

¿Es solidaria la responsabilidad en la subcontratación laboral?¹

Claudio Palavecino Cáceres.

Profesor Asistente del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1. Introducción.

Dentro de los principios que gobiernan la creación del Derecho del trabajo ocupa un lugar preponderante el *Principio de tutela del crédito laboral y previsional*, vale decir, el aseguramiento a través de diversas técnicas de la integridad y cobrabilidad de los derechos pecuniarios del trabajador. Esta preocupación prioritaria del Derecho del trabajo es comprensible por dos razones: de una parte, porque en la prestación salarial reside el objeto del contrato laboral para el trabajador y, de otra, porque de ella depende su sustento. Como sintetiza muy bien Montoya Melgar: *"la función jurídica del salario es la de retribuir o compensar el servicio u obra realizados por el trabajador por cuenta ajena. A tal función estrictamente jurídica se une otra de signo económico-social -la de sustentación del trabajador-, que el Derecho tiende a garantizar a través de diversos mecanismos: fijación de salarios mínimos, inembargabilidad, carácter de crédito privilegiado, protección frente a la mora [...] etc."*²

En el marco del trabajo en régimen de subcontratación el principio de tutela del crédito laboral y previsional se ha implementado mediante la ruptura del efecto relativo del contrato de trabajo y la irradiación de sus efectos desde el contratista empleador hacia la empresa principal.

¹Este artículo es una versión corregida, ampliada y actualizada de *"La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y sus efectos"*, artículo de mi autoría publicado en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Volumen 1, N°1, 2010, pp. 17-27.

²Montoya, A.: *Derecho del Trabajo*, 28 edición, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 369-370.

Ya el Código Civil se ocupó de la cuestión, en su art. 2003, regla 5ª, a propósito del contrato de obra. En efecto, cuando la obra consiste en la construcción de edificios, la norma citada establece una responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra en relación con "las pagas" de los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio, cuando éstos no han contratado directamente con él, sino con el empresario y hasta concurrencia de lo que el dueño deba a este último.

El art. 4° de la Ley 4.055, publicada el 26 de septiembre de 1924, estableció que *"la responsabilidad del patrono o empresario que por cuenta ajena tome a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario"*.

El art. 16 del Código del Trabajo de 1931 dispuso que: *"El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas en favor de los obreros"*.

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

El mismo cuerpo legal, recogió en su art. 256 la ya citada norma del art. 4° de la Ley 4.055 de 1924. El art. 257, por su parte, establecía que *"los subcontratistas o subempresarios que tengan tres o menos obreros ocupados en el momento del accidente, no adquieren la calidad de patrones y subsistirá la responsabilidad de empresario o propietario en su caso"*.

Con la dictación del D.L. N°2.200, el 15 de junio de 1978, quedaron derogados los Libros I y II del Código del Trabajo de 1931, sin ninguna referencia explícita a estas responsabilidades. El D.L. N°2759, de 6 de julio de 1979, derogó la Ley 16.757 y volvió a los términos del Código de 1931.

El Código del Trabajo de 1987 (Ley 18.620), reprodujo, en su art. 63, la misma disposición que el D.L. 2.759:



“El dueño de la obra, empresa o faena, será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos. En caso de construcción de edificios por precio único prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural”. El Código de 1987 estableció, además, la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena en materia de afiliación y cotización al seguro establecido por la Ley N° 16.744, sobre Enfermedades Profesionales y Accidentes del Trabajo.

La extensión de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena con relación a los subcontratistas aparece con la Ley N° 19.250, de 30 de septiembre de 1993. Dicha ley, además, vino a precisar las obligaciones por las cuales el dueño de la obra, empresa o faena era subsidiariamente responsable; simultáneamente reafirmó la responsabilidad subsidiaria del contratista respecto de los trabajadores del subcontratista y estableció la posibilidad que el trabajador, además de demandar a su empleador directo, pudiera entablar su acción contra el responsable subsidiario, aunque surgió la duda si sólo sería con el fin de interrumpir la prescripción o para accionar conjuntamente en un mismo proceso³.

La Ley N° 19.666, publicada el 10 de marzo de 2000 modificó el inciso 3° del art. 64 CT y agregó un nuevo artículo, el 64 bis CT. La Ley N° 19.666 introdujo una norma procesal que aclaró el sentido del primitivo art. 64 CT, dejando claramente establecido que el trabajador puede demandar conjuntamente al responsable directo y al o los responsables subsidiarios. Por su parte, el art. 64 bis otorgó al responsable subsidiario ciertas garantías para precaverse o -si se hizo efectiva su responsabilidad- para resarcirse del incumplimiento del contratista o subcontratista con sus trabajadores: un derecho a la información, un derecho legal de retención y la posibilidad de pago por subrogación.

