisar, pasaremos a analizar el régimen de responsabilidad aplicable a las situaciones en que la vulneración al principio de la libertad sindical se produce en el marco de la tercerización laboral, y en especial en materia de subcontratación.

La subcontratación y el suministro de trabajadores representan el resultado o efecto que han producido los cambios en la economía mundial, principalmente durante el siglo XX, así como las nuevas formas de producción que se han instalado en los distintos sectores productivos, generando nuevas formas de organizar las empresas. Estas nuevas formas de organización representan la respuesta de la gestión empresarial a los cambios y la necesaria flexibilización en su gestión. En palabras de los profesores Lizama y Ugarte: “Dentro de este ideario de la empresa flexible, jugará un rol estratégico y fundamental la descentralización productiva, que ha sido un instrumento de

flexibilización de las estructuras productivas que ha permitido a éstas adaptarse a un mercado turbulento y diversificado”⁴⁵.

¿A qué nos referimos con relaciones de trabajo triangulares o trilateralidad laboral?

De acuerdo con lo que establecen los profesores mencionados, la trilateralidad laboral se produce cuando la actividad es desplazada hacia afuera de la empresa principal y es asumida, en principio, por una empresa distinta y ajena, que ejecuta de dicha tarea con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triangulo 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.

Nuestro país no ha estado ajeno a estos cambios, sin embargo, tampoco podemos decir que estas modalidades de externalización laboral se encuentran en la generalidad o mayoría de las empresas. De acuerdo a la última encuesta laboral (ENCLA) del año 2011 realizada por la Dirección del Trabajo, poco más de un tercio de las empresas del país utiliza la subcontratación (37,8%). Esta cifra supera la arrojada por la ENCLA 2008 (30,5%).

Así, una primera mirada indica que la subcontratación ha aumentado en términos relativos como forma recurrente de producción y de organización del trabajo, pero que aún predomina la fórmula tradicional del contrato de trabajo bilateral.

⁴⁵ LIZAMA, Luis y UGARTE, José L. 2009. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. Lexis Nexis. Cuarta edición. Santiago. p. 2.

Mientras tanto, las empresas que utilizan el suministro de trabajadores se ha mantenido en niveles muy bajos, y de acuerdo a la ENCLA, la utilización de servicios transitorios aparece como un fenómeno marginal: las empresas que declaran utilizar trabajadores suministrados por otras empresas, y que laboran en forma transitoria en sus dependencias y bajo sus órdenes y dirección, no alcanzan al 4%, lo que implica, en conjunto, 98.855 trabajadores suministrados. Si bien esta proporción es levemente superior a la de 2008 (2,8%), dado que la variación está en el rango del error muestral, es posible afirmar que la utilización de trabajo suministrado ha permanecido en niveles similares a los de aquella medición⁴⁶.

Actualmente, nuestra legislación laboral reconoce y regula ambas figuras desde la dictación de la ley 20.123 del 16 de octubre del 2006. Sin embargo, la regulación propuesta para la subcontratación no es sino una reforma y complementación de la legislación hasta ese momento vigente (artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo). En cambio, en el caso del suministro de trabajadores, viene a ser la primera regulación de los derechos de los trabajadores cedidos en Chile, centrándose aquí, qué duda cabe, la gran novedad jurídica de la nueva ley de subcontratación⁴⁷.

A continuación, pasaremos a revisar lo que se entiende por subcontratación y suministro de trabajadores, su principal distinción, para luego

⁴⁶ Encla 2011. Dirección del Trabajo. Capítulo 3. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-101347.html>>

⁴⁷ LIZAMA, Luis y UGARTE, José L. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. ob. cit. p. 11.

entrar a analizar en concreto la figura de la subcontratación y el régimen de responsabilidad que opera en ella.

2.1. CONCEPTO DE SUBCONTRATACIÓN, EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES Y SU DISTINCIÓN CENTRAL.

Dejando atrás las dificultades que han existido para elaborar un concepto de subcontratación⁴⁸, diremos que esta figura se refiere a la situación en que una empresa, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute por su cuenta y riesgo y 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 requerido⁴⁹.

Por su parte, la otra figura en análisis, consiste en que una empresa, cuyo giro único corresponde al suministro de trabajadores, pone a disposición de otra empresa, por el pago de un precio determinado y en forma transitoria, los servicios laborales de sus empleados, reteniendo para sí la calidad de empleador⁵⁰.

⁴⁸ Dificultades que incluso afectaron a la OIT en el año 2003. Al respecto LIZAMA, Luis y UGARTE, José L. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. Ob. cit. p. 5.

⁴⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José L. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. Ob. cit. p. 4.

⁵⁰ Ídem.

Nuestro Código del Trabajo en el artículo 183-A (agregado por la ley 20.123) define lo que se entiende por trabajo en régimen de subcontratación señalando que: es aquel 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.

Respecto al suministro de trabajadores nuestro Código a diferencia de lo que sucede con la subcontratación, no nos entrega un concepto de la institución, sin embargo sí se encarga de conceptualizar lo que se entiende por Empresa de Servicios Transitorios, Empresa Usuaria y Trabajador de Servicios Transitorios, todo ello según lo prescrito en el artículo 183-F, lo que nos permite distinguir las diferencias entre ambas figuras.

Por Empresa de Servicios Transitorios el Código señala que es toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.

Por Empresa Usuaria, toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concorra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ del Código.

Finalmente por Trabajador de Servicios Transitorios, como todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla.

Ahora bien, ¿cuál es la distinción fundamental entre la subcontratación y el suministro de trabajadores? Los profesores Lizama y Ugarte a partir de los conceptos señalados señalan las siguientes diferencias:

a) En la subcontratación la potestad de mando es ejercida efectivamente por la empresa contratista o subcontratista, en el suministro de trabajadores dicho poder es ejercido por la empresa usuaria del suministro. Este sería el centro de la distinción.

b) En la subcontratación el objeto del contrato civil o comercial entre la empresa principal y la empresa contratista o subcontratista es la ejecución de una obra o la prestación de un servicio para el cumplimiento de una etapa productiva, en el suministro de trabajadores la relación entre la empresa usuaria y la empresa suministradora sólo tiene por objeto el suministro de trabajadores.

c) La subcontratación laboral puede importar tanto una relación triangular de trabajo (empresa principal-empresa contratista-trabajadores) como cuadrangular de trabajo (empresa subcontratista), en el suministro de

trabajadores la relación solo puede dar lugar a una forma triangular de relación laboral (empresa suministradora-empresa usuaria-trabajadores)⁵¹.

Por su parte, la jurisprudencia analizando los requisitos propios de la subcontratación ha señalado lo siguiente: “para que se esté en presencia de esta figura, se requiere, copulativamente: que exista una obra o servicio, cuyo dueño la entregue a un tercero (contratista), quien la realiza por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su subordinación y dependencia. Jurídicamente, existen dos contratos: el primero, de trabajo entre el contratista y sus trabajadores y, el segundo, de prestación de servicios que puede ser civil o comercial entre el contratista y el dueño de la obra, empresa o faena o empresa principal”⁵².

De esta forma creemos que queda en evidencia el principal criterio que sirve para distinguir estas dos figuras, que es la subordinación o dependencia. Mientras en la subcontratación el trabajador se encuentra subordinado a la empresa contratista, que es su empleador, en el suministro de trabajadores, el trabajador está subordinado a la empresa usuaria, la cual no es su empleadora. Este es el criterio que adopta nuestro Código del Trabajo cuando nos entrega el concepto de subcontratación en el artículo 183-A.

⁵¹ Ídem.

⁵² Sentencia de la Excm. Corte Suprema del 22.07.2010, rol N° 3766-2010.

2.2. LOS SUJETOS EN LA SUBCONTRATACIÓN

De conformidad al concepto que ya analizamos, en la figura de la subcontratación nos encontraremos frente a una relación triangular de trabajo, siendo posible que exista un cuarto sujeto.

La primera situación se da cuando existe la empresa principal, la empresa contratista y el trabajador. En este caso, la empresa principal es la que ha celebrado un contrato, ya sea civil o mercantil, con la empresa contratista, para que esta, en términos del Código, ejecute obras o servicios por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia.

La segunda situación (relación cuadrangular), se presentará cuando la empresa contratista, a su vez, subcontrate la ejecución de determinadas obras o servicios a otra empresa, la que se denomina empresa subcontratista, quedando entonces compuesta la relación por 4 sujetos (genéricamente hablando).

Ahora bien, sea cual sea la situación, ambas se encuentran amparadas por nuestra legislación, siendo las normas a aplicar las establecidas en los artículos 183-A y siguientes, las cuales se refieren incluso expresamente a ambas figuras⁵³.

⁵³ Así por ejemplo, el artículo 183-B al establecer la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales y previsionales, establece en el inciso segundo la responsabilidad del contratista respecto del subcontratista.

Respecto a la empresa principal o mandante, que es aquella que encarga la ejecución de una determinada obra, faena o servicio a otra empresa, nuestro Código al definir el concepto de subcontratación, nos señala que se trata de una tercera persona, y que puede ser natural o jurídica, dueña de la obra o faena en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas, sin establecer más requisitos, ni distinguir entre personas jurídicas de derecho privado y de derecho público, lo que no ha estado exento de problemas⁵⁴.

De esta forma, podemos señalar que lo relevante conforme a nuestro Código del Trabajo es que entre la empresa principal y el trabajador no exista vínculo de subordinación, esto debido a que el concepto establece que dicho vínculo debe existir entre el trabajador y la empresa contratista o subcontratista en su caso. Así lo ha entendido la doctrina de la Dirección del Trabajo, según la cual: “Se ha relevado dentro de los elementos de la subcontratación, el que las obras o servicios que ejecuta el contratista para la empresa principal, deban ser realizados con trabajadores de su dependencia, vínculo éste que, de acuerdo a la doctrina contenida en los dictámenes de la Dirección del Trabajo, se traduce, entre otros aspectos, en el derecho del empleador a dirigir al trabajador impartándole órdenes e instrucciones, principalmente acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores, y en el deber del trabajador de

⁵⁴ En este sentido, incluso las Municipalidades han sido consideradas como empresa para los efectos de aplicación de las normas de subcontratación. Corte Suprema, Casación, Rol 3619-2000, de 28 de noviembre de 2000.

acatar y obedecer las mismas. Así, será el contratista, en su carácter de empleador, el que estará dotado de la facultad de supervigilar a los trabajadores que se desempeñen en las obras o servicios que realiza para la empresa principal, como asimismo, para impartirles las instrucciones que estime pertinentes y ejercer los controles necesarios para tales efectos, sin que corresponda a la empresa principal injerencia alguna al respecto. En caso contrario, deberá considerarse como empleador de los trabajadores que ejecutan las respectivas obras o servicios, a la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, esto es, a la empresa principal”⁵⁵.

En cuanto a la empresa contratista y la subcontratista en su caso, el Código, tampoco establece mayores requisitos, pudiendo ser entonces aquella persona natural o jurídica que ha contratado con la empresa principal para ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo, con trabajadores bajo su dependencia. Resulta fundamental, que el objeto de este contrato sea la ejecución de la obra o servicio y no la cesión de mano de obra.

En cuanto a la tercera parte en esta relación, el trabajador que presta servicios en régimen de subcontratación, podemos decir que es aquél que ejecuta sus servicios para la empresa contratista o subcontratista, bajo subordinación de esta. A este trabajador, se le aplica en plenitud el Código del Trabajo, incluyendo eso sí, las normas especiales que regulan la

⁵⁵ Dictamen N° 141-005 de 10 de enero de 2007 de la Dirección del Trabajo. Citado en TOLEDO, Cesar. 2008. La subcontratación Laboral en Chile: Análisis de la ley 20.123. Revista Estudios Laborales. N°3, año 2008.

subcontratación dada su situación particular, en la cual ejerce sus labores en una obra o faena, que pertenece a una persona distinta de su empleador.

Sobre este último punto existe una discusión en la doctrina respecto al alcance de la preposición “en”, que utiliza nuestro Código al referirse al lugar en que se desarrollan las obras o faenas en el régimen de subcontratación, lo que se ha denominado el elemento locativo en la subcontratación.

Para el profesor Palavecino, “De la simple lectura de la disposición aparece que la preposición “en”, está aquí denotando dónde, en qué lugar, en fin, dentro de qué espacio físico debe ejecutarse las obras o servicios para que estemos ante el trabajo en régimen de subcontratación relevante a efectos legales.”

Para Palavecino “la ley introdujo como un elemento tipificante del trabajo en régimen de subcontratación y, por vía consecencial, como requisito de imputación de las responsabilidades conexas a dicho régimen, una circunstancia locativa, geográfica o espacial. Atendiendo a dicho elemento geográfico, 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. Y es que, como es natural, la empresa principal sólo podrá organizar los factores productivos dentro de un

espacio que pueda ocupar legítimamente, esto es, con la cobertura de algún título jurídico.”⁵⁶

De acuerdo con esta postura, para poder asignar el régimen de responsabilidad solidaria o subsidiaria a la empresa principal según corresponda, 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. Para quienes sostienen esta posición, 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”⁵⁷.

Por su parte, la Dirección del Trabajo señala en esta materia que “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

⁵⁶ PALAVECINO, Claudio. 2007. El Elemento Locativo en la Subcontratación Laboral. Revista Laboral Chilena, N°160, p. 78-81.

⁵⁷ Ídem.

servicios o ejecutarse las labores subcontratadas, independientes del lugar físico en las que éstas se realicen”⁵⁸.

En opinión de los profesores Lizama y Ugarte, 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 servicios⁵⁹.

2.3. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL BAJO RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO DEL TRABAJO.

Una vez revisado el concepto de subcontratación, habiéndolo distinguido del suministro de trabajadores e identificando los sujetos intervinientes en esta relación, pasaremos a revisar el régimen de responsabilidad que opera en esta figura, viendo el alcance que tiene cada una de las situaciones que plantea nuestro Código, la responsabilidad directa, solidaria y subsidiaria, junto con los derechos que puede ejercer la empresa principal, para luego analizar el fundamento de esta responsabilidad.

⁵⁸ Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 141/5, de 10 de enero de 2007.

⁵⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. ob. cit. p. 22-23.

2.3.1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO LABORAL

La responsabilidad, puede ser reconocida como un principio común a todo el ordenamiento jurídico⁶⁰. Resulta normal, que en las distintas disciplinas del derecho, se reconozca un régimen de responsabilidad, pudiendo distinguir por ejemplo entre responsabilidad civil, penal, política, administrativa, etc.

Según la RAE, la responsabilidad es la deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal⁶¹.

De acuerdo a Alessandri la responsabilidad en su acepción más amplia, implica la de culpabilidad, que es la que, de ordinario, constituye su fundamento. Pero en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento, que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para su autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar un daño. En Derecho Civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede, pues, definírsela diciendo

⁶⁰ DUCCI, Carlos. 2011. Derecho Civil Parte General. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 33.

⁶¹RAE. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. En línea <<http://lema.rae.es/drae/?val=responsabilidad>>.

que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra⁶².

Si bien estamos ante la mirada del derecho del trabajo, es este concepto de derecho privado que adoptaremos, toda vez que debemos tener en consideración que el Derecho del Trabajo se desarrolla a partir de una relación contractual entre privados y que tiene una regulación especial, en atención a diversos factores, pero que en estricto rigor, es una relación de derecho privado, por tanto podríamos decir que la responsabilidad en el ámbito laboral es una responsabilidad civil que se genera por el incumplimiento o la infracción a las normas laborales vigentes. A pesar de esto último, no debemos dejar de considerar que la responsabilidad en el ámbito laboral posee una genuina diferencia respecto de la civil, pues nace desde una óptica de un derecho tuitivo, generando un estatuto especial que se aplica a partes en total asimetría. Por ello, si bien vamos a analizar el estatuto de responsabilidad a partir del concepto utilizado en sede civil, debemos tener en cuenta esta gran diferencia.

Asimismo, y para establecer claramente las diferencias en ambos estatutos, podemos señalar que en el sistema de responsabilidad que opera en el derecho del trabajo conviven tanto normas generales como específicas, así por ejemplo el artículo 184 del Código del Trabajo que establece la norma general para el empleador en materia de protección de la vida y la salud de los trabajadores; de la misma forma el artículo 5 que establece como límite del

⁶² ALESSANDRI, Arturo. Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago. p. 11.

ejercicio de las facultades del empleador a las garantías constitucionales de los trabajadores. En cuanto a disposiciones específicas podemos mencionar diversas normas que velan por el cumplimiento de las obligaciones laborales, como aquellas que dicen relación con vulneraciones a derechos fundamentales, en particular las que regulan la aplicación del procedimiento tutela, las normas relativas al autodespido, las que se refieren a indemnizaciones aplicables en casos de despidos, la nulidad del despido, las relativas a accidentes del trabajo y las diversas clases de responsabilidad que pueden aplicarse en el ámbito de la subcontratación y que pasaremos a revisar a continuación. En resumen, se trata de un estatuto de características propias, en razón de la especialidad que revisten las instituciones ligadas al Derecho Laboral.

2.3.2. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL A PARTIR DE LA LEY 20.123.

La ley 20.123, de 16 de octubre de 2006, derogó la norma del artículo 64 del Código del Trabajo, de acuerdo con la cual “el dueño de la obra empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afectan a los contratistas y subcontratistas respecto de los trabajadores de estos”. Derogó igualmente el artículo 64 bis, que complementaba este último estableciendo el derecho de información, retención y pago por subrogación.

La mencionada ley incorporó al Código del Trabajo el párrafo denominado “Del trabajo en régimen de subcontratación”, comprendiendo los artículos 183 A al 183 E.

Dentro de las innovaciones de la ley, se encuentra el régimen de responsabilidad aplicable a la empresa principal, respecto de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores subcontratados, que bajo la antigua norma era subsidiaria, y en la actualidad puede ser solidaria en caso de que se den o no los supuestos señalados en ella.

A continuación pasaremos a revisar los distintos regímenes de responsabilidad que le son aplicables a la empresa principal a partir de la dictación de la ley 20.123.

2.3.3. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA EMPRESA

PRINCIPAL EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES.⁶³

Dentro de las innovaciones de la ley 20.123 se encuentra la disposición del artículo 183-E, que establece la responsabilidad directa de la empresa principal en lo relacionado a la obligación de protección de la vida y la salud de los trabajadores que laboran en régimen de contratación o subcontratación en su obra o faena. Todo esto, sin perjuicio, señala la propia norma, de las

⁶³ Este es el nombre que le otorga el profesor Palavecino a la norma en análisis. Por su parte los profesores Lizama y Ugarte, lo mencionan como la responsabilidad directa de la empresa principal en materia de seguridad e higiene.

obligaciones que le caben a la principal, la contratista y subcontratista, respecto de sus propios trabajadores, de conformidad al artículo 184.

La modificación en comento, lo que hizo fue elevar a nivel legal una obligación reglamentaria que ya existía⁶⁴, reconociendo el derecho de los trabajadores contratistas y subcontratistas para exigir tanto a su empleador como a la empresa principal que se tomen las medidas de protección necesarias para su vida y salud en el lugar de trabajo⁶⁵.

Además se incorporó el artículo 66 bis a la Ley N° 16.744, que obliga a la empresa principal a vigilar el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad por parte de los contratistas y subcontratistas, debiendo para ello establecer un sistema de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo para todos los trabajadores, cualquiera sea su dependencia, cuando en su conjunto superen los 50 trabajadores.⁶⁶

Como podemos observar, la empresa principal tendrá en lo relativo a las obligaciones de higiene y seguridad un deber tutelar y de cuidado general no sólo obligatorio respecto a sus propios trabajadores, sino con el total de trabajadores que se desempeñen en ella, cualquiera sea la dependencia contractual de ellos.

⁶⁴ Artículo 3°, Decreto Supremo N° 594, de salud, de 2000 (Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales en los lugares de trabajo).

⁶⁵ LIZAMA, Luis y UGARTE, José. Subcontratación y suministro de trabajadores. ob. cit. p. 50

⁶⁶ Respecto al detalle de este sistema de gestión, véase LIZAMA, Luis y UGARTE, José. Subcontratación y suministro de trabajadores. ob. cit. p. 52-58.

Esta innovación resulta muy importante, en la medida que impone una obligación directa a un tercero relacionado, que no detenta poder o potestad alguna propia de un empleador.

Por lo tanto, esta responsabilidad que impone el artículo 183-E al empresario principal, es directa, y no debe ser confundida en caso de accidentes del trabajo con la responsabilidad solidaria ni subsidiaria que establecen por su parte los artículos 183-B y 183-D, ya que como veremos, estas últimas disponen la responsabilidad respecto de las obligaciones laborales y previsionales de dar, cosa distinta al tema de la seguridad que viene a regular el artículo 183-E, el que le da un deber de protección especial a la empresa principal, en régimen de subcontratación, haciendo un símil a lo establecido respecto a cualquier tipo de empleador en el artículo 184.

Así lo ha entendido la Corte Suprema, quien, acogiendo una unificación de jurisprudencia ha señalado que: "...no obstante que el texto del artículo 183 B establece respecto del dueño de la obra una responsabilidad por garantía en relación con las obligaciones laborales y previsionales de dar que debe satisfacer el empleador respecto de sus trabajadores, erigiendo a aquel en responsable solidario, "tratándose de un accidente del trabajo la ley reguló la situación imponiendo a la empresa principal (dueña de la obra) un deber de protección especial en el artículo 183 E del Código del ramo, deber que se expresa en similares términos a aquel que el artículo 184 impone al empleador contratista o subcontratista."

Añade el mismo fallo que "La disposición en análisis (art. 183 E) contiene o da cuenta de la responsabilidad directa que recae sobre la empresa principal para el evento que incumpla el deber de cuidado que el mismo texto legal le impone, de modo tal que perseguir su responsabilidad por un accidente del trabajo supone determinar claramente la conducta que por acción u omisión de su parte configuró un incumplimiento de ese deber personal y directo, así como la relación entre esa conducta y los daños reclamados."⁶⁷

2.3.4. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL

Dentro del mismo título VII agregado por la Ley 20.123, la disposición del artículo 183-B viene en establecer un nuevo sistema de responsabilidad para la empresa principal, derogando como ya señalamos, el régimen existente bajo el amparo de los artículos 64 y 64 bis.

Esta norma modifica y complementa el régimen de responsabilidad antes existente, que con anterioridad operaba siempre de manera subsidiaria, o sea, solo cuando no era posible hacer efectiva la responsabilidad del principal obligado que es el empleador, contratista o subcontratista en su caso.

⁶⁷ Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 27.03.2013. Rol N° 5620-2012. Considerando 2° y 4°.

El artículo 183-B en sus dos primeros incisos dispone: “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.

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

Como podemos observar, la reforma introducida establece un régimen de responsabilidad solidaria de la empresa principal y de la contratista en el caso de la subcontratación, respecto de las obligaciones laborales y previsionales de dar, para con sus trabajadores. El alcance de estas obligaciones lo revisaremos más adelante.

Por tanto, ante un eventual conflicto, el trabajador se podrá dirigir contra la empresa principal o contra el contratista que es su empleador, ya sea conjuntamente o contra cualquiera de ellos a su arbitrio. De la misma forma los trabajadores subcontratados podrán dirigirse ya sea en contra de la empresa contratista, la subcontratista, conjuntamente o individualmente. De esta manera, lo reafirma el artículo 183-B, en su inciso cuarto al señalar: “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.”

Sin embargo, este último punto no es pacífico en la doctrina, toda vez que la ley lo que está haciendo es alterar el efecto relativo del contrato de trabajo al hacer responsable a un tercero ajeno a la relación laboral, como lo es la empresa principal. Para el profesor Claudio Palavecino, no existe por tanto en el plano formal, ni menos todavía en el plano material, una situación de igualdad entre los deudores solidarios frente al acreedor común. De un lado está el empleador directo, o mejor dicho, empleador “a secas”, que es responsable principal, puesto que acordó con el trabajador los términos del contrato que ahora incumple y, de otro, la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, que no concurrió con su voluntad al contrato de trabajo, pero que, sin embargo, es responsable de sus efectos frente a un trabajador ajeno por pura imposición legal⁶⁸. Por esto concluye que al no ser la empresa principal coempleadora no puede existir la ficción del mandato tácito y recíproco ni tampoco la representación recíproca entre ellos.

Por su parte los profesores Lizama y Ugarte señalan que la responsabilidad solidaria operaría como un agravamiento, o sea, como una especie de sanción a la empresa principal por no haber ejercido los derechos de control que la ley le otorga. Señalan que el régimen general, seguiría siendo

⁶⁸ PALAVECINO, Claudio. 2010. La Responsabilidad Solidaria en la Subcontratación Laboral. Algunas Consideraciones Sobre su Naturaleza y sus Efectos. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Vol. 1, N° 1, p. 21.

el de la responsabilidad subsidiaria y solo en caso que la empresa no ejerza estos derechos de control, la ley eleva su responsabilidad a solidaria, como una forma de sanción⁶⁹.

Por otro lado, Palavecino señala que este no habría sido el objetivo del legislador, ya que difícilmente se podría imponer sanciones al no ejercicio de derechos, cuando lo que define un derecho subjetivo es precisamente su disponibilidad y la inocuidad de la decisión de ejercerlo o no.

Además, agrega que el presupuesto necesario para que opere la responsabilidad del artículo 183-B es necesario que existan obligaciones laborales incumplidas entre trabajador y empleador. Por lo que no parecería razonable que se condene al deudor accesorio, si no se condena al deudor principal⁷⁰.

Por nuestra parte, adherimos a la posición de los profesores Lizama y Ugarte en ordena a considerar que la reforma introducida por la ley 20.123 mantiene el régimen general de responsabilidad subsidiaria, operando la solidaridad como una especie de sanción especial, cuyo fin es incentivar la diligencia laboral de la empresa mandante. Decimos que la responsabilidad solidaria es una especie de sanción, en cuanto no podemos suponer que el estado inicial para la empresa principal sea la negligencia, así sólo le será

⁶⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. ob. cit. p. 59

⁷⁰ PALAVECINO, Claudio. 2010. La Responsabilidad Solidaria en la Subcontratación Laboral. Algunas Consideraciones Sobre su Naturaleza y sus Efectos. Ob. cit. p. 21

aplicable en caso que no cumpla con su deber, esto es, el ejercicio de los derechos de información y retención.

Si bien nuestra jurisprudencia ha oscilado entre ambas posiciones, hoy contamos con la argumentación de la Corte Suprema que, conociendo un recurso de unificación de jurisprudencia ha señalado : “Cuarto: Que, como se aprecia, las reformas introducidas por la Ley N° 20.123 en vigencia desde el 16 de enero de 2007, mantuvieron la responsabilidad del dueño de la obra en carácter de subsidiaria, esto es, para responder en subsidio, o en defecto del empleador, y ello por haber incumplido este último sus obligaciones laborales y/o previsionales. Esta responsabilidad de base de la empresa principal se agrava a la de solidaria pero en razón de un hecho, o más bien, por una omisión de ella misma, consistente en no haber hecho uso, o ejercido las facultades-deberes que le asignan los incisos primero y tercero del artículo 183-C del Código del Trabajo, en parte reproducidos. La misma nueva normativa antes aludida y reproducida, acotó y delimitó la responsabilidad del tercero a las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los empleadores y la limitó además al tiempo en que los trabajadores hayan prestando servicios para el dueño de la obra en régimen de subcontratación.” Este criterio lo podemos ver replicado con posterioridad por la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 9 de octubre de 2014, conociendo de un recurso de nulidad.

Respecto a la posibilidad del trabajador de dirigirse directamente en contra de la empresa principal, de acuerdo a lo expuesto, difícilmente el trabajador podrá dirigirse directa y solamente contra la empresa principal, ya que cuando pretenda hacerlo, deberá dirigir su demanda conjuntamente con su empleador, toda vez que es este último quien no ha cumplido con sus obligaciones lo que deberá ser probado el juicio. Y este último era el criterio de la Corte Suprema bajo el amparo del antiguo artículo 64, ya que al respecto señaló: “conforme a la naturaleza de la acción impetrada y según los claros términos del artículo 64 del Código del Trabajo hoy derogado pero vigente para resolver la controversia planteada en autos se ha omitido un requisito previo e ineludible para traer a juicio a un tercero ajeno a la relación procesal, como es el caso de quien se sindicó como el dueño de la obra, empresa o faena, esto es, el emplazamiento y posterior condena del ex empleador, quien es el principal obligado respecto de las prestaciones demandadas por el actor.”⁷¹

Este criterio, también lo podemos encontrar por parte de la Dirección del Trabajo, la cual al referirse a la responsabilidad solidaria señala lo siguiente: “Es aquella en que la empresa principal responde conjuntamente con el contratista o subcontratista, según el caso, respecto de las deudas laborales y previsionales que tengan éstos con sus trabajadores. Para hacer efectiva la responsabilidad solidaria el trabajador debe entablar la demanda en contra de su empleador directo y en contra de todos aquellos que puedan responder de

⁷¹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema del 2.08.2011, rol N° 9735-2011.

sus derechos. De esta forma la responsabilidad solidaria permite perseguir el pago de las obligaciones indistintamente del empleador directo (contratista o subcontratista) o de la empresa principal.”⁷²

Otro aspecto a considerar en el actual régimen, es el monto de lo adeudado en relación a la temporalidad. El artículo 183-B señala que la responsabilidad está limitada al tiempo o período durante el cual los trabajadores prestaron servicios bajo el régimen de subcontratación, por lo tanto “los responsables solidarios en materia laboral, si bien responden indistintamente con el empleador, no son, necesariamente, responsables por la totalidad de lo que aquel adeuda a sus trabajadores. Esto ocurrirá solo cuando haya una sincronía perfecta entre la prestación de servicios del trabajador; en el marco del contrato de obra o servicio, y las obligaciones incumplidas.”⁷³

Con esto último, sumado a lo señalado respecto a la posibilidad del trabajador de dirigirse directa y solamente en contra de la empresa principal, podemos apreciar que la solidaridad que nos plantea el Código del trabajo en esta materia, presenta particularidades respecto a las normas del Código Civil. Así por ejemplo comparado con lo dispuesto por el Código de Bello en el artículo 1511 inciso segundo: “...puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda,...”, y de la misma forma el artículo 1514 que establece que los deudores solidarios no podrán oponer el

⁷² DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2013. ¿Qué es la responsabilidad solidaria? [en línea] <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-94238.html>. [consulta: 27 de agosto 2013].

⁷³ PALAVECINO, Claudio. 2006. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago. Editorial Jurídica. p. 55-56.

beneficio de división, lo que a la luz del análisis que hemos realizado de las normas del Código del Trabajo, demuestra que estamos ante una especie distinta de solidaridad, cuyos efectos deberán interpretarse cuidadosamente a la luz de las particularidades que presenta en materia laboral.

2.3.5 LOS DERECHOS DE CONTROL DE LA EMPRESA PRINCIPAL

Como hemos podido apreciar, la aplicación del régimen de responsabilidad subsidiaria o solidaria, dependerá de si la empresa principal ha ejercido o no los derechos de información, retención y pago por subrogación. Pasaremos a revisar brevemente en qué consiste cada uno de estos derechos.

2.3.5.1 EL DERECHO DE INFORMACIÓN

Este derecho está contemplado en el Artículo 183-C en sus dos primeros incisos, y consiste básicamente en que la empresa principal puede solicitar a las contratistas que le informen respecto al monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que estos tengan respecto a sus trabajadores. Se establece de la misma forma el derecho a los contratistas respecto a los trabajadores de sus subcontratistas.

En cuanto a la forma de acreditar este cumplimiento, el inciso segundo de la norma citada establece que se realiza mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien por otros medios idóneos, que se encuentran reglamentados por el Ministerio del Trabajo y previsión Social, y que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento. Para este efecto existe un reglamento, el Decreto Supremo N° 319, de Trabajo, de 2007.

El mencionado reglamento establece que, para que se otorgue el certificado al contratista o subcontratista, la Inspección del Trabajo deberá revisar que se encuentre conforme en el pago de las remuneraciones y asignaciones en dinero, de las cotizaciones previsionales y de las indemnizaciones legales por término del contrato de trabajo. Si el certificado es requerido a las otras instituciones declaradas competentes al efecto, el reglamento es un poco más estricto ya que exige para emitir el certificado, que se revise a todas las empresas contratistas y subcontratistas que se encuentran en la cadena de subcontratación con la empresa principal.

2.3.5.2 EL DERECHO DE RETENCIÓN

El derecho de retención es la facultad de que se encuentra dotada la empresa principal para retener una determinada cantidad de dinero de las obligaciones que tiene pendiente de pago a la contratista, cuando los

certificados constaten la existencia de una deuda laboral o previsional de la contratista con sus trabajadores⁷⁴.

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 183-C inciso tercero, siendo una facultad que nace como consecuencia del ejercicio del derecho de información, ya que sin haber ejercido este último resulta difícil que la empresa principal se entere del incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de los contratistas respecto de sus trabajadores. De esta forma entonces, cuando de los certificados emitidos por la Dirección del Trabajo o los demás entes habilitados el efecto se acredite un incumplimiento por parte de la empresa contratista o subcontratista, la empresa principal podrá hacer efectivo este derecho.

Además, la mencionada norma establece la obligación legal a la empresa que ejerce la retención, de pagar al trabajador o institución previsional acreedora los montos que hubiera retenido como consecuencia del ejercicio de este derecho.

Asimismo, de conformidad al inciso final de la misma norma, la empresa principal podrá ejercer el derecho de retención cuando la Dirección del Trabajo ponga en conocimiento de esta, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones a los contratistas y subcontratistas respectivamente.

⁷⁴ LIZAMA, Luis y UGARTE, José. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. ob. cit. p. 63.

2.3.5.3 EL DERECHO DE PAGO POR SUBROGACIÓN

Este derecho se encuentra contemplado en el artículo 183-C inciso cuarto, el cual dispone: “En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador institución previsional acreedora.”

Como podemos apreciar de la lectura del precepto, al utilizar la expresión “En todo caso”, nos demuestra que el ejercicio de este derecho es independiente de los otros dos que ya revisamos. Por lo tanto la empresa principal o el contratista podrán siempre realizar este pago por subrogación, independiente de si ha ejercido o no los derechos de información y retención.

El pago con subrogación lo podemos entender como una ficción jurídica, en virtud de la cual cuando un tercero paga voluntariamente con dineros propios una obligación ajena, ésta se extingue entre acreedor y deudor, pero subsiste teniendo por nuevo acreedor al que efectuó el pago⁷⁵. O sea, en este caso, la empresa principal paga al trabajador o la institución previsional, con su propio dinero, extinguiendo la deuda entre acreedor y deudor, produciéndose el traspaso del crédito a manos de la primera, con todos sus accesorios. De esta forma la empresa principal se podrá dirigir contra la contratista para el cobro de lo pagado, como si se tratara del acreedor originario.

⁷⁵ ABELIUK, René. 2011. Las Obligaciones. 5ta edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 680

Los profesores Lizama y Ugarte, realizan la distinción en cuanto al ejercicio de los derechos de información y retención con este derecho de pago por subrogación, señalando que es una situación distinta, ya que cuando la empresa principal ha ejercido previamente los derechos de información y retención, no hay derecho a pagar por subrogación sino que una obligación legal de pagar al acreedor (trabajador o entidad previsional) del tercero (contratista) la suma retenida a este último. En este caso entonces, no habría pago por subrogación, ya que la empresa principal no paga con dinero propio las obligaciones incumplidas por la empresa contratista, sino con el dinero retenido precisamente a tal deudor, en el ejercicio de los derechos de control que le otorga la ley. Por ello no podría haber transmisión de los derechos de los acreedores a la empresa principal que les ha pagado.

A modo de conclusión respecto a los derechos que hemos analizado podemos decir que la ley ha establecido un mecanismo protector a los trabajadores bajo el régimen de subcontratación, estableciendo además del responsable principal por las obligaciones laborales y previsionales que es la empresa contratista o subcontratista (su empleador), la responsabilidad solidaria o subsidiaria de un tercero, que es la empresa principal, dependiendo si ha ejercido o no su derecho de información y retención.

2.3.6. LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL.

El inciso primero del artículo 183-D dispone: “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.”

Como podemos apreciar, la norma citada, nos presenta el régimen de responsabilidad aplicable cuando la empresa principal ejerce sus derechos de información, retención y pago por subrogación, el cual como ya señalamos es la responsabilidad subsidiaria, esto es, la empresa principal sólo deberá responder en defecto del empleador (contratista o subcontratista) que es el directamente obligado. En otras palabras, si la empresa principal ha ejercido los derechos mencionados, responde solo una vez que se ha agotado la persecución de la responsabilidad del contratista o subcontratista.

Para el profesor Pedro Zelaya, se trata de 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 deudor⁷⁶.

Con esto último, sumado al análisis realizado al revisar la responsabilidad solidaria, podemos decir que la ley establece un sistema de protección al trabajador que se desempeña en régimen de subcontratación. De esta forma, las modificaciones y complementaciones llevadas a cabo por la ley N° 20.123 vinieron en establecer un sistema en donde existen dos responsables por las obligaciones laborales y previsionales. En primer lugar el empleador que responderá como cualquier otro empleador, y en segundo lugar, la empresa principal o contratista en su caso, que responderá solidariamente de estas obligaciones, a menos que ejerza los derechos de información y retención, en cuyo caso, la responsabilidad será subsidiaria.

⁷⁶ ZELAYA, Pedro. 2004. 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 y Gaceta de los Tribunales. N° 2, 2004. p. 43-44

2.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL

Una vez revisadas las normas relativas a la responsabilidad de la empresa principal en el régimen de subcontratación, analizaremos cómo podemos entender esta responsabilidad, bajo qué régimen se puede circunscribir, revisando las distintas posiciones que ha recogido la doctrina.

A continuación pasaremos a revisar los distintos regímenes de la responsabilidad civil para determinar si podemos entender la responsabilidad de la empresa principal dentro de alguna de estas categorías.

2.4.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En Derecho Civil, la principal distinción que se ha realizado a nivel doctrinario, legal y jurisprudencial es entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Como lo señala el profesor Carlos Pizarro, en Chile el estudio de la responsabilidad contractual ha estado marcado por la comparación con el estatuto de responsabilidad extracontractual. La mayoría de los manuales y textos tratan la responsabilidad contractual haciendo hincapié en las diferencias que presenta con el régimen aquiliano⁷⁷.

⁷⁷ PIZARRO, Carlos. La Responsabilidad Contractual en el Derecho Chileno. [en línea] <http://www.fundacionfueyo.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf> [consultado 3 de septiembre 2013]

Lo cierto es, que la distinción central en cuanto al régimen a aplicar, va a depender de si a las partes en conflicto las une o no un vínculo contractual previo, o sea, que existe una relación jurídica preestablecida. Sobre este punto, vale hacer presente que los profesores Alessandri y Somarriva señalan que la palabra “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.⁷⁸ Por lo tanto, según esta posición, habrá responsabilidad contractual cuando exista una relación preestablecida que genere una obligación.

Como es sabido, nuestro Código Civil no reglamenta expresamente una responsabilidad contractual, sino que a partir de las normas del título XII del Libro IV, es decir, aquel que establece las normas “Del Efecto de las Obligaciones”, se ha construido el régimen de esta responsabilidad.