A través de la Ley N° 20.123/2006 se introdujo en el Libro Primero del Código del Trabajo (CT) un nuevo título (VII) denominado: *“Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios”*. Con esta nueva regulación se quiso, en-

tre otras cosas, intensificar la posición de garante del empresario que contrata con otro, obras o servicios, respecto de las obligaciones laborales y de seguridad social de sus contratistas y subcontratistas. En efecto, el art. 183-B CT dispone que *“la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos...”* añadiendo un poco más adelante que *“en los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos”*.

La norma citada delimita, además de los sujetos, el objeto y la extensión temporal de esta responsabilidad, pero sobre los efectos de la solidaridad misma nada dice, limitándose a recoger un nombre del Derecho común. Si bien estas referencias normativas a una responsabilidad solidaria parecieran remitirnos, sin más, al concepto y estatuto de las obligaciones solidarias del Código Civil (CC), contenido en el título IX del Libro IV, arts. 1511 y siguientes, me propongo demostrar enseguida que tal remisión presenta severas dificultades ya que la solidaridad que establece el art. 183-B CT es *sui generis* y que, por ende, la determinación de sus efectos requiere ingentes esfuerzos dogmáticos.

Es interesante advertir cómo la misma cuestión ha suscitado la legislación argentina sobre la materia. Juan Manuel Domínguez plantea muy bien el problema: *“cabe preguntarse si la solidaridad a la que se alude en el artículo 30 de la LCT es la (misma) responsabilidad solidaria regulada en el Código Civil; y, en su caso, -aun en la hipótesis de poder identificarse con las obligaciones solidarias del ordenamiento sustantivo general-, si la aplicación de las diversas normas que regulan el instituto es directa (supletoria) o, por el contrario, mediante el recurso de la analogía, su aplicabilidad puede -o deber ser adaptada de acuerdo con la naturaleza inherente de la rama especial.”*⁴

2. ¿Solidaridad con beneficio de división?

Conforme a la norma contenida en el inc. 2° del art. 1511 CC, lo que hace que una obligación sea *“solidaria”* o *“insolidum”* es que, en virtud de la convención, del

³Flores, N., Lucio, Y. y Sepúlveda, C.: *Responsabilidad del empleador en el Derecho Laboral chileno*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 235.

⁴Domínguez, J.: “El artículo 30 de la LCT y las normas civiles” en García Vior, A. (coord.) *Solidaridad laboral en la contratación y subcontratación de servicios*, Errepar, Buenos Aires, 2008, p. 208.

testamento o de la ley, pueda exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda. Se ha dicho que “[h]ay solidaridad pasiva cuando uno de los deudores puede ser constreñido a pagar la totalidad de la deuda, entendiéndose extinguida la relación obligatoria, una vez pagada, también, respecto de todos los demás deudores, los cuales internamente ajustarán cuentas con el que ejecutó la prestación.”⁵ Como corolario de ello, en la solidaridad pasiva, el deudor solidario a quien se exige el total de la deuda no puede oponer al acreedor el beneficio de división (art. 1514 CC) “o sea, no puede pretender que se le cobre una parte proporcional de la deuda; está obligado al pago del total de ella”⁶.

Pues bien, el legislador laboral se encarga de sembrar la primera duda sobre la aplicabilidad del estatuto original de la obligación solidaria, al limitar el alcance de la responsabilidad del empresario principal en consideración al factor tiempo. En efecto, el citado art. 183-B CT dispone que la responsabilidad solidaria “estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal”. Por consiguiente, la empresa principal contra la cual se haga valer la responsabilidad “solidaria” no será, necesariamente, responsable por el total de la deuda contraída por el empleador-contratista con sus trabajadores. Esto sólo ocurrirá cuando haya una coincidencia entre la duración de la participación del trabajador en la ejecución de la obra o servicio para la empresa principal y la extensión temporal del incumplimiento obligacional de su empleador. Así sucederá, por ejemplo, cada vez que el trabajador sea contratado, precisamente, para la obra o servicio que debe ejecutar su empleador- el contratista- para la empresa principal y aquél incumpla obligaciones laborales y/o previsionales con el trabajador por obra o faena.