Para que sea aplicable este régimen, se ha señalado sin dudas que existiendo el vínculo jurídico previo, debe verificarse un hecho imputable al deudor, la mora, un daño, y el vínculo causal.⁷⁹

⁷⁸ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. 2001 Tratado de las Obligaciones. v.2. 2ª Edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica. p. 251-252.

⁷⁹ PIZARRO, Carlos. La Responsabilidad Contractual en el Derecho Chileno. op. cit. p. 8

Ahora bien, ¿podemos decir que la responsabilidad de la empresa principal en régimen de subcontratación ya sea solidaria o subsidiaria es de carácter contractual?

Como ya analizamos, para que estemos en presencia del régimen de subcontratación es necesario que entre la empresa principal y el contratista o entre este y el subcontratista, en su caso, exista un contrato civil o comercial en virtud del cual el contratista se obliga a ejecutar obras o servicios por su cuenta y riesgo, y con trabajadores bajo su dependencia. Como también ya dilucidamos, entre la empresa principal y el trabajador subcontratado, no existe vínculo contractual y por ende, tampoco de subordinación o dependencia.

Creemos que la respuesta a la interrogante, puede ser extraída simplemente a partir de los principios que rigen en el ámbito contractual, y principalmente del análisis de la autonomía de la voluntad y el efecto relativo de los contratos.

Sin lugar a dudas, que el principio fundamental en derecho privado es el de la autonomía de la voluntad, el cual está presente en la generalidad de las relaciones entre privados, y como señala López Santa María, la doctrina de la autonomía de la voluntad sirve de telón de fondo a la mayoría de los principios fundamentales de la contratación.⁸⁰ El único principio que reviste una mayor independencia respecto de la autonomía de la voluntad es el de la buena fe, ya

⁸⁰ LOPEZ SANTA MARIA, Jorge. 2005. Los Contratos Parte General. 4ta edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 166.

que se reconoce que este debe estar presente durante todo el íter contractual, incluso antes de que nazca el contrato propiamente tal, incluso con anterioridad a la formación del consentimiento, así como también con posterioridad a la extinción de las obligaciones.

El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce.⁸¹

Según este principio el hombre no puede quedar vinculado por obligaciones en las cuales no ha consentido y, recíprocamente, toda obligación querida por el hombre debe producir efectos.⁸²

Lo recién planteado lo llevaremos al régimen de subcontratación, en donde como ya revisamos, tenemos dos contratos. Por un lado, el contrato del trabajador con el contratista o subcontratista; y por otro, el contrato celebrado entre la empresa principal, dueña de la obra o faena, celebrado con el contratista, o entre este y el subcontratista, según el caso, por el cual este se obliga a ejecutar las obras o servicios con trabajadores bajo su dependencia. Como podemos apreciar, la empresa principal, la cual es responsable solidaria o subsidiariamente según las normas vigentes, ha celebrado un contrato con otra empresa, la contratista y en ningún caso, su intención o voluntad ha sido

⁸¹ Ídem. p. 165.

⁸² Ídem. p. 168.

contratar u obligarse para con el trabajador. El contrato celebrado entre la empresa principal y la contratista genera sus propias obligaciones para ambas partes y es ajeno al contrato entre la contratista y el trabajador, por tanto a menos que las partes lo establezcan expresamente en virtud del principio de autonomía de la voluntad, no le correspondería a la empresa principal responder por las obligaciones del contratista para con sus trabajadores.

La situación en la cual un tercero responde por obligaciones ajenas, como es el caso de la empresa principal respecto de la contratista, solo se podría dar en aquellas situaciones en que se haya celebrado un contrato de garantía como la prenda, pero como ya sabemos, para que esto sea posible es indispensable la voluntad expresa de las partes, situación completamente distinta a la responsabilidad impuesta por el artículo 183- B del Código del Trabajo.

A la misma conclusión llegaremos si analizamos el principio del efecto relativo de los contratos según el cual los contratos sólo generan derechos y obligaciones para las partes contratantes que concurren a su celebración, sin beneficiar ni perjudicar a los terceros. Para estos últimos los contratos ajenos son indiferentes.⁸³

El principio del efecto relativo es otra consecuencia lógica y necesaria del dogma de la autonomía de la voluntad. Si se predica de la voluntad la capacidad o poder de ser la fuente y la medida de los derechos y obligaciones

⁸³ Ídem. p. 241.

contractuales, eso sólo puede concretizarse a condición que haya voluntad; a condición que la persona manifieste su querer interno. Pero quienes nada dicen, los terceros, no pueden verse afectados por contratos ajenos.⁸⁴

Y esto último es efectivamente lo que sucede en la subcontratación. Un tercero, la empresa principal, quien no tiene vínculo contractual con el trabajador, se ve obligada a responder por las obligaciones laborales y previsionales del contratista para con este.

Por estas razones es que debemos descartar absolutamente que la responsabilidad de la empresa principal sea de naturaleza contractual. Aún cuando la ley impone ciertas cláusulas en determinados contratos (dirigidos), estas últimas, en la generalidad de los casos, solo afectan a las partes que concurren con su voluntad, cosa totalmente distinta a lo que sucede en el régimen de subcontratación, en el cual pareciera que por el solo hecho de subcontratar la empresa se ve obligada a responder por un tercero.

La jurisprudencia sin embargo, no ha sido uniforme en este sentido, es más, en diversos fallos se ha señalado que la naturaleza de la responsabilidad de la empresa principal es de carácter contractual. Así lo señaló la Corte de apelaciones de Chillán, en un caso en que se demandó solidariamente a la empresa principal y a la contratista por un accidente de trabajo, que como ya analizamos, cuando se trata de accidentes laborales la responsabilidad de la empresa principal es directa y se rige por los artículos 183-E y 184 del Código

⁸⁴ Ídem. p. 242.

del Trabajo y además por el artículo 66 bis de la ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Sin embargo el fallo en comentario nos entrega una opinión totalmente diversa. Señala en sus fundamentos los siguientes:

“3°.- Que, atendido el mérito de los antecedentes y del tenor de la demanda deducida, consta que la responsabilidad de la empresa principal es de naturaleza contractual, en atención a lo dispuesto en los artículos 183 B, 183 E y 184 del Código del Trabajo.

En la especie, el demandante está ligado en virtud de un contrato de trabajo con la demandada, Carnes Ñuble S.A., a virtud del amparo del régimen de subcontratación.

4°.- Que, como corolario de lo expuesto, la demandada Carnes Ñuble S.A., no puede ser considerada en estos autos como un tercero ajeno y sin vinculación jurídica alguna, como tampoco puede sostenerse que a su respecto rigen las normas legales relativas a la responsabilidad extracontractual de los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil.

8°.- Que, en lo que dice relación con la infracción al artículo 1.511 del Código Civil, es del caso advertir que el artículo 183 B establece una solidaridad legal al señalar en lo pertinente que la empresa principal (Carnes Ñuble S.A.) será solidariamente responsable de las obligaciones laborales (entre las que se encuentra aquellas expresadas en los artículos 183 E y 185 del Código del Trabajo) y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los

trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral.

9°.- Que, respecto del argumento del recurrente en el sentido de que el artículo 183 B del Código del Trabajo, respecto de las obligaciones laborales, sólo se refiere a las de dar y no a las de hacer, expresadas en el artículo 183 E del mismo cuerpo legal, es del caso advertir que del tenor del artículo 183 B en lo que dice relación con las obligaciones laborales, el legislador no distingue, por lo que esta disposición legal comprende tanto las obligaciones laborales de hacer como las de dar.”⁸⁵

Como podemos apreciar en este caso, la Corte de Chillán considera, erróneamente a nuestro parecer, que la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 183-B incluye a las obligaciones por accidentes del trabajo, y además asume que el trabajador está unido contractualmente con la empresa principal, por estar bajo el régimen de subcontratación (considerando 4°).

La misma opinión sostiene el profesor Carlos Pizarro, al analizar el fallo en comento, señalando: la responsabilidad de una empresa principal por los accidentes que sufren los trabajadores de un contratista en su obra o faena, tiene su fuente en el deber legal de seguridad consagrado en el artículo 183-E del Código del Trabajo, incorporado por la ley N° 20.123, y en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Se trata, pues, de la infracción de un deber propio, personal y de

⁸⁵ Corte de Apelaciones de Chillán, 2 de marzo de 2011, rol 68-2010.

origen legal y no reside en una suerte de responsabilidad contractual vicaria o refleja que tendría para con el empleador del trabajador accidentado.⁸⁶

Afortunadamente, la Corte Suprema resolviendo un recurso de unificación de jurisprudencia, dejó en claro que la responsabilidad del artículo 183-B y el artículo 183-E, tratan de responsabilidades distintas, la primera respecto de las obligaciones laborales y previsionales de dar, y la segunda respecto de la seguridad en el trabajo, dando origen a una responsabilidad directa de la empresa principal y no subsidiaria o solidaria. Señala el considerando segundo de dicho fallo: “Que no obstante, que los textos de los artículos 183-B y 183-D del Código del Trabajo establecen respecto del dueño de la obra una responsabilidad por garantía en relación a las obligaciones laborales y previsionales de dar que debe satisfacer el empleador respecto de sus trabajadores, erigiendo a aquél en responsable solidario o subsidiario según se hubiere cumplido o no con las exigencias previstas por la última norma citada, -y acotadas estas obligaciones en la forma que explicitan esos textos-, lo cierto es que tratándose de un accidente del trabajo la ley reguló la situación imponiendo a la empresa principal (dueña de la obra) un deber de protección especial en el artículo 183-E del Código del ramo, deber que se expresa en similares términos a aquél que el artículo 184 impone al empleador contratista o subcontratista.”

⁸⁶ PIZARRO, Carlos. 2011. Naturaleza de la responsabilidad civil de la empresa principal en régimen de subcontratación por los accidentes que sufren los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 16. p. 3

Asimismo agrega el considerando cuarto en relación al artículo 183-E: “Que como se aprecia del texto transcrito, se establece en él una obligación particular y especial para el dueño de la obra en materia de higiene y seguridad, imponiéndole el deber de protección eficaz de la vida y salud de todos los trabajadores que se desempeñen en su empresa o faena, con arreglo a las normas que en la misma disposición se expresan, esto es, el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y artículo 3 del D.S. N° 594 de 1999 del Ministerio de Salud, disposición esta última que con anterioridad a la ley N° 20.123 ya contenía la obligación de cuidado de cargo de la empresa principal.

La disposición en análisis contiene o da cuenta de la responsabilidad directa que recae sobre la empresa principal para el evento que incumpla el deber de cuidado que el mismo texto le impone, de modo tal que perseguir su responsabilidad por un accidente del trabajo supone determinar claramente la conducta que por acción u omisión de su parte configuró un incumplimiento de ese deber personal y directo, así como la relación entre esa conducta y los daños reclamados.”⁸⁷

En otro fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago, si bien se señala correctamente que la responsabilidad de la empresa principal es personal y directa, la califica como de naturaleza contractual señalando: “Que no está demás consignar que atendido que se trata de una responsabilidad contractual, la responsabilidad resulta de no haberse comportado la empresa principal como

⁸⁷ Sentencia de la Excm. Corte Suprema de 27.03.2013. Rol N° 5620-2012.

lo haría un hombre juicioso en la administración de sus negocios importantes; ello, debido a que la ley exige de su parte no una mediana diligencia, sino una extrema diligencia o cuidado”.⁸⁸

Nos parece que los fallos que hemos analizado, se ha hecho una interpretación demasiado amplia del artículo 183-B del Código del trabajo, incluyendo dentro de las obligaciones laborales y previsionales, las relativas a la seguridad. Es más, en relación a la naturaleza de la responsabilidad, para calificarla de contractual, la Corte de Chillán señala expresamente que entre la empresa principal y el trabajador hay un vínculo de trabajo, conclusión totalmente diversa a la que hemos sostenido en este trabajo, al señalar claramente que el vínculo de subordinación y dependencia, y por ende, contrato de trabajo, existe sólo entre el contratista y el trabajador, o entre este con el subcontratista, según el caso; por ende entre la empresa principal y el trabajador, no existe vínculo laboral ni contractual alguno y la responsabilidad solidaria o subsidiaria que le cabe a la empresa principal tiene su fuente en la ley, no en el contrato, y se trataría de una responsabilidad de naturaleza extracontractual.

2.4.2 RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Habiendo descartado que la responsabilidad que le cabe a la empresa principal en el régimen de subcontratación sea de naturaleza contractual,

⁸⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. 20 de Julio 2010. Rol 3958-2010.

pasaremos a analizarla a la luz de las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Como ya señalamos, esta categoría de responsabilidad se generará sin la existencia de un vínculo jurídico previo. En palabras del profesor René Abeliuk, la responsabilidad extracontractual da origen al vínculo⁸⁹.

Para que sea procedente la responsabilidad extracontractual es necesario que exista un hecho imputable (acción u omisión), el daño, la relación causal entre el hecho y el daño, y un criterio de imputación ya sea dolo o culpa (negligencia), o bien se trate de uno de aquellos casos de responsabilidad estricta u objetiva establecidos en la ley.

Como bien sabemos, a diferencia de la responsabilidad contractual, en que su aplicación depende del incumplimiento o cumplimiento tardío o imperfecto de las obligaciones derivadas de un contrato, en la extracontractual, el hecho gatillante es el ilícito civil, llevado a cabo por el agente que causa el daño, o bien se deriva del hecho de un dependiente o del daño provocado por las cosas. De ahí la gran distinción dentro del ámbito extracontractual entre la responsabilidad por el hecho propio, responsabilidad por el hecho ajeno y la responsabilidad por el hecho de las cosas.

En el ámbito de la subcontratación, el hecho que generará la responsabilidad de la empresa principal es el incumplimiento de las

⁸⁹ ABELIUK, René. Las Obligaciones. ob. cit. p. 206.

obligaciones laborales y previsionales por parte del contratista o subcontratista según el caso, respecto de sus trabajadores.

Lo anterior, nos puede llevar a concluir que el régimen a aplicar dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, será el de la responsabilidad por el hecho ajeno ya que la empresa principal deberá responder por la negligencia del contratista, quien al no cumplir con sus obligaciones laborales y previsionales, causa daño al trabajador, generando la aplicación de las normas del Código del Trabajo que la hacen responsable solidaria o subsidiariamente, siendo un tercero ajeno a la relación laboral que genera las obligaciones mencionadas. Pasamos a continuación a analizar el régimen recién citado.

2.4.2.1 RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

Este régimen de responsabilidad ha sido definido como aquel que deriva de los delitos y cuasidelitos de las personas capaces de cometerlos que se encuentran en la relación expresamente prevista en la ley respecto del responsable⁹⁰. Sin embargo nos parece que esta definición deja fuera el régimen aplicable a los hechos cometidos por los incapaces y que también dan lugar a la responsabilidad por el hecho ajeno.

El derecho civil distingue dos hipótesis de responsabilidad por el hecho de terceros: se responde por el hecho de personas que son incapaces de ilícito

⁹⁰ ABELIUK, René. Las Obligaciones. ob. cit. p. 259

civil pero que están bajo el cuidado de otra, y por el hecho de personas que son capaces, contra las cuales se puede ejercer una acción por su propio hecho culpable, a cuya responsabilidad personal la ley le agrega la responsabilidad de quien ejerce sobre ella autoridad o cuidado.⁹¹

Es la segunda hipótesis la que nos interesa, aquella en la cual se debe responder por el hecho de personas que son capaces, que se encuentran bajo el cuidado o dependencia de otra. Así, en la materia que nos convoca, es la empresa principal la que debe responder por la negligencia del subcontratista en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales con sus trabajadores.

De todas maneras, en ambos tipos de régimen, lo que en realidad determina la responsabilidad es la falta de cuidado ejercido sobre el autor del daño, y esta es una de las razones por las que se critica la denominación de responsabilidad por el hecho ajeno, porque se dice que no se está respondiendo por el hecho de otro, sino por la propia culpa de haber descuidado el deber de vigilancia.⁹²

Nuestro Código Civil establece una presunción general de responsabilidad por el hecho de quienes están bajo el cuidado de otra persona en el artículo 2320 inciso primero, y en los siguientes señala una serie de casos no taxativos en que resulta aplicable el régimen, entre ellos la responsabilidad

⁹¹ BARROS, Enrique. 2008. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. p. 167

⁹² ABELIUK, René. Las Obligaciones. ob. cit. p. 259

del empresario por el hecho de sus dependientes (inciso cuarto) que es lo que nos interesa analizar.

Para que opere esta presunción general de culpabilidad por el hecho ajeno, es necesario que el dependiente haya incurrido en un delito o cuasidelito civil; y que exista una relación de autoridad o cuidado entre el autor del daño y el tercero que resulta responsable.⁹³ La doctrina y jurisprudencia nacional han sostenido que para que el empresario sea civilmente responsable de los daños causados por sus dependientes, deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

- a) La existencia de un vínculo de subordinación o dependencia entre el agente directo y el empresario demandado y
- b) que el dependiente haya obrado en el ámbito de la relación o vínculo que lo liga al empresario demandado.⁹⁴

Como podemos apreciar, es necesario para que proceda esta responsabilidad por el hecho ajeno, que exista un vínculo de subordinación o dependencia entre el empresario demandado y el agente directo que causó el daño. Como lo señala Pizarro, según la doctrina ampliamente asentada en nuestro medio, el fundamento de esta clase de responsabilidad descansa en la

⁹³ BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad Extracontractual. op. cit. p. 176.

⁹⁴ PIZARRO, Carlos. 2011. Naturaleza de la responsabilidad civil de la empresa principal en régimen de subcontratación por los accidentes que sufren los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas. op. cit. p. 8.

teoría de la *culpa in eligendo vel vigilando*, esto es, en haber infringido el deber general de cuidado en la elección y supervigilancia de los trabajadores.⁹⁵

Los criterios de dependencia que ha aceptado la jurisprudencia son la capacidad de impartir órdenes o instrucciones a otro, e incluso una simple relación de hecho que autorice a uno para controlar la conducta de otro mediante instrucciones, lo que presenta al menos un indicio de dependencia.⁹⁶

Es efectivamente aquí donde se nos presenta el problema en la subcontratación, ya que en esta figura la empresa principal ha celebrado un contrato con la contratista para que este ejecute una obra o servicio, pero dicho contrato puede tener naturaleza civil o mercantil y por ende se trata de sujetos en igualdad de condiciones, a diferencia del contrato de trabajo, por lo que cada sujeto es independiente y no existiría una relación de dependencia.

Como ya analizamos, en la subcontratación el vínculo de subordinación y dependencia se da entre el trabajador y la empresa contratista o bien con la subcontratista, pero no se da entre las empresas. En otras palabras, el contratista no es subordinado o dependiente de la empresa principal y por su parte el subcontratista no lo es tampoco del contratista.

De esta forma lo reconoce el profesor Barros, al señalar respecto de la responsabilidad del empresario que “si subcontrata con un tercero experto, la regla general es que entre el empresario que hace el encargo y el que lo

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad Extracontractual. op. cit. p. 185.

ejecuta no hay una relación de dependencia, que haga al primero presuntivamente responsable de los actos del segundo”.⁹⁷ Agregando más categóricamente que: “el subcontratista independiente, que actúa sin estar sometido a un régimen de subordinación, ni obedece instrucciones continuas, difícilmente podrá ser considerado un dependiente”.

De la misma forma el profesor Pizarro descarta esta hipótesis, señalando respecto del fundamento que otorga la teoría de la *culpa in eligendo vel vigilando* que: “Este mismo fundamento explica la necesidad de concurrencia del vínculo de subordinación y dependencia, pues si el empresario no tiene jurídicamente la posibilidad de dirigir al agente que causa el daño, porque no está bajo su control, dirección o subordinación, mal podría imputársele esta clase de responsabilidad”.⁹⁸

Principalmente por esta razón, es que debemos descartar que estemos frente a la responsabilidad del empresario por el dependiente, ya que la relación que existe entre empresa principal y contratista, dista bastante a la situación que se da entre los trabajadores (dependiente) y el empresario.

A esto se ha sumado un argumento en relación al requisito de la procedencia de un ilícito civil para que opere la responsabilidad, señalando que en la conducta, cuando existe responsabilidad del dueño de la obra en la subcontratación, no hay un ilícito civil, sino que el incumplimiento de

⁹⁷ Ídem. p. 186

⁹⁸ PIZARRO, Carlos. op. cit. p.8.

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.⁹⁹

Creemos que este argumento no resulta muy convincente a la luz de los requisitos de la responsabilidad por culpa, ya que sabemos que es posible la responsabilidad por omisión, y entre las hipótesis que la hacen procedente se encuentra cuando la ley impone deberes positivos de conducta, como son las obligaciones laborales y previsionales de las empresas para con sus trabajadores, independiente si se rige o no por el Código del Trabajo.

2.4.3 LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL COMO UNA RESPONSABILIDAD ESPECIAL DE CARÁCTER LABORAL.

Hasta el momento, hemos podido analizar el régimen de responsabilidad en la subcontratación desde dos grandes puntos de vista del Derecho Civil, como lo son la responsabilidad contractual y extracontractual. Sin embargo, ninguno nos ha logrado dar una respuesta satisfactoria a la hora de determinar su naturaleza jurídica específica, a pesar de que tengamos claro que se trata de una responsabilidad extracontractual. Creemos que esto se da principalmente porque estamos en el ámbito del Derecho del Trabajo, en donde la contratación requiere de la aplicación de principios propios de la materia para la protección

⁹⁹ ESPINOZA, Natalia y GAETE, Victoria. 2009. 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. Santiago. Universidad de Chile. p. 66

de la parte más débil de la relación. Así por ejemplo, la gran manifestación del principio protector, en el sentido de la regla *indubio pro operario*, cuya finalidad es lograr la igualdad, un equilibrio entre las partes al momento de contratar.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la responsabilidad que estamos analizando, responde a una situación distinta a las planteadas por el derecho común, y por lo tanto su revisión, si bien la podemos llevar a cabo desde la perspectiva del derecho civil, no puede sino realizarse a partir de los principios que rigen el Derecho Laboral, lo que nos va a permitir comprender el fundamento de las normas que estamos analizando.

Para los profesores Lizama y Ugarte, la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal es una responsabilidad en subsidio o en defecto del derecho de prenda general del empleador directamente obligado. Por lo mismo, no se trata de la responsabilidad civil por el hecho ajeno establecida en el artículo 2320 del Código Civil ni la responsabilidad solidaria del derecho común. Agregan los profesores, en concordancia con Zelaya, que esta responsabilidad subsidiaria no constituye un supuesto de responsabilidad civil de la empresa principal sino que es 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”.¹⁰⁰

Agregan, para descartarla, que la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 2320 es una responsabilidad directa del empresario, y no en subsidio o defecto del directamente obligado, que es el contratista.¹⁰¹

Esta última posición nos parece la forma más idónea de analizar la responsabilidad de la empresa principal, ya que apreciamos una posición desde la perspectiva del derecho laboral, en el sentido de reconocer una protección especial a la parte más débil en la relación laboral, entregándole una garantía legal frente al incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales del contratista. Ahora, el problema sin lugar a dudas lo encontraremos en el fundamento de por qué la empresa principal debe responder por el contratista, cuestión que revisaremos más adelante.

Para cerrar este punto, diremos que la responsabilidad de la empresa principal, en el ámbito de la subcontratación, puede ser entendida como un régimen de responsabilidad especial, de carácter legal, que tiene similitudes con la llamada responsabilidad estricta o por riesgo, ya que en la conducta del dueño de la obra o faena no existe una infracción a un deber de cuidado (salvo para el caso del artículo 183-E). Más bien, nos parece que en este caso el criterio de imputación es el solo hecho de subcontratar lo cual lo pone bajo la

¹⁰⁰ LIZAMA, Luis y UGARTE, José. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. ob. cit. p. 34.

¹⁰¹ Ídem.

hipótesis que nos plantea la ley sin que pueda la empresa principal excusarse, sin perjuicio que ésta solo operará en subsidio de la del contratista si se ha ejercido los derechos que el legislador le otorgó al empresario y de forma solidaria, si no los ha ejercido.

Ahora bien, creemos que existe un problema al sostener que se trate de una responsabilidad estricta, en razón del elemento del riesgo que supone este régimen. Efectivamente, el antecedente normativo de la responsabilidad estricta es la realización de una actividad o la tenencia de una cosa que genera el riesgo de daño¹⁰². Creemos que por ningún motivo se debe considerar que por el solo hecho de subcontratar se esté llevando a cabo una actividad que genera riesgo, más aún si es que inicialmente la única conducta voluntaria en la cual puede haber incurrido la empresa es en la de contratar con un tercero para que este último ejecute una obra o servicio, a su riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, lo cual nos parece que no puede constituir un ilícito civil ni una actividad riesgosa, sino que al contrario, es una expresión de la autonomía de la voluntad y por qué no decirlo también, del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, consagrado constitucionalmente en el artículo 19 N° 21.

¹⁰² BARROS, Enrique. Tratado de responsabilidad Extracontractual. op. cit. p. 475.

2.5. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL

En este punto, nos dedicaremos a revisar el fundamento que se ha intentado dar por la doctrina laboral al régimen de responsabilidad aplicable en materia de subcontratación, para así ver más adelante, si podemos argumentar bajo alguno de estos aspectos la responsabilidad de la empresa principal ante una eventual vulneración a la libertad sindical de los trabajadores subcontratados.

Como ya pudimos observar a través del análisis de las normas vigentes, el Código del Trabajo establece un régimen especial de responsabilidad en materia de subcontratación, dentro de las normas introducidas por la ley N° 20.123, que vinieron en modificar las disposiciones de los artículos 64 y 64 bis que regulaban anteriormente esta materia. Ahora bien, independientemente de la naturaleza jurídica que le atribuyamos a dicho régimen y también independiente de las consideraciones prácticas que motivaron este régimen especial, debemos preguntarnos ¿por qué la empresa principal debe responder por las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores del contratista?

La doctrina nacional ha estado mayoritariamente conteste en su respuesta, lo mismo la jurisprudencia. En general, se ha aceptado 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 Corte Suprema sostuvo que: “la 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”¹⁰³. En el mismo sentido, en un fallo posterior, la misma Corte señaló: “que el dueño de la obra debe responder, al igual que el empleador directo, de las prestaciones laborales de los trabajadores del contratista, se fundamenta en la existencia de una obra, cuyo dueño la entrega a un tercero, para que éste realice actividades respecto de ella, que aquél no puede o no quiere hacer por sí mismo. Así el dueño de la obra respalda y garantiza lo que hace el tercero, en lo que a los conceptos aludidos se trata, porque se beneficia de lo que aquel hace pudiendo y debiendo, para ello, fiscalizarlo”¹⁰⁴.

Dentro de la doctrina nacional, Claudio Palavecino ha sido el principal crítico de estos argumentos dados por la doctrina y jurisprudencia nacional, señalando que son fundamentos más bien débiles para sostener estas responsabilidades. Agrega que se prescinde con demasiada ligereza de la

¹⁰³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 31 de Agosto de 2001, ROL: 817-2001. Considerando décimo tercero.

¹⁰⁴ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 22 de Junio de 2009, Rol N° 2161-2009. Considerando sexto.

voluntad jurídica-negocial del empresario principal, sin hacerse cargo que la Constitución garantiza expresamente la libertad de contratación laboral¹⁰⁵.

Para Palavecino, lo que sucede al imputar responsabilidad a la empresa principal por las obligaciones impagas para con los trabajadores subcontratados, 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 trabajo¹⁰⁶. Nosotros, al analizar la naturaleza de la responsabilidad que establece el Código del Trabajo, ya veíamos al descartar que fuera de naturaleza contractual cómo resultaba determinante el principio del efecto relativo de los contratos, el que sin duda se ve afectado por este régimen, pero no por eso va a estar exento de fundamento.

Según el profesor Palavecino, las normas que establecen la responsabilidad solidaria y subsidiaria de la empresa principal, infringirían el derecho a la libre contratación y elección del trabajo, el derecho de ejercer cualquier actividad económica y el derecho de propiedad.

La primera respuesta que da Palavecino a la pregunta acerca del fundamento de la responsabilidad de la empresa principal, señalando que es la más simple, es que el empresario principal, cuando celebra un contrato de obra

¹⁰⁵ PALAVECINO, Claudio. 2006. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. ob. cit. p. 58.

¹⁰⁶ Ídem.

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. Es lo mismo que decir que responden porque así lo manda la ley.¹⁰⁷ Lo cierto es que según el mismo profesor, esta solución parece demasiado formalista y autoritaria.

El segundo fundamento que se analiza es el de la teoría del beneficio¹⁰⁸, según la cual es razonable que la empresa principal no obstante no ser empleador de los trabajadores del contratista, responda por el incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de este último, ya que igualmente se beneficia de la actividad laboral de los trabajadores de este. Como ya mencionamos, este es el principal argumento que ha sostenido nuestra Corte Suprema respecto del fundamento de la responsabilidad de la mandante en este régimen¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ Así lo enuncia Palavecino en: El fundamento de las responsabilidades empresariales surgidas del trabajo externalizado. Análisis crítico. Publicado en La Semana Jurídica, N°319, 18-24 de diciembre 2006, p.1.

También ha sido mencionado como la "ajenidad", siendo su fundamento el mismo que la teoría del beneficio, entendiendo que el trabajador presta sus servicios por cuenta de su empleador, quien asume los riesgos del trabajo y se hace dueño de los frutos que éste genera. Al respecto véase: SANHUEZA, Rodrigo. Responsabilidad de la Empresa Principal en el Procedimiento de Tutela Laboral. EN: Congreso Nacional Estudiantil de Derecho del Trabajo. Santiago. Universidad de Chile.

¹⁰⁹ Rol N° 2161-2009, de 22 de Junio de 2009. ROL: 817-2001. de 31 de Agosto de 2001. ROL: 927-2003, de 4 de Diciembre de 2003.

Para Palavecino esta explicación no sería válida por cuanto desatiende el carácter oneroso conmutativo del contrato entre la empresa principal y la contratista ¹¹⁰, rechazando este análisis.

Como tercera explicación para fundamentar el régimen de responsabilidad que rige en la subcontratación, se ha considerado la teoría de la *culpa in contrahendo*. Para Thayer y Novoa, “compete al dueño de la obra, o al contratista, según el caso, adoptar los necesarios resguardos previos a fin de informarse bien sobre la calidad de la persona con quien contrata, su forma de cumplir las obligaciones, y además puede convenir la adopción de medidas de fiscalización y control sobre la forma como el contratista o subcontratista esté dando cumplimiento a sus obligaciones laborales y previsionales”¹¹¹. En respuesta, Palavecino señala que esta teoría tampoco entrega fundamentos satisfactorios, en primer lugar, porque si, pese al actuar precontractual diligente del empresario principal el contratista empleador incumple sus obligaciones, aquél deberá responder de todos modos frente a los trabajadores de éste, como mínimo subsidiariamente. Y en definitiva, porque esta teoría presupone –y por ende no explica- la posición de garante del empresario principal¹¹².

¹¹⁰ Thayer, W. y Novoa, P.: Manual de Derecho del Trabajo, tomo II, derecho individual del trabajo, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 372.

¹¹¹ Thayer, W. y Novoa, P.: Manual de Derecho del Trabajo, tomo II, derecho individual del trabajo, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 372.

¹¹² PALAVECINO, Claudio. 2006. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. ob. cit. p. 60.

El cuarto fundamento que se ha intentado dar, es el de la responsabilidad estricta u objetiva. Nosotros en el punto anterior, señalábamos en cuanto a la naturaleza jurídica del régimen en estudio que estamos ante una responsabilidad especial de carácter legal que guarda mucha similitud con el régimen de responsabilidad objetiva. En esta parte Palavecino, al igual como lo señalamos, realiza la salvedad o crítica referida al fundamento ínsito de este estatuto de responsabilidad, ya que esta teoría se fundamenta en base a la teoría del riesgo creado. Señala que no se ve como la celebración de contratos y subcontratos de obras y servicios pueda ser una actividad riesgosa creada por la empresa principal en el sentido que lo predicen esas teorías, las cuales se refieren al riesgo que genera el uso de máquinas, fuentes de energía u otros instrumentos peligrosos en el sector industrial y que se concibieron para poder atribuir al empresario la responsabilidad por accidentes del trabajo que ocurran sin culpa suya¹¹³.

Como quinta forma de fundamentar el régimen de responsabilidades en la subcontratación se ha mencionado la teoría del fraude por imposición de tercero. Palavecino menciona que entre las razones que se dieron para justificar la aprobación de la nueva ley, se repitió mucho entre los promotores del proyecto la necesidad de acabar con la figura del contratista falso o simulado y con los abusos que ella genera en perjuicio de los trabajadores. Señala además, que lo que se hizo con la nueva legislación fue trasladar la

¹¹³ Ídem. p. 61.

responsabilidad solidaria desde los fraudes en perjuicio de los trabajadores a la subcontratación legítima, lo que antes estaba regulado por el art. 478 del Código del Trabajo, el que castigaba la figura del contratista falso con multas cuantiosas para la empresa que utilizare este u otros subterfugios y, además, determinando la responsabilidad solidaria entre el empleador real y el empleador ficticio. En esta parte Palavecino pone énfasis en señalar que esta posición sería insostenible y representaría sólo la confusión del legislador en la materia señalando: “si se extiende una sanción, hasta ese momento, propia de la subcontratación simulada, a la subcontratación real, uno podría entender que el legislador presume -¡de derecho!- que hay simulación y mala fe en toda descentralización; que todo empresario que subcontrata es, en realidad, empleador de los trabajadores que llegan a su empresa a través del contratista y que el contratista es siempre un testaferro o “palo blanco”.”¹¹⁴

Finalmente, se ha mencionado por el profesor Palavecino, pero bajo la vigencia de la antigua legislación, un fundamento basado en la teoría de la subordinación en segundo grado según la cual aunque la empresa contratista o subcontratista exista como tal y se comporte como empleador de sus trabajadores, al incorporarse con éstos en el ámbito de organización y dirección del empresario principal, éste asume respecto de aquéllas una posición jerárquica que repercute también sobre los trabajadores de las empresas auxiliares. Mientras dura esa incorporación, surge entre el empresario principal

¹¹⁴ Ídem.

y los trabajadores externos, paralelamente a la relación de trabajo con el contratista o subcontratista, una relación fáctica y mediata –que Palavecino llama “subordinación de segundo grado”- a partir de la cual parece legítimo considerar al empresario principal como una suerte de empleador indirecto de tales trabajadores y, por ende, imputarle una responsabilidad subsidiaria en relación con la que pesa sobre el empleador directo¹¹⁵. Sin embargo señala el autor, que esta subordinación en segundo grado no es suficiente como para equiparar al contratista con la empresa principal, lo que hace la actual legislación, y solo serviría para fundamentar a la responsabilidad subsidiaria, no así a la solidaridad establecida en la ley actualmente.

Sin perjuicio de las opiniones y fundamentos entregados por Claudio Palavecino, creemos que su análisis encuentra un sesgo de juridicidad que no se condice con el sentido propio de las normas laborales. En efecto, en opinión de estos memoristas, la finalidad o intención normativa es clara y tiende a reconocer como fundamento a las responsabilidades que le caben a la empresa principal y a la contratista, en su caso, en materia de subcontratación, la teoría del beneficio y en el principio protector. No debemos olvidar que las normas laborales responden a un sustrato ideológico propio de la materia, donde las argumentaciones civilistas sirven de comparación, pero en ningún caso como fundamento de las normas.

¹¹⁵ Ídem. p. 62.

En cuanto a la teoría del beneficio, nos parece una solución justa que la empresa principal, quien se va a ver favorecida con los frutos que va a obtener con el trabajo llevado a cabo por trabajadores bajo el régimen de subcontratación, responda por ciertas obligaciones laborales para con ellos, que son la parte más débil en el contrato de trabajo, independientemente que no sean “sus” trabajadores. En segundo lugar, e íntimamente relacionado con esto último, nos parece justo el régimen establecido teniendo en consideración el principio protector en materia laboral en cuanto criterio orientador del derecho del trabajo, que busca equilibrar las asimetrías de las partes en el contrato. La empresa principal, evidentemente, se encuentra en una situación de superioridad en la generalidad de los casos y es libre de contratar con el subcontratista, no así el trabajador quien no puede negociar ni menos elegir la empresa principal en la cual trabajar. Creemos que a pesar de que el trabajador no sea parte del contrato celebrado entre la empresa principal y la contratista, sí resulta afectado por la relación entre estos dos sujetos en cuanto su trabajo va a repercutir en el proceso productivo de ambas y, siendo el sujeto más débil en la relación, merece y es necesario que tenga protección adicional, ya no sólo en el ámbito de los accidentes del trabajo, sino también más allá, respecto de las demás obligaciones laborales y previsionales.

Además, no creemos que las disposiciones que analizamos vulneren las normas constitucionales, en cuanto no creemos que a la empresa principal se le esté imponiendo un trabajador. Esto último, en cuanto la empresa principal es

libre de subcontratar o no. En definitiva aquellas teorías que suponen la falta de fundamento de la normativa en análisis se traducen en conceptos inadecuados o impropios desde el punto de vista laboral. Ahora, si la empresa decide subcontratar, deberá asumir el régimen establecido por la ley en virtud de normas de orden público que no buscan más que proteger a la parte más débil en la relación laboral. A esto debemos sumar, que la empresa principal goza de poder ver atenuada esta responsabilidad en caso de ejercer los derechos de información, retención y pago por subrogación, los cuales nos parecen una buena medida, para disminuir la responsabilidad a las empresas más diligentes.

Finalmente, no podemos perder de vista que la figura de la subcontratación hasta el día de hoy es mirada con desconfianza. Actualmente se sigue considerando el empleo tercerizado como sinónimo de precariedad en las condiciones laborales, y creemos que este es el factor ideológico de fondo y quizá el más importante que influyó enormemente al momento de la creación de las normas introducidas por la ley N° 20.123, y que en cierta forma se utiliza también como argumento para el régimen de responsabilidad establecido. Sin embargo creemos que no se puede argumentar la responsabilidad en la desconfianza que existe hacia la figura de la subcontratación, pero sí podemos considerarlo como un factor que influyó en su establecimiento y que nos permite entender el fundamento de las normas vigentes.

CAPITULO III

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL FRENTE A EVENTUALES VULNERACIONES A LA LIBERTAD SINDICAL.

Huelga desentrañar los fundamentos que nos permitirán entender la necesidad de contar con protección a los derechos fundamentales no sólo dentro del ámbito de la relación laboral, sino que además con en especial atención en el caso de la subcontratación, pese a la carencia normativa al efecto. Lo anterior, y conforme a la finalidad de nuestro estudio, considerando que el ejercicio legítimo de un derecho fundamental –en este caso la libertad sindical- no reconoce más límites que el orden público, la moral o las buenas costumbres, y por cierto, los derechos constitucionalmente reconocidos a terceros; resultando en definitiva oponible a todo aquél que pudiere amenazar o restringir su ejercicio o goce de forma arbitraria; alcanzaría incluso a la empresa principal dentro de ese régimen, forzándonos a llevar este análisis no sólo respecto de aquellas normas que buscan regular temas puramente patrimoniales (obligaciones laborales de dar) o de higiene y seguridad, como propone el estatuto sobre subcontratación; sino que derivado de la misma vinculación y ejecución del trabajo convenido (al interior de faenas de propiedad de la empresa principal) pensar cómo y por qué debiere exigirse de parte de esta última un espacio para el resguardo de la libertad sindical, permitiendo la

comuni3n entre su derecho de propiedad y los derechos constitucionales propios de los trabajadores dependientes de sus empresas contratistas.