Pero, en otros casos, no habrá semejante sincronía y el responsable “solidario” lo será sólo respecto de la parte alícuota de la deuda correspondiente al lapso en que el trabajador prestó servicios dentro de su ámbito organizacional, mientras que el empleador-contratista seguirá respondiendo por el total de la deuda. En tal caso, si el trabajador pretendiera reclamar íntegramente su crédito de la empresa principal codeudora, ésta

podría oponerle el beneficio de división de la deuda, quedando determinada su cuota sobre la misma en proporción al tiempo que el trabajador prestó servicios en régimen de subcontratación dentro de su ámbito de organización y dirección.⁷

Consecuencia del límite temporal de la responsabilidad por créditos laborales y previsionales es que la peculiar “solidaridad” del art. 183-B CT opere solamente entre el empleador-contratista y la empresa principal (o, en su caso, entre el subcontratista-empleador y el contratista-mandante). En cambio, no habrá ya solidaridad sino mera mancomunidad sobre las deudas laborales y previsionales entre las empresas principales que hubieren compartido, ya sea en forma sucesiva o simultánea, a un mismo contratista.⁸ Por ende, si el contratista común incumple una obligación laboral o previsional con su trabajador, la deuda total se dividirá entre las empresas principales en proporción al tiempo que dicho trabajador laboró en cada una de ellas en régimen de subcontratación. Dado que la obligación es simplemente conjunta entre las empresas principales, cada deudor “es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda” (art. 1511, inc. 1°, CC). Así, si un trabajador demanda solidariamente a varias empresas principales dentro de las cuales prestó sucesivamente servicios en régimen de subcontratación para un mismo empleador, aquéllas podrán oponerle el beneficio de división, exigiendo que a cada una se la haga responsable nada más que de

⁷Análogo límite temporal existe en el Uruguay, conforme al art. 8° de la Ley N°18.251 (de enero de 2008), según el cual, la responsabilidad de la empresa principal queda exclusivamente limitada “...a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra por el personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas”. Al respecto, Garmendia y Gauthier concluyen que la responsabilidad solidaria pasiva de su país “por imperio del propio sistema legal, contiene en sí mismo un mecanismo de división o fraccionamiento de la deuda entre los diversos deudores, el que toma como base a tales efectos, el tiempo real en que efectivamente se desempeñaron para cada uno de ellos los dependientes de la empresa contratada” (Garmendia, M. y Gauthier, G.: *Tercerizaciones. Nuevo régimen legal*. Leyes N°18.099 y N°18.251, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 142).

⁸Lo mismo sucede en la legislación del Uruguay, donde “la solidaridad pasiva sólo se traba entre cada una de las empresas principales y la empresa contratada (subcontratista, intermediaria o suministradora de mano de obra), pero nunca se generarán lazos de responsabilidad solidaria ‘cruzados’ entre las diversas empresas principales a las que la subcontratista, intermediaria o suministradora de mano de obra hubiera brindado servicios” (Garmendia, M. y Gauthier, G.: *Op. cit.*, pp. 142-143).

⁵Alessandri, A.; Somarriva, M.; Vodanovic, A.: *Tratado de las obligaciones. Volumen I, De las obligaciones en general y sus diversas clases*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 121

⁶*Idem*, p. 137.

aquellas obligaciones devengadas mientras el trabajador permaneció en su respectivo ámbito organizativo. Asimismo ocurrirá cada vez que el trabajador demande solidariamente a dos o más empresas principales dentro de las cuales prestó simultáneamente servicios en régimen de subcontratación bajo subordinación de un mismo contratista: la deuda del empleador deberá fraccionarse en proporción al tiempo servido dentro de cada empresa principal y cada una responderá solamente de su respectiva cuota del monto total adeudado por el contratista común.

3. Necesidad de litisconsorcio pasivo con el empleador para reclamar la responsabilidad de la empresa principal

Otro rasgo distintivo de la obligación solidaria en el Derecho común es la inexigibilidad de litisconsorcio pasivo para demandar su cumplimiento. El art. 1514 CC prescribe en tal sentido que “*el acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio...*”. Como dice Peñailillo “*el acreedor elige*”.⁹ Por su parte, el inc. 4° del art. 183-B CT, dispone que “*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...*” Esta norma ofrece al trabajador la posibilidad de generar un litisconsorcio pasivo entre su empleador y la empresa (o empresas) dentro de la(s) cual(es) hubiere prestado servicios en régimen de subcontratación. Dado que los términos del citado inc. 4° del art. 183-B CT no son imperativos (“*el trabajador [...] podrá...*”), la norma resultaría, a primera vista, concordante con la contenida en el 1514 CC y, por ende, tampoco la ley laboral impondría un litisconsorcio pasivo para reclamar la responsabilidad solidaria; entonces, el trabajador podría elegir entre provocar el litisconsorcio pasivo o demandar únicamente a su empleador o bien -y ésta es la hipótesis más conflictiva- descartar al empleador y demandar directa y únicamente a la empresa principal. De aceptarse lo cual se seguiría que el trabajador del contratista tendría una acción autónoma contra la empresa principal para reclamar judicialmente el cumplimiento de sus derechos laborales y previsionales.¹⁰ Así lo entiende Prado, para