En primer t3rmino revisaremos con mayor atenci3n los alcances de la ley N° 20.123 de modo de revisar la existencia de antecedentes que nos permitan sostener nuestra premisa de estudio, para luego analizar el estatuto de derechos fundamentales laborales –con especificidad respecto de la libertad sindical-, su reconocimiento y c3mo dicha fundamentaci3n, en definitiva, podr3a llevarnos a concluir su efectiva vinculaci3n, pese –como se3alamos- al pobre estatuto legal referido a este tema.

3.1. ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL SEGÚN LA LEY N° 20.123

Cuando revisamos en el cap3tulo anterior los diferentes aspectos de la responsabilidad de la empresa principal bajo el r3gimen de subcontrataci3n, dejamos pendiente determinar el alcance de dichas normas en el sentido de establecer a qu3 tipo de obligaciones (l3mite objetivo) laborales y previsionales se extiende la responsabilidad solidaria o subsidiaria, seg3n sea el caso, a las cuales se encuentra obligada la empresa principal o la contratista, en caso de incumplimiento por parte del principal obligado que es el empleador de los trabajadores. Nos pareci3 prudente realizar dicho an3lisis en este momento, en donde intentaremos determinar si el respeto del derecho a la libertad sindical puede ser incluido dentro del cat3logo de obligaciones laborales a las cuales se

extiende el régimen de responsabilidad solidaria o subsidiaria en caso de vulneración. Por esto, pasaremos a revisar la extensión de la responsabilidad de la empresa principal, o la contratista, según el caso, que se estableció por la ley N° 20.123, analizando brevemente su alcance objetivo, subjetivo y temporal.

El artículo 183-B del Código del trabajo, se encargó de delimitar el tipo de obligaciones respecto de las cuales debe hacerse responsable de forma solidaria la empresa principal o la contratista, en su caso, estableciendo que: “La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar...”. Por su parte el artículo 183-D, que se encarga de establecer el régimen de responsabilidad subsidiaria, en caso de que se haya ejercido los derechos de información y retención, omite el mismo pronunciamiento, mencionando solo las palabras “obligaciones laborales y previsionales”, lo que al parecer no ha generado mayor conflicto, y se ha entendido, que también se referiría a las obligaciones de dar.

A esta conclusión llegamos al revisar un fallo de la Corte Suprema, la cual conociendo de un recurso de unificación de jurisprudencia hace mención a ambas disposiciones legales, sin hacer diferenciación en cuanto a su alcance, señalando: “La misma nueva normativa antes aludida y reproducida, acotó y delimitó la responsabilidad del tercero a las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los empleadores y la limitó además al tiempo en que los trabajadores hayan prestado servicios para el dueño de la obra en régimen de subcontratación.” Agregando en el inciso siguiente que: “Resulta

ilustrativo que el legislador, en los artículos 183 B y D, del Código del ramo, hizo mención expresa de las eventuales indemnizaciones legales que corresponderá pagar por el término del contrato de trabajo incluyéndolas en el ámbito de la responsabilidad de la empresa principal.”¹¹⁶

Por lo tanto, sea que estemos hablando de la responsabilidad solidaria o subsidiaria, establecida por la ley N° 20.123 en los artículos 183-B y 183-D respectivamente, ambas normas se refieren a las obligaciones laborales y previsionales de dar, que pasaremos a revisar.

3.1.1 OBLIGACIONES LABORALES Y PREVISIONALES DE DAR

En la doctrina nacional, se ha entendido que la obligación de dar es la que tiene por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real.¹¹⁷ Por su parte, la obligación de hacer es la que tiene por objeto la ejecución de un hecho que no sea la entrega de una cosa; y la obligación de no hacer, es aquella que consiste en abstenerse de ejecutar un hecho que de no existir la obligación podría hacerse.¹¹⁸

Este concepto, lo podemos trasladar al ámbito laboral, en el cual lo normal es que el empleador sea el que tiene la obligación de dar (pagar la remuneración) para con el trabajador.

¹¹⁶ Sentencia Excma. Corte Suprema del 28 de diciembre de 2012. Rol N° 2500-2012.

¹¹⁷ ABELIUK, René. Las Obligaciones. ob. cit. p. 370.

¹¹⁸ Ídem. p. 373.

Para los profesores Lizama y Ugarte 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, 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”¹¹⁹

En cuanto al origen de estas obligaciones, se ha entendido por la jurisprudencia que puede ser legal o contractual. En este último caso, la fuente de la obligación contractual podrá ser expresa o tácita, en caso de que las partes por la aplicación práctica que le han dado al contrato, hayan modificado las cláusulas contenidas en el.¹²⁰

A continuación de señalar estas obligaciones en términos generales, los autores citados pasan a analizar en específico cuales son las obligaciones laborales y previsionales de dar que de conformidad al Código del Trabajo y al Reglamento del artículo 183-C¹²¹, estarían circunscritas al pago de:

a) remuneraciones,

¹¹⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José L. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. ob. cit. p. 36.

¹²⁰ Ídem. p.37.

¹²¹ Decreto Supremo N° 319, de trabajo, de 2007.

- b) asignaciones en dinero,
- c) cotizaciones previsionales, e
- d) indemnizaciones legales por término del contrato de trabajo.

Pasaremos a revisar resumidamente que se comprende en cada una de estas obligaciones.

a) Remuneraciones: el alcance de esta obligación no ha significado mayor complejidad a nivel de interpretación, toda vez que se encuentra definida en el artículo 41 del Código del Trabajo de la siguiente forma: “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.”

Los profesores Lizama y Ugarte, señalan que de la definición se infiere que para que un estipendio pueda ser calificado de remuneración es necesario que concurren los siguientes requisitos copulativos:

- Debe tratarse de una contraprestación en dinero o de una adicional en especie evaluable en dinero.
- La contraprestación debe ser pagada por el empleador al trabajador.
- El derecho del trabajador para recibir esta contraprestación debe tener por causa el contrato de trabajo.¹²²

¹²² LIZAMA, Luis y UGARTE, José L. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. ob. cit. p. 40-41.

b) Las asignaciones en dinero: también conocidas como percepciones no remuneratorias, son aquellas que no constituyen remuneración por tratarse de sumas de dinero pagadas por el empleador sin que tengan por causa la obligación del trabajador de prestar sus servicios personales.¹²³ Estas no se consideran para el cálculo del impuesto único de los trabajadores ni para las cotizaciones de seguridad social, tampoco para las horas extraordinarias, indemnizaciones por término de contrato, salvo aquellas que se perciben mensualmente y no gozan del régimen de protección de las remuneraciones del Código del Trabajo.

Lizama y Ugarte realizan una clasificación de estas asignaciones, de la siguiente forma:

- Percepciones compensatorias, dentro de las cuales se entienden incluidas por ejemplo, la asignación de colación, movilización y viáticos.
- Percepciones indemnizatorias, dentro las cuales podemos comprender la asignación por pérdida de caja y la asignación de desgaste de herramientas.
- Prestaciones de seguridad social, dentro de las que se comprende las asignaciones familiares y la asignación maternal.

¹²³ Ídem. p.41.

- Beneficios sociales, tales como ayudas que otorgan los servicios de bienestar que existan en las empresas a sus afiliados, y también los llamados depósitos convenidos.¹²⁴

c) Las indemnizaciones legales: son aquellas que debe pagar el empleador al trabajador por el término de la relación laboral, dentro de la cual se incluye la indemnización por años de servicio, la indemnización a todo evento de los trabajadores de casa particular, la indemnización sustitutiva a todo evento, la indemnización por despido injustificado, por despido abusivo, por despido indirecto y la indemnización del feriado.¹²⁵

d) Las cotizaciones previsionales: dentro de esta categoría se incluyen los descuentos a las remuneraciones para financiar las pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez, el régimen de salud, el seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y los aportes al seguro de cesantía.

En definitiva, la ley busca proteger mediante estas normas el alcance patrimonial más que otro valor jurídico (sin perjuicio de lo contenido en el 183-E).

¹²⁴ Ídem. p. 43-44.

¹²⁵ Ídem. p. 45-48.

3.1.2. ALCANCE TEMPORAL Y SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD

Bajo la vigencia del derogado artículo 64 del Código del Trabajo, existía la incertidumbre respecto al límite temporal de la responsabilidad de la empresa principal, en el sentido de determinar la época que comprendían las obligaciones respecto de las cuales debía ser responsable subsidiariamente.

Los artículos 183-B y 183-D pusieron término a esta incertidumbre, que anteriormente debía ser aclarada por la jurisprudencia judicial y administrativa, estableciendo que: “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.”

Por lo tanto, la ley N° 20.123 estableció claramente el límite temporal para la responsabilidad ya sea solidaria o subsidiaria (art. 183-B y 183-D respectivamente) estableciendo que la empresa principal o la contratista, en su caso, responderá solo respecto de aquellas obligaciones laborales y previsionales de dar que hayan sido contraídas durante el tiempo que el trabajador prestó servicios efectivamente a la empresa principal bajo el régimen de subcontratación, zanjando así una discusión que se había dado en los tiempos anteriores a la reforma legal.

En cuanto al alcance subjetivo de la responsabilidad, de conformidad a un dictamen de la Dirección del Trabajo, se ha entendido que esta se extiende

solamente a los trabajadores del contratista o subcontratista que hubieren estado ocupados en la correspondiente obra, empresa o faena.¹²⁶

Sin dudas esto último nos responde la pregunta acerca del límite subjetivo, en cuanto a determinar respecto de cuáles trabajadores debe responder la empresa principal o la contratista en su caso.

Sin embargo, existe otro punto que ha sido objeto de análisis por el profesor Palavecino en cuanto al límite subjetivo en relación a las empresas que deben responder, cuando estamos en presencia de figuras más complejas de subcontratación en segundo grado, esto es, cuando ya no estamos ante la básica premisa de empresa principal-contratista-subcontratista, sino que se da una relación más numerosa en la cual la empresa subcontratista, a su vez, subcontrata con otra, para llevar a cabo la obra o faena encomendada. La interrogante acerca de la extensión de la cadena de responsabilidades surge como consecuencia de que el artículo 183-B hace responsable a la empresa principal respecto de las obligaciones del subcontratista cuando no se haya podido hacer efectiva la responsabilidad del contratista, al igual que lo establecía el derogado artículo 64 del Código del Trabajo, sin que se haya aclarado por la nueva normativa.

Según Palavecino, lo primero que se debe resolver es si el régimen de responsabilidades solidarias y subsidiarias que establece la ley, abarca también a los subcontratistas de diverso grado o si, por el contrario, dichas

¹²⁶ Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2.220/127, de 10 de julio de 2002. Citado en LIZAMA, Luis y UGARTE, José L. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. ob. cit. p. 50.

responsabilidades afectan solamente al empresario principal y al contratista y se interrumpen en estos primeros tramos de la cadena descentralizadora. Determinada esta cuestión previa, resulta necesario abordar hasta donde llega el encadenamiento de responsabilidades y qué tipo de responsabilidad debe imputarse en cada caso a los distintos empresarios.¹²⁷

Como ya señalamos, la nueva normativa no nos aclara si hay también responsabilidad solidaria para el subcontratista que subcontrata.

La respuesta según el autor citado, va a depender en gran medida de la extensión que demos a la noción de empresa principal. Así en una cadena de cuatro, cinco o más tramos de empresas, podría también calificarse de empresario principal al subcontratista de primer grado y a los de grados posteriores o sucesivos, siempre en relación con el subsiguiente empleador o inmediato eslabón de la red. Esta fue la solución que se dio bajo el modelo normativo anterior. El presupuesto subyacente a esta tesis es, indudablemente, la noción amplia de dueño de la obra, empresa o faena, en virtud de la cual su posición y su responsabilidad pueden ser asumidas también por las demás empresas contratistas y subcontratistas que participan de la secuencia descentralizadora, en la medida, claro está, que cada uno de ellos tenga todavía por debajo una empresa o más bien un empleador por el cual responder.¹²⁸

¹²⁷ PALAVECINO, Claudio. 2006. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. ob. cit. p. 63.

¹²⁸ Ídem. p. 65.

Así las cosas, se puede concluir que a pesar de que las normas actuales no se refieren a la subcontratación en segundo grado ni mucho menos a grados posteriores, se puede entender de que la responsabilidad se extiende a su situación toda vez que podemos extender el concepto de empresa principal hacia ellos, debido a que se daría la misma lógica de atribución de responsabilidad. En palabras de Palavecino estaríamos en tal situación aplicando el aforismo “donde existe la misma razón existe la misma disposición”.¹²⁹

Para cerrar este punto, en cuanto a la pregunta acerca de hasta dónde se puede extender la responsabilidad, en el sentido del número de eslabones que puede recorrer, la nueva normativa al igual que la anterior, tampoco nos entrega una solución de forma expresa, refiriéndose en general a los subcontratistas en plural, sin delimitar la situación que planteamos respecto a los contratistas y subcontratistas de grado posterior.

Creemos que estas normas deben interpretarse restrictivamente, ya que como hemos analizado, se trata de un régimen de responsabilidad excepcional en donde se hace responsable a un tercero que es ajeno al contrato entre el trabajador y empleador, por lo tanto si la norma solo hace alusión a una relación entre tres sujetos (empresa principal-contratista-subcontratista), la cadena de responsabilidades no se puede extender más allá de dos eslabones. Así en el

¹²⁹ Ídem.

caso de una subcontratación de segundo grado, solo podrá hacerse efectiva la responsabilidad hasta el contratista y no hasta la empresa principal.

A este argumento le podemos agregar lo que señala Palavecino, en el sentido de reconocer que, para el empresario principal, cuando se dan casos de subcontratación de segundo grado o más allá, la fiscalización resulta cada vez más difícil. Y es que traspasado el primer círculo de contratistas es harto improbable que el empresario principal llegue a tener un trato directo, o siquiera un conocimiento, de los subcontratos que celebren éstos para dar cumplimiento, a las obligaciones contraídas con aquél.¹³⁰

No obstante lo referido en los párrafos anteriores, en nada responden la pregunta que nos hemos hecho en este estudio, satisfaciéndose sólo un ámbito patrimonial de la responsabilidad sin reconocer, en definitiva, aquéllos espacios para la vinculación directa y obligatoria conducta que pudiere exigirse a la empresa principal dentro del marco de aplicación de los derechos y garantías constitucionales. Sin embargo, y como analizaremos a continuación, los condicionantes propios de este régimen de trabajo y la naturaleza propia de este sistema, a juicio de estos memoristas, haría procedente extender la responsabilidad del mandante respecto de los derechos fundamentales, al menos, desde una perspectiva interpretativa y doctrinaria, como pasaremos a revisar.

¹³⁰ Ídem. p. 66.

3.2. LA Oponibilidad del Derecho a la Libertad Sindical frente a terceros. La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales.

En la actualidad podemos decir que existe consenso en reconocer que en la relación laboral los derechos fundamentales mantienen plenamente su vigencia, concluyendo de esta forma que la titularidad de los derechos esenciales de la persona no es incompatible con la condición de trabajador.

Este postulado es consecuencia de todo un proceso evolutivo en la doctrina de la eficacia de los derechos fundamentales, que comenzó con la llamada doctrina clásica o de la eficacia vertical de los derechos, según la cual, toda la construcción y regulación de las garantías constitucionales tienen como único objeto el ser opuesto ante el poder público.

Esta interpretación, ha sido superada dando lugar a la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, aquella que postula que los derechos y garantías constitucionales tienen plena vigencia y exigibilidad no solo ante el poder público, sino también frente a los particulares.

Como lo ha señalado la Dirección del Trabajo, “esta teoría surge como un límite a la progresiva extensión del poder de agentes privados de forma que ya no es sólo el Estado quien puede ejercer un poder capaz de amenazar los derechos fundamentales de las personas, sino que también son los mismos

sujetos o las organizaciones creadas al amparo del Derecho Privado los que pueden afectar el pleno ejercicio de estas libertades”¹³¹.

Como consecuencia de estos postulados, la preocupación por los derechos fundamentales se traslada al ámbito privado, y por ende alcanza también a la relación laboral donde no sólo el empleador, sino que los trabajadores, son reconocidos como *ciudadanos* dentro de la empresa, detentando derechos inherentes a su condición de persona. Así lo reconoce nuestra doctrina actual también, como diría S. Gamonal: “La proyección de esta tesis al mundo del derecho del trabajo ha tomado diversas denominaciones, entre otras, “sentido polivalente de los derechos esenciales”, “ciudadanía en a empresa” y “derechos laborales inespecíficos”¹³².

La Dirección del Trabajo, dentro de la profusa doctrina administrativa emitida hasta fines de la década pasada sostiene en esa línea que: “La doctrina de la ciudadanía en la empresa tiene por objetivo resolver esta tensión entre el legítimo ejercicio del poder del empresario y la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores, de forma tal que estos últimos se respeten en el ámbito de la empresa.

La empresa ya no es un espacio entregado única y soberanamente al ejercicio de los poderes empresariales, sino que es un ámbito en el que también

¹³¹ Orden de servicio N° 9 del 31 de Diciembre de 2008. Dirección del Trabajo. p.7.

¹³² Gamonal, Sergio. 2004. Los Derechos del Trabajador en la Constitución Chilena. Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad social N° 3. p. 36.

tiene cabida y reconocimiento, “la ciudadanía”, de los sujetos que interactúan en ella”¹³³.

Ahora bien, en el tema que nos convoca, estamos frente a un derecho fundamental de aquellos que la doctrina ha llamado de corte estrictamente laboral (a diferencia de otros, reconocidos al trabajador en tanto persona, ajenos al ámbito laboral y que se han denominado por la doctrina como “derechos laborales inespecíficos” para distinguirlos de los anteriores), el cual puede llegar a ser vulnerado ya sea por el propio empleador, o bien por parte de un tercero, en este caso la empresa principal o mandante.

Es por esto último que debemos hacernos la pregunta acerca de ¿cómo hacemos oponible el derecho a la libertad sindical a un tercero ajeno a la relación laboral como lo es la empresa principal?

Es sobre este punto en donde cobra importancia la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, ya que de acuerdo a lo planteado por esta teoría, debiéramos entender que el respeto a la libertad sindical es una obligación y es exigible no solo para el empleador, sino que también en contra de todo otro particular que pueda tener incidencia en su libre ejercicio, por lo que obviamente alcanza también a la empresa mandante, quien representa un claro posible agente vulneratorio.

Lo planteado, tiene como sustento una serie de normas que han recogido la doctrina mencionada. En primer lugar nuestra Constitución Política

¹³³ Orden de servicio N° 9. Op. Cit. p. 7.

reconoce en forma expresa la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en su artículo 6º inciso 1º y 2º, al señalar:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos [del Estado] como a toda persona, institución o grupo.”

Como podemos apreciar en el inciso segundo del precepto citado, existe la obligación para los poderes públicos y también para todas las personas de someterse a la Constitución.

Nuestro Código del Trabajo por su parte, en el artículo 5º reconoce la plena eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador en el plano de las relaciones laborales señalando:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”

La Dirección del Trabajo interpretando esta norma ha señalado que “Esta disposición del Código Laboral consagra expresamente la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador en el plano de las relaciones

laborales y, además, de manera especial, la función que tienen estos derechos como límite al ejercicio de los poderes empresariales.”¹³⁴

En el mismo sentido, podemos mencionar las normas contenidas en los artículos 154, 154 bis y el artículo 183-Y, todos del Código del Trabajo, que replican lo señalado en el artículo 5°, tanto en materia de medidas de control del empleador al trabajador como en materia de suministro de trabajadores, respectivamente.

Creemos que para los efectos de nuestro estudio, los preceptos constitucionales resultan más contundentes al señalar explícitamente que obliga directamente a todas las personas, mientras el Código del Trabajo parece limitar su espectro de protección a la relación laboral y no se pone en aquellos casos en que la vulneración pueda provenir de un tercero ajeno a esta, como lo es la hipótesis en que la empresa principal vulnera la libertad sindical¹³⁵. Sin embargo esta eventual falta de eficacia que pudiere derivarse de lo expuesto en el Estatuto Laboral considerando la jerarquía y naturaleza de los derechos en pugna, elementos que han sido reconocidos por la Dirección del Trabajo pronunciándose respecto a una solicitud en que a los trabajadores de una empresa contratista se les prohibía ejercer actividad sindical en las dependencias de la empresa mandante, señalando:

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ Sobre este punto hacemos la salvedad respecto a una posible interpretación extensiva de la norma contenida en el artículo 291 que como tratamos en el capítulo I no señala quien es el sujeto activo de las prácticas antisindicales, por lo que se podría extender su alcance a terceros ajenos a la relación laboral como la empresa principal, a pesar de que nuestra jurisprudencia no lo ha entendido así.

“En efecto, la circunstancia de haberse suscrito un contrato civil entre las ya aludidas Cía. Minera Escondida Ltda. y Compass Catering S.A., conviniendo la prestación de servicios por esta última, mediante la incorporación de un número de trabajadores que necesariamente debe pernoctar en instalaciones de la mandante y, por tanto, permanecer, durante el tiempo de descanso diario a que tienen derecho en dichos recintos, constituyen circunstancias que, necesariamente importan, para dicha mandante, la obligación de no perturbar el derecho que les asiste a tales trabajadores de desarrollar actividades sindicales -así como otras cualesquiera-, siempre y cuando no se vulnere con ello otras garantías constitucionales, la moral, el orden público o el bien común.

Lo anterior, por cuanto, la naturaleza del contrato de prestación de servicios suscrito por las referidas Compass Catering S.A. y Minera Escondida Ltda., no puede dejar sin efecto el contenido esencial del derecho fundamental, en estudio, esto es, el de libertad sindical de los trabajadores comprendidos en dicha prestación de servicios, como dependientes del contratante que se obliga a ejecutarla y aun cuando sean terceros ajenos a dicho acto jurídico bilateral. De este modo, así como los contratantes no podrían desconocer el derecho al descanso diario de los trabajadores en cuestión, tampoco podrían desconocer su derecho a la libertad sindical.

Tal aseveración se funda en que los derechos fundamentales de contenido típicamente laboral, como lo es el analizado, tienen un efecto horizontal, pues irradian las relaciones entre los particulares. Lo anterior se ve corroborado por la norma del artículo 6º del Constitución...¹³⁶.

Agrega el citado dictamen que: "De esta forma, los derechos fundamentales han de regir plenamente en cualquier ámbito, siendo oponibles, por tanto, no sólo a los poderes públicos sino también a los sociales, desarrollando así una eficacia horizontal o pluridireccional"¹³⁷.

Habiendo analizado estos aspectos, concluiremos este punto señalando que el derecho a la libertad sindical, en tanto derecho fundamental vinculante en los términos referidos, puede obligar y por lo tanto ser exigible tanto al empleador como a terceros, en virtud de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales reconocida explícitamente en nuestra Carta Fundamental sin perjuicio de la eventual restricción sobre titulares de los mismos que pudiere desprenderse de los términos contenidos en el Código del Trabajo, situación que esperamos sea enmendada en modificaciones futuras.

¹³⁶ Dictamen N° 4271-166 de 15 de septiembre de 2004 de la Dirección del Trabajo.

¹³⁷ Ídem.

3.3. LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

Otro de los aspectos necesarios de considerar es que los derechos fundamentales no son absolutos, reconocen ciertos límites que han sido mencionados como: el ejercicio de otros derechos o garantías constitucionales, la moral, el orden público y el bien común. Así se desprende del propio tenor del artículo 19 N° 26 de la Constitución, al señalar: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

En palabras de la Dirección del Trabajo: “los derechos fundamentales no son ilimitados o absolutos, reconocen como una consecuencia necesaria de la unidad de interpretación del ordenamiento constitucional ciertos límites a su ejercicio; límites que inexcusablemente deben fundarse en la protección de otros derechos o bienes constitucionales, la moral, el orden público y el bien común, y que hacen conveniente o justificable la imposición de restricciones al derecho fundamental. Ningún derecho fundamental puede ser interpretado en sí mismo, sino que mediante una visión sistémica que tome en cuenta el significado de cada una de las garantías constitucionales como partes de un sistema unitario. De esta forma, todo derecho, en razón de su naturaleza limitada, debe ceder en su virtualidad protectora para armonizarse y

compatibilizarse con otros bienes y derechos, también de relevancia constitucional”¹³⁸.

En materia laboral, creemos que los derechos fundamentales de los trabajadores, reconocen como límite el ejercicio de los derechos de sus pares y del empleador. En el tema específico que nos convoca, podemos reconocer que el ejercicio del derecho a la libertad sindical puede verse afectado o limitado por el ejercicio de los poderes empresariales del mandante, que estimamos son consecuencia del ejercicio de su derecho de propiedad sobre la obra o faena.

Es aquí en donde debemos dar paso al siguiente tema que nos convoca que es la colisión de los derechos fundamentales que se puede dar en el ámbito de la relación laboral y en el ámbito de la subcontratación cuando se trata del derecho colectivo en análisis.

¿Qué derechos fundamentales son los que pueden entrar en colisión en el marco del contrato de trabajo?

Desde el punto de vista del trabajador, aquellos derechos que son reconocidos como tal, ya sea en su calidad de trabajador, los llamados derechos laborales específicos, y aquellos que se reconocen en su calidad de ciudadano, esto es los derechos laborales inespecíficos. A su vez, el empleador cuenta con los derechos consagrados en los artículos 19 N° 21 Y 24 de la Constitución Política de la República que se manifiestan a través del poder de organización, disciplina y mando de su empresa.

¹³⁸ Dictamen N° 2856-0162 del 30 de agosto del 2002 de la Dirección del Trabajo.

3.4. COLISION DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Como en toda relación jurídica, en el ámbito laboral puede presentarse una colisión de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador. Se ha entendido que existe un conflicto entre derechos constitucionales “cuando una conducta amparada por el espacio delimitado de un derecho colisiona con el conjunto de facultades o garantías protegidas –delimitadas- de un derecho. Se trata, pues, de una restricción de la máxima extensión del derecho fundamental”¹³⁹.

¿Cuándo existe una colisión entre derechos fundamentales en el marco de un contrato de trabajo?

“Esto ocurre cuando la medida adoptada por el empleador, que restringe el o los derechos fundamentales del trabajador, tiene por objeto asegurar una finalidad constitucionalmente relevante, específicamente, algún derecho fundamental del empresario, tal como la libertad de empresa o el derecho de propiedad”¹⁴⁰.

Esta colisión de derechos fundamentales llevada al ámbito de la subcontratación presenta una particularidad, pues el derecho del trabajador

¹³⁹ MELLIS VALENCIA, Christian. 2010. Los Derechos Fundamentales De Los Trabajadores Como Límites A Los Poderes Empresariales. Santiago. 2da ed. Legal Publishing. p. 99.

¹⁴⁰ UGARTE, José Luis. 2011. La Colisión de Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo y el Principio de Proporcionalidad. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. España. p. 284.

contratista se enfrenta al derecho fundamental de un tercero, en este caso el mandante.

Como ha sido analizado por la doctrina, frente a un conflicto de derechos fundamentales deberá optarse por un régimen de solución que sea pertinente considerando la afectación de bienes jurídicos existentes. Sin ser necesario para este estudio revisar las diferentes modalidades que la interpretación constitucionalista ha creado para efectos de solucionar pugnas o conflictos de derechos, adherimos al proceso creado a partir de los principios (proporcionalidad) desarrollados por el autor alemán Robert Alexy, recogidos por la doctrina contemporánea y replicados por la Dirección del Trabajo en esta materia, de modo que dicha solución deberá encaminarse en un proceso de “Ponderación de Derechos Fundamentales” como forma de resolver el conflicto en comento de modo de alcanzar una solución que, basándose en los criterios y sub-principios desarrollados por dicha teoría, permita –caso a caso- otorgar una preferencia a un derecho sobre otro, que va a tener como único límite la racionalidad.

Siguiendo la línea argumental de José Luis Ugarte, la ponderación guiada por el principio de proporcionalidad será el método por el cual los jueces laborales deberán decidir los previsibles y múltiples conflictos o colisiones de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador que se ventilarán en el procedimiento de tutela.

El principio de proporcionalidad implica tres juicios o sub principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Esto es, para decidir sobre la justificación de una restricción de un derecho fundamental (el del trabajador), que viene impuesta por el ejercicio de otro derecho fundamental (el del empleador), es necesario preguntarse si dicha restricción es idónea, necesaria y proporcional.

El juicio de idoneidad exige que el medio empleado deba ser apto para la consecución del fin propuesto, resultaría inadecuada en consecuencia la limitación de un derecho fundamental cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto. Es decir, la restricción al derecho fundamental del trabajador, ocasionada por la medida adoptada por el empleador, debe permitir alcanzar efectivamente un fin legítimo.

El principio de necesidad por su parte exige que la medida limitativa sea la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, finalmente, implica determinar si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho que se trata de proteger con la restricción.

Como consecuencia del juicio de valor efectuado, se desplaza a uno de los derechos en pugna a favor del derecho, considerando las necesidades objetivadas mediante el proceso de ponderación para el caso concreto.

Así las cosas, una medida restrictiva de un derecho fundamental superará el juicio de proporcionalidad si se constata el cumplimiento de los tres requisitos o condiciones referidas: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad) y, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) .

De esta forma, cualquier limitación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en virtud del ejercicio de los poderes empresariales, sólo resultará ajustada si está justificada constitucionalmente a través del juicio de proporcionalidad y si no afecta el contenido esencial del derecho de que se trata, análisis que ha de verificarse en cada caso concreto¹⁴¹.

En el caso ya mencionado en el punto 3.2 creemos que la Dirección del Trabajo efectúa un adecuado juicio de proporcionalidad frente a la colisión del derecho a la libertad sindical de los trabajadores contratistas y el derecho de propiedad de la empresa principal, estableciendo lo siguiente:

¹⁴¹ UGARTE, José Luis. 2011. La Colisión de Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo y el Principio de Proporcionalidad. op cit. p. 172-173.

“En efecto, si se considera que las empresas contratantes, se obligaron, la una a prestar los servicios mediante la ejecución de labores por sus dependientes en el establecimiento de la segunda, en tanto que esta última, a proporcionar un recinto para el descanso y recreación de dichos trabajadores luego de su jornada laboral, no se vislumbra en qué sentido, la celebración de reuniones sindicales y el ingreso del asesor de la organización sindical a dicho recinto, fuera de las horas de trabajo, podría importar una limitación a los aludidos derechos de la mandante, en circunstancias que ella misma se ha impuesto la obligación de proporcionar un espacio a dichos trabajadores, el que, tal como lo ha señalado esta Dirección, mediante dictamen N°2243/107, de 18.06.2001, por su naturaleza, debe operar temporalmente como residencia o morada de aquéllos.

De esta suerte, las partes debieron necesariamente entender implícito en el contrato de prestación de servicios suscrito, el respecto a los derechos fundamentales de los trabajadores que materialmente debían ejecutar las labores y, por las especiales condiciones en que éstas se efectuarían, debía incluir necesariamente la posibilidad de ejercer libremente la actividad sindical, fuera de las horas de trabajo.

Sostener lo contrario implicaría, en la práctica, como ya se señalara, la absoluta imposibilidad para los trabajadores que allí laboran de ejercicio

de actividades sindicales, vulnerándose, de esta forma, la citada garantía constitucional”¹⁴².

Del caso analizado, podemos extraer que los derechos del empresario principal pueden resultar limitados como resultado del ejercicio de la libertad sindical, aún cuando este sea un tercero ajeno a la relación laboral, reafirmando la condición y efecto *erga omnes* de los derechos constitucionales y su vinculación o eficacia directa y horizontal. En este tipo de casos, entonces, existiendo una efectiva pugna de derechos la fórmula para sortear esta contingencia, de forma casuística, lo representaría el ya mencionado juicio de proporcionalidad de acuerdo el cual un acto que, fuera de toda racionalidad o prudencia, limitare o restringiere el ejercicio legítimo de un derecho o libertad reconocidos podría generar responsabilidades, y, para el tema que nos ocupa, podría determina la existencia de una obligación y, consecuentemente, llegar a definir un estatuto de responsabilidad para el mandante en régimen de subcontratación por las eventuales vulneraciones a la libertad sindical de los trabajadores de la contratista.

¹⁴² Dictamen N° 4271-166. Op cit.

3.5 LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL COMO INFRACCIÓN A UNA OBLIGACIÓN LABORAL

Como ya señalamos en el primer capítulo de esta obra, la libertad sindical constituye un principio rector en materia de derecho colectivo, es un derecho humano y fundamental que requiere de una adecuada protección para su real eficacia.

La libertad sindical, como ya hemos mencionado, es considerada como perteneciente a aquellos derechos laborales tradicionales, cuyo reconocimiento y vigencia es indiscutible hoy en día, en donde la preocupación por los derechos fundamentales de los trabajadores va mucho más allá desde que se ha ido forjando y consolidando el concepto de la ciudadanía en la empresa, que como ya tratamos al inicio de este capítulo, proviene de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Como consecuencia de esto, no es extraño que la Dirección del Trabajo se manifieste al respecto, señalando que: "En el ordenamiento jurídico nacional es posible afirmar que existe, un claro reconocimiento de la idea de "ciudadanía en la empresa", al contemplarse en el sistema normativo constitucional no sólo derechos fundamentales de corte específicamente laboral, sino que también el trabajador es titular de derechos fundamentales –inespecíficos o de la personalidad–, que, sin ser netamente

laborales se aplican a la relación de trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano del trabajador...”¹⁴³.

Como podemos apreciar, hoy en día resulta indiscutible reconocer que en el ámbito empresarial los trabajadores se encuentran amparados por una serie de derechos que le son reconocidos por su calidad de persona y que no se encuentran circunscritos a la relación de trabajo.

A nivel normativo, el Código del Trabajo en el artículo 5° establece que “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos”. En opinión de la Dirección del Trabajo, en esta norma se constata la inequívoca opción del legislador por el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador; la que se expresa a través de un conjunto de límites y garantías que hacen posible la plena realización de la norma constitucional en el específico ámbito de la empresa. Agrega que la disposición en comento está revestida de un indudable valor normativo y dotada de una verdadera vis expansiva que debe impregnar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en base al principio favor libertatis, esto es, en un sentido que apunte a dar plena vigencia a los derechos fundamentales de la persona en el ámbito laboral. Como se señaló, esta norma está llamada a constituirse en la

¹⁴³ Dictamen N° 2210-035 de 5 de junio de 2009 de la Dirección del Trabajo.

idea matriz o componente estructural básico del contenido material de nuestro sistema normativo laboral¹⁴⁴.

De lo señalado hasta ahora, podemos extraer inequívocamente que los derechos fundamentales, tanto aquellos que son inherentes a la persona humana como tal, así como aquellos de corte estrictamente laboral, por ejemplo la libertad sindical, constituyen límites a las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce a todo empleador.

Dicho esto, podemos afirmar que al establecerse este límite por parte del legislador, el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores pasa a constituir un deber u obligación para todo empleador. “Las prácticas antisindicales o desleales corresponden en consecuencia a los actos contrarios a la libertad sindical, o del ejercicio sindical, y cuya protección, a través de una sanción social, es objetivada por la ley”¹⁴⁵. De esta forma, toda la normativa relativa a las prácticas antisindicales viene a ser la consecuencia necesaria y respuesta del legislador, a la infracción a este deber de respeto a un derecho fundamental como lo es la libertad sindical.

Como conclusión a este punto, sostenemos que todo empleador al momento de contratar un trabajador adquiere una serie de obligaciones laborales, tanto al comienzo de la relación, durante y al término de ella, de las cuales algunas resultan obvias por estar consagradas expresamente, como la

¹⁴⁴ Dictamen N° 2856-0162 de 30 de agosto de 2002 de la Dirección del Trabajo.

¹⁴⁵ TEMAS LABORALES. Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. Diciembre 2009. N° 26. p. 10.

escrituración del contrato, pagar la remuneración, las cotizaciones previsionales, indemnizaciones legales, etc.; y otras se encuentran intrínsecamente reconocidas, las cuales dicen relación con la serie de derechos irrenunciables que tiene todo trabajador, que se encuentran tanto a nivel legal, constitucional como internacional, los cuales de no ser respetados por el empleador, en la generalidad de los casos, conlleva un procedimiento sancionatorio como consecuencia a su vulneración. Es a este tipo de obligaciones laborales a las cuales pertenece el respeto a la libertad sindical, por lo tanto su vulneración, en cualquiera de sus manifestaciones, implica una infracción a una obligación laboral.

Dicho esto, y llevándolo al tema que nos convoca, cabe hacernos la siguiente interrogante: ¿Es la vulneración a la libertad sindical de aquellas obligaciones laborales respecto de las cuales debe responder la empresa principal de conformidad a las normas que regulan el régimen de subcontratación?

Habiendo ya revisado el alcance de la responsabilidad de la empresa principal que estableció la ley N° 20.123, la respuesta a esta interrogante resulta obvia a nuestro parecer. Y es que como ya analizamos, el artículo 183-B señala expresamente: 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”. Como revisamos, tales obligaciones laborales y previsionales de dar dicen relación con aquellas prestaciones circunscritas al pago de las remuneraciones, cotizaciones previsionales e indemnizaciones por término de contrato, lo que ha sido confirmado tanto por la doctrina¹⁴⁶ como la jurisprudencia judicial y administrativa. La Corte Suprema ha señalado: “Que, entendiendo por obligaciones laborales y previsionales de dar las que naturalmente surgen para el empleador como consecuencia de la vinculación laboral, para que proceda a su cumplimiento, no es posible comprender entre ellas otro tipo de obligaciones que no revisten ese carácter. Resulta ilustrativo que el legislador, en los artículos 183-B y D, del Código del ramo, hizo mención expresa de las eventuales indemnizaciones legales que corresponderá pagar por el término del contrato de trabajo incluyéndolas en el ámbito de la responsabilidad de la empresa principal.

De manera similar, aunque no ya en el marco de responder garantizando los derechos de los trabajadores, el artículo 183-E estableció –también de modo expreso– la responsabilidad directa del dueño de la obra en la protección eficaz de la vida y salud de los trabajadores, en concordancia con lo preceptuado por

¹⁴⁶ Como ya revisamos el alcance de las obligaciones laborales y previsionales de dar que analizan los profesores Lizama y Ugarte en su obra Subcontratación y Suministro de Trabajadores.

el artículo tercero del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.”¹⁴⁷

De acuerdo a este criterio utilizado por la Corte Suprema, para que una obligación laboral distinta de aquellas que naturalmente surgen de la vinculación laboral, se entienda incluida dentro del régimen de responsabilidad de la empresa principal, sería necesario que el legislador establezca expresamente que la responsabilidad solidaria o subsidiaria alcanza a estas, tal y como lo hace con las indemnizaciones legales por término de contrato en los artículos 183-B y 183-D, y con las obligaciones de protección de la vida y salud de los trabajadores de conformidad al artículo 183-E.