quien “*es posible interpretar el artículo 183-B, inciso cuarto, en forma armónica con el artículo 1514 del Código Civil, por que se permitiría una demanda del trabajador únicamente contra la principal, sin necesidad de ejercer la acción respectiva también contra el contratista...*”¹¹.

Quien quisiera sostener esta interpretación podría encontrar apoyo en la vieja tesis de la civilística francesa del *mandato tácito y recíproco* que existiría entre los deudores de la obligación solidaria.¹² O bien, dado que estamos ante una solidaridad de fuente legal, donde la idea del mandato entre los codeudores es menos verosímil que en la solidaridad convencional, se podría recurrir a la tesis, más actual, de la *representación mutua* de los deudores frente al acreedor impuesta de oficio por la ley.¹³

Si bien la lectura planteada es admisible, *prima facie*, diversas consideraciones -especialmente los inconvenientes que suscita al llevarla al campo procesal-¹⁴ aconsejan revisarla y separarse en este punto del estatuto original de la obligación solidaria, contenido en el CC.

No debe perderse de vista que el art. 183-B CT desplaza la responsabilidad por obligaciones laborales y de la seguridad social que afectan al empleador hacia terceros ajenos al contrato de trabajo. Este desplazamiento de la responsabilidad contractual surge directa y objetivamente de la ley, sin que la voluntad de estos terceros juegue papel alguno para determinar su atribución.¹⁵ La ley altera, de esta manera, el efecto relativo del contrato de trabajo.

¹¹Prado, P.: *La subcontratación y el suministro en el Derecho civil*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009. p. 69

¹²Vid. Somarriva, M.: *Tratado de las cauciones*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1943, pp. 50 y ss. Con todo, debe tenerse presente la polémica nacional entorno a las notas marginales de don Andrés Bello al Proyecto de 1841-1845 en relación a la teoría francesa del mandato entre los codeudores (particularmente en cuanto señala que “el proyecto se separa aquí del Código francés y sigue al Derecho Romano”).

¹³Vid. Peñailillo, D.: *Op. cit.*, p. 265; también en Alessandri, A.; Somarriva, M.; Vodanovic, A.: *Op. cit.*, p. 136.

¹⁴Alessandri, A.; Somarriva, M.; Vodanovic, A.: *Op. cit.*, p. 136.

¹⁵Se ha intentado construir una teoría de responsabilidad subjetiva para explicar la solidaridad, la cual parte del supuesto que la responsabilidad *basal* del sistema establecido por el CT es subsidiaria y que la solidaridad sería una intensificación de la responsabilidad que operaría como una sanción al empresario principal que incurre en culpa *in eligendo vel vigilando* respecto

⁹Peñailillo, D.: *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, 2003 (reimp. 2008), p. 274.

¹⁰Así lo entendimos en un primer momento: Cfr. Palavecino, C.: *Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, *passim*.

Pero lo cierto es que el empresario principal no es empleador de los trabajadores del contratista; tampoco el contratista lo es de los trabajadores del subcontratista. El propio legislador laboral parece comprenderlo así, puesto que no estableció ningún tipo de ficción en el sentido de considerar a la empresa principal co-empleadora. Antes al contrario, el art. 183-B, inc. 4°, CT distingue nítidamente entre el “*empleador directo*” del trabajador y “*todos aquellos que puedan responder de sus derechos...*”. No existe, por tanto, en el plano formal, ni menos todavía en el plano material,¹⁶ 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 legal. No habiendo sido investida la empresa principal de la condición de co-empleadora, no puede sostenerse tampoco la ficción de un mandato tácito y recíproco entre los deudores solidarios para el pago de las obligaciones insólidas, ni siquiera la de una representación recíproca entre ellos, de manera tal que, emplazado que fuere cualquiera de los codeudores, pudiera entenderse igualmente emplazados a todos los demás.