La Dirección del Trabajo ha entendido de manera similar e incluso de forma más expresa, a qué tipo de obligaciones se extiende la responsabilidad señalando 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”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Sentencia Excma. Corte Suprema de 28 de diciembre del 2012. Rol N° 2500-2012.

¹⁴⁸ Dictamen N° 141-05 de 10 de enero de 2007 de la Dirección del Trabajo.

Por lo tanto, las normas que estamos comentando, referidas a la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la empresa principal, excluyen inequívocamente -al omitirlas-, a aquellas obligaciones de hacer o no hacer, siendo estas últimas según nuestro parecer, aquellas a la cual pertenece la obligación de respetar el derecho a la libertad sindical.

Y esto no nos debe parecer extraño, toda vez que estamos ante un régimen de carácter excepcional, en el cual se hace responsable a un tercero de obligaciones ajenas, por lo cual su extensión debe ser interpretada restrictivamente, siendo necesario para extender su alcance, que el legislador lo establezca expresamente. En consecuencia, de la lectura de los artículos 183-B y 183-D, podemos concluir que la empresa principal o la contratista en su caso, no debe responder solidaria ni subsidiariamente por la vulneración a la libertad sindical realizada por el contratista o subcontratista según corresponda.

3.6 ¿DEBERÍA SER OBLIGACIÓN DE LA EMPRESA PRINCIPAL RESPONDER POR LA VULNERACIÓN A LA LIBERTAD SINDICAL COMETIDA POR LA EMPRESA CONTRATISTA?

En el capítulo anterior, analizamos una serie de fundamentos bajo los cuales se puede argumentar la responsabilidad de la empresa principal que establecen las normas relativas a la subcontratación. Llegamos a la conclusión de que nos parece más que suficiente la teoría del beneficio y el principio protector en materia laboral para hacer responsable al dueño de la obra o faena

por las obligaciones laborales y previsionales de dar que el corresponden principalmente al contratista o al subcontratista.

Mientras tanto, en el punto anterior concluimos que bajo el amparo de la actual legislación, es imposible comprender dentro del régimen de responsabilidad de la empresa principal, a la responsabilidad por vulneración al derecho a la libertad sindical, de conformidad a las normas introducidas por la ley 20.123.

Sin embargo, cabe preguntarnos si es posible argumentar en contra de esta afirmación bajo los mismos principios que analizamos, para establecer si en una futura reforma legal se pudiese llegar a extender la mencionada responsabilidad a obligaciones que van más allá de las prestaciones en dinero que analizamos.

En otro lugar¹⁴⁹, además de los principios de ajenidad (o teoría del beneficio) y protector, se incluyó los derechos de información y retención como fundamento a la responsabilidad de la empresa principal, señalando que como consecuencia de que la empresa posee estos derechos, resulta lógico que se le haga responder solidariamente por su negligencia al no ejercer estos mecanismos de control.

Si bien no compartimos esta última posición ya que nos parece imposible de extender al ámbito de la responsabilidad por vulneración a los derechos

¹⁴⁹ SANHUEZA, Rodrigo. Responsabilidad de la Empresa Principal en el Procedimiento de Tutela Laboral. EN: Congreso Nacional Estudiantil de Derecho del Trabajo. Santiago. Universidad de Chile. p. 4-8

fundamentales, consideramos interesante tomar en cuenta los derechos de información y retención como punto de partida para establecer qué facultades tiene la empresa principal para impedir o prevenir los atentados a la libertad sindical por parte de los contratistas y subcontratistas, ya que, si se le va a imputar responsabilidad por los hechos de un tercero en materia de derechos fundamentales, resulta imperante que se le otorguen, por lo menos, ciertos mecanismos de control para evitar su realización o continuidad en el tiempo.

Como revisamos anteriormente, el ejercicio del derecho de información se materializa mediante certificados que acreditan el cumplimiento de las obligaciones en materia de remuneraciones y cotizaciones previsionales. La Dirección del trabajo ha señalado que: “para acreditar el monto y estado de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores del contratista de conformidad al inciso 2° del artículo 183-C del Código del Trabajo, resulta suficiente la presentación de un certificado emitido por la Inspección del Trabajo respectiva o por las entidades institucionales legalmente competentes”.¹⁵⁰ En virtud del ejercicio de este derecho, que dice relación con remuneraciones y cotizaciones, mal haríamos en suponer que tiene influencia en materia de libertad sindical, toda vez que en ningún momento se le exige a la empresa informante (contratista o subcontratista) que informe respecto de las vulneraciones a los derechos fundamentales en general o en concreto la libertad sindical. Además, la empresa principal no tiene la facultad de exigir tal

¹⁵⁰ Dictamen N° 3267-069 de agosto del 2007 de la Dirección del Trabajo.

información, ya que va más allá de lo que señala el legislador. Y si la ley ampliara el espectro de información, incluyendo dentro del derecho de información la detección de diversas vulneraciones a derechos como la libertad sindical, creemos que aun así, el ejercicio de este derecho no sería útil para el efecto, ya que implicaría una intromisión en la forma de organización empresarial de la contratista, y no divisamos cual sería el incentivo real para la contratista el informarle a la principal acerca de sus propios actos vulneratorios.

A la misma conclusión, pero en materia de derechos fundamentales protegidos por el procedimiento tutela llega Rodrigo Sanhueza señalando: "...el derecho que tiene la empresa principal es el de informarse, no el de planificar la actividad empresarial del contratista, aún en estos casos, en donde la vulneración es evidente y posible de detectar mediante parámetros objetivos, la empresa principal solo se vería informada a posteriori"¹⁵¹

El autor citado, agrega otro problema importante que se generaría, y es que en estos casos en que se pudiera constatar por la empresa principal, una eventual vulneración a los derechos fundamentales, el empleador no contará con el derecho de retención, mecanismo que le otorga el sustento práctico al derecho de información. Lo anterior, señala Sanhueza, es por una razón sencilla: los tribunales de justicia son los únicos encargados de poder determinar que un derecho fundamental fue vulnerado, por lo que aun en los

¹⁵¹ SANHUEZA, Rodrigo. Responsabilidad de la Empresa Principal en el Procedimiento de Tutela Laboral. ob. cit. p. 11.

casos en los cuales la afectación a derechos fundamentales sea evidente, nuestro ordenamiento jurídico no le otorga al empleador la facultad de juzgar por sí mismo que una situación constituye una vulneración de derechos fundamentales. Es por ello que la retención se limita a situaciones fácticas, no jurídicas, como si es que a un trabajador se le pagaron sus sueldos y/o cotizaciones previsionales.¹⁵²

Por estas consideraciones es que concluimos que no resulta factible incluir dentro de los derechos de información y retención, situaciones relacionadas con atentados a los derechos fundamentales, incluida la libertad sindical, además de reiterar que en los términos actuales de nuestra legislación, es imposible que la empresa principal se entere de las vulneraciones a través del ejercicio del derecho de información, por lo que mal podría imputársele responsabilidad fundamentada en el ejercicio de este derecho.

Finalmente, nos queda descartar la teoría del beneficio y el principio protector como fundamentos a una eventual responsabilidad de la empresa principal por la vulneración a la libertad sindical.

En el caso de la teoría de beneficio, según la cual resulta lógico que la empresa principal responda por las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores de la contratista o subcontratista, en su caso, ya que ésta se beneficia de su actividad laboral, creemos que no puede resultar aplicable en casos de vulneración de derechos fundamentales, en especial la libertad

¹⁵² Ídem. p. 11-12.

sindical, ya que este criterio no puede tener tal alcance de sostener que como consecuencia de que la empresa se beneficia, debe responder por los hechos de otro, en un tema tan sensible como son los atentados a los derechos fundamentales. Creemos que en materia de obligaciones laborales y previsionales de dar sí puede considerársele un fundamento válido, toda vez que la empresa principal como consecuencia del beneficio que recibe de las labores del trabajador subcontratado, debe tener algún grado de responsabilidad por la contraprestación que debe recibir todo empleado por su trabajo, como lo son las remuneraciones, y las obligaciones previsionales. Y no así, en el caso de vulneración a los derechos fundamentales, donde las circunstancias fácticas pueden provenir de ámbitos totalmente fuera del alcance y de la esfera de control de la empresa principal, ya que como analizamos, el legislador no le entrega al dueño de la obra o faena los medios para controlar estas situaciones, ni tendría por qué otorgárselos, ya que toda vulneración, ya sea a la libertad sindical o a cualquier derecho fundamental protegido, es una conducta personalísima del autor de la misma y de ser efectiva, solo puede ser establecida por los tribunales de justicia.

En cuanto al principio protector, creemos que no puede dársele una amplitud tan vasta de extender sus consecuencias a un tercero ajeno a la relación laboral en materia de derechos fundamentales. Es cierto que este principio posee una relevancia sustancial en el Derecho laboral, no resulta extraño que se diga que “este principio está ligado entrañablemente con el

origen y la propia razón de ser del Derecho del Trabajo”¹⁵³. Pero a pesar de esto, consideramos que su aplicación no puede ser irrestricta, y el límite sería sobrepasado en una situación de vulneración ya sea de la libertad sindical u otros derechos fundamentales, al hacer responsable a un tercero que no ha incurrido en dicha vulneración. En el mismo sentido se ha señalado que la protección a la parte contratante más débil no puede tener como contra efecto el cometer una injusticia mayor que no darle protección, como lo sería el responsabilizar de una vulneración de derechos fundamentales a un agente que no ha tenido participación en los hechos.¹⁵⁴

Por todo lo anterior es que concluimos que bajo el amparo de la actual legislación no se entiende incorporada la responsabilidad de la empresa principal en materia de vulneración a la libertad sindical ni los demás derechos fundamentales dentro del régimen de solidaridad y subsidiariedad establecido por los artículo 183-B y 183-D, ni se deberían entender comprendidos en él ya que como demostramos, resulta imposible fundamentar la mencionada responsabilidad a la luz de los mismos principios que fundamentan el régimen vigente.

Sin embargo y como consecuencia de lo analizado en este trabajo, creemos que centrarnos solo en el ámbito de interpretación legal nos lleva a situaciones de impunidad de la empresa principal totalmente contrarias a los

¹⁵³ PALAVECINO, Claudio. Los Principios del Derecho del Trabajo. Apunte de clases, Unidad 3, año 2010.

¹⁵⁴ SANHUEZA, Rodrigo. Responsabilidad de la Empresa Principal en el Procedimiento de Tutela Laboral. ob. cit. p. 12-13.

principios y fundamentos más relevantes de nuestro Derecho del Trabajo, por lo que toda construcción doctrinaria y jurisprudencial a futuro debiese considerar esta falencia para evitar, en definitiva, la falta de protección a los derechos fundamentales por ausencia de texto legal expreso.

3.7. CASOS DE VULNERACIÓN A LA LIBERTAD SINDICAL COMETIDOS POR LA EMPRESA PRINCIPAL.

Habiendo revisado las normas vigentes a través de la interpretación legalista que se ha dado hasta el momento y que niega que la empresa principal deba responder por vulneraciones a la libertad sindical cometidas por la contratista o subcontratista, nos queda analizar una serie de situaciones que se pueden dar en el ámbito de la tercerización laboral, en donde las transgresiones a este derecho pueden provenir de distintos sujetos, entre ellos la empresa principal.

Nos referimos a una serie de situaciones en que existe una manifiesta inequidad entre lo que señala el texto legal y la verdadera incidencia que tiene la empresa principal en los procesos productivos de las empresas contratistas, pues en diversas actividades económicas podemos observar que la injerencia de la empresa mandante sobre las contratistas conlleva a que estas últimas cometan actos que atentan contra la libertad sindical.

3.6.A. LISTAS NEGRAS

Conocido es el caso de las llamadas “listas negras”, en las cuales es la propia empresa mandante la cual prohíbe la contratación de ciertos trabajadores por motivos sindicales, o bien derechamente la prohibición del ingreso a las obras o faenas de trabajadores subcontractados que ostenten la calidad de director sindical.

En este caso en particular, es la propia empresa principal la que comete actos que vulneran la libertad sindical, y no resultaría nada lógico que éstos no puedan ser sancionados, teniendo en consideración las normas relativas a las practicas desleales y antisindicales que analizamos.

Sobre la materia, a modo de ejemplo tenemos la sentencia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta en autos caratulados “Correa con Ultraport Ltda. y otro”, en donde se establece la concurrencia de una práctica antisindical con las llamadas listas negras cometida por la empresa mandante al señalar: “Decimo sexto: Que, no se controvierte el hecho de que estos trabajadores no fueron citados a trabajar nuevamente a contar al menos desde mediados de diciembre del año 2013; que ha quedado establecido en estos autos que existe un listado con nombres de trabajadores que fue confeccionado por Puerto Angamos, mandante de Ultraport, empleador de los demandantes y comunicado a través de una carta de 17 de enero de 2014, para que remplace a dichos trabajadores, por lo que Ultraport no podría citar a trabajar a dichos trabajadores nuevamente; sin perjuicio de ellos contrastado el listado de

demandantes con el listado adjunto a la carta de 17 de enero, (que se incorporó en esta causa) esto no coinciden, lo que significa que no todos los demandantes estarían incluidos en la prohibición”.

Con posterioridad, la Corte de Apelaciones de Antofagasta conociendo recurso de nulidad en la misma causa señaló: “Lo anterior, no quiere significar que este tribunal avale o acepte la actuación de las demandadas, particularmente de la mandante, al elaborar una lista con trabajadores a los cuales se prohíbe contratar como eventuales y acceder a las instalaciones portuarias, lo que por lo demás ha sido materia de otros pronunciamientos en contrario por esta misma Corte pero, como se adelantó, cuestión distinta es que no se reúnan las hipótesis establecidas en el ley para hacer lugar a la demanda, o que al menos ellas no hayan sido acreditadas en la sentencia impugnada, sin que la parte reclamara de ello”¹⁵⁵.

En este caso podemos observar como la Corte reconoce y critica los actos cometidos por la empresa mandante, pero por motivos de forma el recurso de nulidad es rechazado, sin que la empresa mandante sea sancionada por estos actos.

Conforme a las disposiciones del Código del Trabajo que fueron analizadas, la empresa mandante debe responder si ha cometido directamente actos de injerencia sindical, ya que el sujeto activo no se limita solo al

¹⁵⁵ Sentencia Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta del 16 de diciembre de 2014. Rol N° 163-2014.

empleador, pues se refieren a conductas que pueden ser incluso cometidas por cualquier persona de acuerdo al tenor del artículo 291.

Como revisamos, en este sentido se ha manifestado la doctrina nacional, señalando así los profesores William Thayer, Patricio Novoa y también Sergio Gamonal que “El Código contempla incluso la posibilidad de prácticas desleales realizadas por cualquier persona en su art. 291, por ejemplo, por directivas políticas o funcionarios de gobierno. Una práctica antisindical perfectamente puede ser efectuada, además, por la empresa principal (subcontratación) respecto de los trabajadores subcontratados o por la usuaria (suministro) respecto de los trabajadores puestos a disposición”¹⁵⁶.

Sin embargo, como señalamos, esta solución lamentablemente no ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia, que ha limitado peligrosamente al posible sujeto activo de las prácticas antisindicales, sin reconocer en la empresa mandante como tal¹⁵⁷. Creemos que esta interpretación debe ser revisada toda vez que transforma a la empresa principal en un sujeto ajeno a las prácticas antisindicales en donde se puede vislumbrar claramente que existe una incongruencia entre lo que sucede en la realidad y las hipótesis que nos plantea la norma jurídica.

La misma situación se puede dar en aquellos casos en que la empresa principal de manera concertada con la contratista incurre en prácticas

¹⁵⁶ GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. ob. cit. p.468. En igual sentido TOLEDO C., César. Tutela de la Libertad Sindical. ob. cit. p. 130.

¹⁵⁷ Sentencia de la Excm. Corte Suprema del 16.09.2008, rol N° 2399-2008.

antisindicales, pues en estos casos de acuerdo a la interpretación que se ha sostenido hasta el momento, caeríamos en el absurdo de que solo se pueda llegar a accionar y sancionar finalmente a la empresa contratista por ser empleador de los trabajadores vulnerados y no así a la empresa principal por no detentar tal calidad, siendo que también ha incurrido en los actos vulneratorios.

3.6.B. REEMPLAZO DE TRABAJADORES EN HUELGA

Otro caso a analizar, se nos presenta cuando los trabajadores de una empresa contratista, durante el proceso de negociación colectiva hacen efectivo su derecho a huelga. ¿Es posible que la empresa principal pacte la ejecución de estas obras con otro contratista, o nos encontraríamos frente a una práctica desleal?

Estimamos que, si la empresa contratista ha cumplido con los requisitos establecidos en el Código del Trabajo para proceder al reemplazo de trabajadores, no existiría problema para que la empresa principal pudiera con recursos propios suplir las funciones ejercidas por los huelguistas, pues es precisamente el cumplimiento de estos requisitos el que permite el reemplazo de trabajadores.

Sin embargo cuando el empleador, la empresa contratista, no ha cumplido con los requisitos exigidos por el artículo 381 del Código del Trabajo, no podría la empresa mandante sustituir las funciones de los trabajadores en

huelga con recursos propios. Así lo entiende la Dirección del Trabajo que ha señalado:

“Ahora bien, se deduce, asimismo, que los trabajadores dependientes de la empresa contratista habrían dispuesto, dentro de los límites legales, hacer uso del derecho de huelga y que su empleador no habría dado cumplimiento a los requisitos mínimos establecidos en el artículo 381 del Código del Trabajo, lo que le impediría reemplazar las funciones de los involucrados a contar del primer día de huelga.

En este orden de ideas y atendido lo expuesto en el cuerpo del presente informe, a juicio de esta Dirección del Trabajo, la empresa mandante no podría asumir con sus propios recursos, ya sean directos o indirectos, aquellas funciones que desarrollan éstos trabajadores puesto que tal conducta constituiría una forma de reemplazo que atentaría gravemente contra el derecho de los huelguistas.

Una conclusión distinta sería atentatoria contra el principio de libertad sindical, ampliamente reconocido en la Constitución Política, artículo 19, N°s 16 y 19, el derecho a negociar colectivamente y el derecho de sindicación, respectivamente y en el Código del Trabajo en su Libro IV, Título VI, " De la Huelga y del cierre temporal de la empresa". Efectivamente, resolver que las funciones de los trabajadores sujetos al régimen de subcontratación que han decidido ejercer el derecho de huelga, dentro de un proceso de negociación colectiva reglado, puedan

ser asumidas por la empresa principal significaría una violación del mismo que afectaría el libre ejercicio de los derechos sindicales.

No puede escapar a este intérprete que estando frente al ejercicio de una garantía constitucional, reconocida en convenios internacionales ratificados por Chile (87 y 98 OIT), dado el efecto horizontal de los preceptos constitucionales, también es aplicable en este caso a la empresa principal, la prohibición del artículo 381 del Código del Trabajo, la que por lo demás es genérica en su tenor literal¹⁵⁸.

Como podemos observar, si se permite a la empresa principal reemplazar las laborales ejercidas por los trabajadores contratistas en huelga con factores propios, se diluiría el fin propio de la huelga que es la paralización de la faenas, que en estos casos necesariamente va a alterar el proceso productivo de la empresa principal, y en consecuencia se estaría afectando gravemente la libertad sindical. Creemos que bajo esta situación, el derecho fundamental de los trabajadores subcontractados debiera primar por sobre el derecho de propiedad que tiene la empresa principal sobre la obra o faena, ya que de lo contrario estaríamos nuevamente frente a un escenario dentro del ámbito de la tercerización laboral en el que el respeto a la libertad sindical vería restringido su alcance respecto a la empresa mandante.

¹⁵⁸ Dictamen N° 3403-059 de 28 de julio de 2006 de la Dirección del Trabajo.

De las diversas situaciones analizadas, podemos concluir que la empresa principal debe responder por prácticas antisindicales, mas sólo cuando estas sean directamente cometidas por ella y/o en aquellos casos que la vulneración proviene de una acción concertada con las empresas contratistas, o bien que estas últimas actúen obedeciendo directrices dadas por la mandante ya que de lo contrario nos encontraríamos frente a un derecho fundamental que se encuentra condicionado a la existencia o no de un contrato, entre quien efectivamente impide el ejercicio de un derecho y los titulares del mismo. Es decir, si bien en el ámbito de control de cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales –de conformidad al estatuto contenido en los artículos 183-A al 183-E del Código del Trabajo-, tal como revisamos, una conducta de garante o responsable indirecto no sería exigible para la empresa principal por carecer la normativa en comento de acciones previstas en esos términos, sí podría la empresa principal verse expuesta en la medida que sea ésta un individuo vinculado con la comisión del ilícito, ya sea como infractor o como sujeto concertado para que sea cometida por el contratista en el ejercicio de sus potestades.

Por todo lo anterior, y en particular considerando el objeto de estudio de este subcapítulo donde la empresa mandante aparece como directo involucrado en la materialización de una conducta antisindical, creemos que resulta indispensable una modificación legal que extienda con claridad el sujeto activo de las prácticas antisindicales, refiriéndonos en este caso no solo al

“empleador”, sino también a la empresa mandante, que si bien no forma parte del vínculo laboral con el trabajador contratista, si interactúa y tiene incidencia en la relación laboral.

Además, estimamos necesario que se debe considerar y extender el alcance de todos los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos a las relaciones de trabajo triangulares en todo su espectro, desde la relación de los trabajadores con la empresa contratista, así como de la relación de estos con la empresa principal, más aún si los derechos fundamentales (incluyendo los que se reconocen como parte de la ciudadanía dentro de la empresa) sólo admiten restricciones en casos excepcionales, ya sea en lo regulado expresamente por la misma Constitución, o, en casos particulares, en virtud del ejercicio de otro derecho de igual jerarquía; elemento que supondría un deber de abstención respecto de cualquier tercero que estuviere en condición de afectar el derecho de otro mediante el ejercicio del propio, afectación que en cualquier caso debiere responder a máximas de razonabilidad, fundamentación y proporcionalidad. Así, y ante la impunidad que pudiere dimanar del silencio legislativo en el caso que nos ocupa y la omisión de elementos formales para dotar de efectividad a una acción judicial, podría darse la total ineficacia de la protección constitucional a trabajadores en régimen de subcontratación al no estar establecido por una norma –y en este caso de menor rango- el reconocimiento de reglas de responsabilidad en torno

al respeto a derechos y libertades constitucionalmente tuteladas, conclusión que –conforme los casos expuestos- aparece como una lamentable realidad..

De sostenerse la situación legislativa actual, nos encontramos frente a derechos fundamentales sin una tutela jurisdiccional efectiva ante posibles vulneraciones cometidas por el mandante, lo cual implicaría una limitación gravísima a estos derechos, incluida la libertad sindical, dentro del marco de externalización de las funciones, lo cual conforme a la Constitución y los Convenios 87 y 98 de la OIT resulta inaceptable.

Sumado a esto, creemos que es imperioso que la labor jurisdiccional reconozca esta precaria situación de los trabajadores subcontractados y flexibilice sus criterios que hasta ahora han sido excesivamente formalistas, dejando en la indefensión a los trabajadores y en la impunidad a la empresa principal al interpretar de forma restrictiva a los sujetos activos de las prácticas antisindicales.

CONCLUSIONES

La libertad sindical ha adquirido a través del tiempo tal importancia, que no es de extrañar que hoy en día sea reconocida como un derecho humano esencial. Su concepto ha evolucionado llevándola mucho más allá del simple derecho de asociación, incluyendo una serie de atributos que la dotan de contenido.

Así como en todo derecho, su consagración ya sea a nivel legal, constitucional e internacional, no es garantía para asegurar su ejercicio pleno, sino que se hace necesario establecer los mecanismos de protección y aplicación efectiva que se van a invocar en caso de vulneración. De aquí que nuestra legislación ha establecido una serie de normas encargadas de dar tutela efectiva a este derecho, primero a nivel constitucional, con la remisión a los tratados internacionales, la consagración de este dentro del catálogo de derechos fundamentales, y la respectiva acción de protección. Sobre este punto, nuestra carta fundamental nos resulta bastante deficiente por cuanto deja fuera uno de los aspectos de la libertad sindical como es el derecho a huelga, el cual solo se encarga de limitar y no de reconocer y amparar expresamente, aunque no debemos olvidar que jurisprudencialmente si han existido esfuerzos por una interpretación más amplia¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Recordar la sentencia mencionada de la Corte de Apelaciones de Rancagua, causa Rol 159-2011.

Luego a nivel legal, nuestro Código del Trabajo consagra la libertad sindical a través de una serie de normas, como aquellas que regulan la constitución y funcionamiento de los sindicatos, el establecimiento de las prácticas desleales y antisindicales, el procedimiento de negociación colectiva y aquellas normas que dicen relación con el mecanismo que se aplicará en caso de vulneración de este derecho, el procedimiento de tutela laboral.

La evolución y los cambios que ha experimentado nuestra sociedad, ha generado el surgimiento de nuevas formas de organización de la empresa, dando origen a las relaciones de trabajo triangulares, la subcontratación y el suministro de trabajadores, figuras que se caracterizan en que los trabajadores prestan sus servicios para un tercero distinto a su empleador.

Es dentro de estas nuevas formas organizativas, en donde se genera un nuevo escenario en el que la libertad sindical se desenvolverá, surgiendo así la interrogante que nos convoca, si es factible en virtud de nuestra legislación vigente, que la empresa principal, en el caso de la subcontratación, responda en el caso que el contratista cometa actos que atentan contra la libertad sindical.

A través de este trabajo, logramos establecer que en nuestro sistema de responsabilidad y su texto expreso, la empresa principal no debe responder bajo ningún aspecto como garante o eventual responsable indirecto por las prácticas antisindicales o desleales cometidas por la empresa contratista o subcontratista en contra de sus trabajadores, pues según analizamos, se limita

a la responsabilidad del empleador principal en las obligaciones laborales y previsionales de dar, entendiéndose por tales, las que se refieren al pago de remuneraciones, cotizaciones de salud y seguridad social.

Por su parte, y en lo referido a la responsabilidad directa de la empresa principal por actos que fueren en ese mismo sentido, esto es, atentado contra la libertad sindical de los trabajadores de las empresas contratistas, la carencia legislativa es igual, e incluso aún más inocua pensando en la interpretación legalista que ha sostenido uniformemente nuestra jurisprudencia judicial, lo que implica –según analizamos- recrear un ámbito de impunidad pese a la existencia efectiva de actos antisindicales o prácticas desleales que pudiere cometer el mandante sobre tales trabajadores en dicho régimen o sistema de trabajo. En efecto, se han estudiado casos particulares donde las empresas principales han sido principales promotores o derechamente han incurrido en este tipo de conductas, por ejemplo, impidiendo el ingreso a las faenas de los trabajadores subcontratados; ordenado a la empresa contratista despedir a trabajadores en las llamadas “listas negras” en las cuales se impide la contratación por parte de la empresa contratista de aquellos trabajadores que hubieren participado de actividades sindicales, o toda otra situación que pueda significar una vulneración concertada entre la empresa principal y las contratistas o subcontratistas y que actualmente nuestra legislación no las considera, convirtiéndose la tercerización laboral en una esfera sensible en donde las prácticas antisindicales pueden quedar sin la debida protección.

Debido a la importancia que ha adquirido el derecho a la libertad sindical y los problemas de indefensión e impunidad que puede generar, es que analizamos también bajo qué argumentos podríamos establecer que la empresa principal deba responder por las vulneraciones a la libertad sindical cometidas ya sea por la contratista o subcontratista, llegando a la conclusión de que bajo la actual normativa y el análisis de otros principios de la responsabilidad, se hace insostenible una interpretación en esa dirección.

En tal sentido, y de darse algunos de los supuestos como los tratados en los casos particulares revisados, creemos que la empresa principal debiere responder de manera directa en tanto pasaría a transformarse en sujeto activo de la práctica antisindical. De lo contrario, podríamos concluir que la subcontratación constituye el escenario propicio para que los trabajadores queden sin posibilidad de defensa ante los atentados a la libertad sindical cometidos por un tercero distinto a su empleador, más aun considerando la vinculación *erga omnes* que los derechos y libertades constitucionalmente reconocidas tienen respecto de terceros, salvo casos de expresa excepción que en este caso no son advertidas.

Concluido lo anterior, creemos que resulta indispensable considerar a la empresa principal como sujeto activo de las prácticas antisindicales limitándose estos supuestos, al menos, en los casos que tenga participación o incidencia directa en su comisión; ya sea a través de una reforma legal que la incluya

expresamente dentro del catálogo de prácticas antisindicales¹⁶⁰, o bien que se practique una nueva interpretación del artículo 291 del Código del Trabajo, en donde la empresa principal sí pueda ser incluido como sujeto transgresor de la libertad sindical, y por ende, responder directamente por ellas. Junto con ello, extender y reconocer el alcance de los derechos fundamentales de carácter colectivo a las relaciones de trabajo triangulares. Creemos que estas reformas acercarían aún más nuestra legislación a las exigencias que nos plantean los principios del Derecho del Trabajo y los Convenios de la OIT incorporados a nuestra legislación, y evitarían la existencia de lo que hemos evidenciado como un ámbito de impunidad basado, principalmente, en argumentos de texto y puramente formales respecto de la vulneración de derechos tan relevantes como el que fue objeto de nuestro estudio.

160 Huelga señalar que el proyecto de ley sobre “Agenda Laboral” actualmente en tramitación y sus indicaciones sólo ha propiciado modificaciones “cosméticas” sobre la materia, sin alterar o ampliar el régimen de responsabilidad o titularidad sobre esta materia, por lo que no obstante su tramitación –y la de sus indicaciones (última indicación presentada por el Ejecutivo con fecha 13.04.2015)- las carencias observadas a lo largo de este estudio y las críticas desarrolladas por estos memoristas permanecerán vigentes.

BIBLIOGRAFÍA

- LIBROS, REVISTAS Y ARTÍCULOS:
 1. ACADEMIA JUDICIAL, Manual de juicio del trabajo, Santiago, 2008.
 2. ALESSANDRI, ARTURO. Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Editorial Editores Ltda., 1983, 2 v.
 3. ALESSANDRI, ARTURO, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. 2001 Tratado de las Obligaciones. v.2. 2ª Edición. Santiago, Chile, Editorial Jurídica.
 4. ÁLVAREZ SUBIABRE, BERNARDITA. Análisis dogmático y jurisprudencial de los derechos fundamentales en el procedimiento de tutela laboral; profesor guía Luis Felipe Sáez Carlier. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Recurso electrónico, Santiago, 2011.
 5. Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad social N° 3, año 2004.
 6. ASTETE MELLA, CLAUDIA. Protección de los derechos fundamentales bajo el procedimiento de tutela judicial, en el marco de la tercerización, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Recurso electrónico, Santiago, 2009.
 7. ABELIUK, RENÉ. 2011. Las Obligaciones. 5ta edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
 8. BARROS, ENRIQUE. 2008. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile
 9. CAAMAÑO ROJO, EDUARDO. La tutela jurisdiccional de la libertad sindical. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XIX N°1, Valdivia, Chile, 2006.

10. CORVERA, D. GUMUCIO, J. "Las normas de los convenios 87 y 98 de la OIT y su relación con la normativa interna chilena", en Revista Laboral Chilena, 2000.
11. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ENCLA 2011. Capítulo 3. Subcontratación y Suministro de Trabajadores. [en línea]
<<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-101347.html>>.
12. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2013. ¿Qué es la responsabilidad solidaria? [en línea] <http://www.dt.gob.cl/consultas/1613/w3-article-94238.html>.
13. DUCCI, CARLOS. 2011. Derecho Civil Parte General. Cuarta Edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
14. ESPINOZA, NATALIA Y GAETE, VICTORIA. 2009. 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. Santiago. Universidad de Chile
15. FERRADA, JUAN C. Y WALTER, RODOLFO. 2011. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el nuevo procedimiento de tutela laboral. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XXIV (2).
16. GAMONAL, SERGIO. Fundamentos de Derecho Laboral. Editorial Lexis-Nexis, Chile. 2008.
17. GAMONAL, SERGIO. 2011. Derecho Colectivo Del Trabajo. Santiago. 2da ed. Legal Publishing.
18. GAMONAL CONTRERAS, SERGIO. Trabajo y derecho. Editorial Abelardo Perrot Legal Publishing 2 a.ed., Santiago, 2011.

19. MORAGA MARINOVIC, FELIPE. Tutela Tesis Universidad de Chile, recurso electrónico CD-ROOM, Santiago, 2007
20. LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1998.
21. LIZAMA PORTAL, LUIS Y UGARTE CATALDO. José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores, Editorial LegalPublishing, Santiago, 2009.
22. LOPEZ SANTA MARIA, JORGE. 2005. Los Contratos Parte General. 4ta edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
23. MARZI MUÑOZ, DANIELA. ¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral. Anuario de Derechos Humanos, Valparaíso, 2010.
24. MELLIS VALENCIA, Christian. Los Derechos Fundamentales De Los Trabajadores Como Límites A Los Poderes Empresariales. Santiago. 2da ed. Legal Publishing. 2010.
25. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La Libertad Sindical. Cuarta Edición. Año 1996.
26. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Derechos fundamentales en el trabajo y normas internacionales del trabajo, edición del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
27. PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL-CARLOS. Derecho del trabajo. Editorial Universitaria Ramón Areces 16 a ed., Madrid, 2008.
28. PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO. La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral: algunas consideraciones sobre su naturaleza y

sus efectos Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, no 1., 2010.

29. PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
30. PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO. 2007. El Elemento Locativo en la Subcontratación Laboral. Revista Laboral Chilena.
31. PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO. Los Principios del Derecho del Trabajo. Apunte de clases, Unidad 3, año 2010.
32. PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO. Subcontratación: necesidad de provocar litisconsorcio pasivo con el empleador para demandar a terceros responsables: comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema Rol No. 3198-2010, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social n°5, 2012.
33. PIZARRO WILSON, CARLOS. La Responsabilidad Contractual en el Derecho Chileno. [s.a.] [en línea]
<http://www.fundacionfueyo.cl/articulos/carlos_pizarro/Responsabilidad%20contractual.pdf>.
34. PIZARRO WILSON, CARLOS. 2011. Naturaleza de la responsabilidad civil de la empresa principal en régimen de subcontratación por los accidentes que sufren los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas. Revista Chilena de Derecho Privado. N° 16.
35. RIQUELME BARRIENTOS, PAULINA. Limitaciones teóricas y prácticas del procedimiento de tutela de derechos fundamentales de trabajadores contemplado en la ley 20.087; profesor guía Luis Felipe Sáez Carlier. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Recurso electrónico, Santiago, 2009.

36. SANHUEZA, RODRIGO. Responsabilidad de la Empresa Principal en el Procedimiento de Tutela Laboral. EN: Congreso Nacional Estudiantil de Derecho del Trabajo. Santiago. Universidad de Chile.
37. SEPÚLVEDA GUAJARDO, GERALDINE. Nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales: protección jurisdiccional ley 20.087, análisis experiencia española. Tesis Universidad de Chile, Santiago, 2007.
38. TAPIA GUERRERO, FRANCISCO. Modificaciones al Derecho Sindical en la Ley N° 19.759, en Revista Laboral Chilena, Santiago, 2002.
39. TAPIA GUERRERO, FRANCISCO. Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo, Editorial Lexis-Nexis, Santiago, 2005.
40. TAPIA GUERRERO, FRANCISCO. 2005. "Los Sindicatos". Santiago. Lexis Nexis.
41. TEMAS LABORALES. Dirección del Trabajo. Santiago, Chile. Diciembre 2009. N° 26.
42. THAYER, W. Y NOVOA, P.: Manual de Derecho del Trabajo, tomo II, derecho individual del trabajo, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
43. TOLEDO, CESAR. 2008. La subcontratación Laboral en Chile: Análisis de la ley 20.123. Revista Estudios Laborales. N°3, año 2008.
44. TOLEDO C., CÉSAR. 2013. Tutela de la Libertad Sindical. Santiago. Legal Publishing.
45. UGARTE, José Luis. La Colisión de Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo y el Principio de Proporcionalidad. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca. España. 2011.

46. UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. "Libertad Sindical y Constitución: como superar una vieja lectura". En Revista Laboral Chilena N°86. 2000.
 47. UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. El nuevo derecho del trabajo. Editorial Legal Publishing Chile 3ª. Ed., Santiago, 2011.
 48. UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009.
 49. UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro, en Revista de Derecho Vol. XX - N° 2, 2007.
 50. ROMAN DÍAZ, FERNANDO. El procedimiento de tutela en el nuevo proceso laboral. Charla dictada el martes 5 de mayo 2009.
 51. VARAS CASTILLO, MARIO. Libertad sindical y negociación colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley N° 19.759, en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, Santiago, 2003.
 52. ZELAYA, PEDRO. 2004. 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 y Gaceta de los Tribunales. N° 2, 2004.
- JURISPRUDENCIA:
53. Corte de Apelaciones de Antofagasta del 16 de diciembre de 2014, rol N° 163-2014.
 54. Corte de Apelaciones de Rancagua del 5 de 4enero de 2012 rol N° 159-2011.

55. Corte de Apelaciones de Santiago del 31 de enero de 2012 rol N° 4512-2010.
56. Corte de Apelaciones de Santiago del 20 de Julio 2010, rol N° 3958-2010.
57. Corte de Apelaciones de San Miguel del 10 de mayo de 2013, rol N° 126-2013.
58. Corte de Apelaciones de Chillán, 2 de marzo de 2011, rol N° 68-2010.
59. Corte Suprema, sentencia de casación rol N°1967-2003.
60. Corte Suprema, del 19 de Diciembre de 2006, rol N° 6123-06.
61. Corte Suprema, del 16 de septiembre de 2008, rol N° 2399-2008.
62. Corte Suprema, del 30 de abril de 14, rol N° 10.972-2013.
63. Corte Suprema, del 22 de julio de 2010, rol N° 3766-2010.
64. Corte Suprema, del 2 de Agosto 2011, rol N° 9735-2011.
65. Corte Suprema, del 27 de Marzo de 2013. rol N° 5620-2012.
66. Corte Suprema, del 31 de Agosto de 2001, rol N° 817-2001.
67. Corte Suprema, del 22 de Junio de 2009, rol N° 2161-2009.
68. Corte Suprema, del 4 de Diciembre de 2003 rol N° 927-2003.
69. Corte Suprema, del 28 de diciembre de 2012, rol N° 2500-2012.

- DICTÁMENES DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO:

70. N° 744/031, de 31 de enero de 1994.
71. N° 1008/053, de 27 de marzo de 2002.
72. N° 2000/117, de 28 de junio de 2002.
73. N° 2.220/127, de 10 de julio de 2002.

74. N° 3092/088, de 31 de julio de 2003.
75. N° 4675/196, de 5 de noviembre de 2003.
76. N° 4271/166 de 15 de septiembre de 2004.
77. N° 3403/059 de 28 de julio de 2006.
78. N° 141/005 de 10 de enero de 2007.
79. N° 3267/069 de agosto del 2007.
80. N° 2210/035 de 5 de junio de 2009.
81. Orden de Servicio N° 9 de 31 de diciembre de 2008.

- PÁGINAS DE INTERNET:

82. www.poderjudicial.cl
83. www.oit.cl
84. www.dt.gob.cl
85. www.legalpublishing.cl
86. www.tesis.uchile.cl
87. www.microjuris.cl
88. www.rae.es