Por otra parte, es un presupuesto necesario o condición *sine qua non* para que proceda la atribución de la responsabilidad del art. 183-B CT determinar primeramente la responsabilidad contractual, vale decir, la existencia de obligaciones incumplidas entre trabajador y empleador. En tal sentido, la responsabilidad que el art. 183-B CT impone a la empresa principal no puede ser sino accesoria a la responsabilidad contractual del empleador. Por tanto, no parece razonable que se condene al deudor accesorio, si no se condena al deudor principal.

de sus contratistas. Así, Lizama y Ugarte, quienes plantean que la ley establece “*un eventual agravamiento de la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, pero no por un hecho del contratista [...] sino por un hecho suyo: debe responder solidariamente por no haber ejercido los derechos de control que la ley le otorga...*” (Lizama, L. y Ugarte, J.L.: *Subcontratación y suministro de trabajadores*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 59). En igual sentido se pronuncia Prado, “*la empresa principal responderá solidariamente en la medida que no haga valer sus derechos de información y retención, por el contrario si los ejercita responderá subsidiariamente, tal como lo venía haciendo bajo la vigencia de los artículos 64 y 64 bis*” (Prado, P.: *Op. cit.*, p. 45). Desde luego tal construcción no se corresponde con la intención del legislador que fue, precisamente, sustituir el régimen de responsabilidad subsidiaria por la solidaridad y en que la “rebaja” de responsabilidad opera como premio al ejercicio oportuno de los derechos de información y retención. No se ve cómo se podría imponer sanciones por el “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. Para justificar su tesis los autores pretenden que donde el legislador dijo “derecho” quiso decir “carga”. Lo admite Prado cuando dice que “*...aun cuando entendemos la conveniencia de la denominación ‘derecho’ utilizada por el legislador, es fácil percatarse que tiene una especial característica, que incluso nos evoca a la ‘carga’...*” (Prado, P.: *op cit.* p. 46).

¹⁶Como observa autorizada doctrina argentina, “*la empresa que contrata los servicios de otra, por regla general desconoce las características del trabajador afectado a las tareas encomendadas, así como también la modalidad salarial, el horario, la operatoria impuesta para el logro de los fines empresarios, y demás condiciones de contratación, resultando totalmente ajeno a los devenires propios del vínculo, tales como ascensos, traslados, recategorizaciones, etc.*” (Rainolter, M. y García Vior, A.: *Solidaridad laboral en la tercerización*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 256).

Como señaló una sentencia en la Argentina, país donde doctrina y jurisprudencia han discutido intensamente el punto, “*la demanda contra el deudor [principal] y la obtención de un pronunciamiento expreso acerca de la existencia de una obligación concreta en cabeza de aquél, son imprescindibles, por necesidad lógica, para hacer efectiva la responsabilidad de quienes, de no mediar las disposiciones legales en cuya virtud se los demanda, serían perfectos terceros. Los pretendientes deben demostrar, por una parte, la existencia y exigibilidad de sus créditos respecto del demandado principal y, por otra, alegar y probar los presupuestos de operatividad de las normas invocadas para traer a juicio a esos terceros.*”¹⁷

En Chile, incluso respecto de la solidaridad civil, se da por descontado que “*los derechos del acreedor sólo pueden hacerse efectivos sobre los bienes de los deudores condenados judicialmente; pero no sobre los*

¹⁷Citada por Rainolter, M. y García Vior, A.: *Solidaridad laboral en la tercerización*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 250. Pero también se ha fallado en el sentido opuesto que “*como en el derecho laboral no existe un concepto de solidaridad específico, cabe acudir al criterio del derecho común [...] pudiendo el acreedor dirigir su acción contra uno solo de los deudores, sin necesidad de extender su acción a otros*” (Citada Ferdman, Beatriz: “Evolución de la doctrina de la Corte en torno al artículo 30 de la LCT” en García Vior, A. (coord.) *Solidaridad laboral en la contratación y subcontratación de servicios*, Errepar, Buenos Aires, 2008, p. 85).

de aquellos que no han sido requeridos para el pago, ya que éstos no han sido oídos y pueden tener excepciones que los primeros no tenían o no esgrimieron" (Alessandri, Somarriva, Vodanovic).¹⁸

Como observan los argentinos Rainolter y García-Vior, tampoco haría aconsejable la acción directa contra el empresario principal la garantía del debido proceso, puesto que el empresario principal carecería de *"elementos de juicio para evaluar la demanda que se le formula, quedando supeditada su actuación a lo que en definitiva pudiera plantearse mediante una citación de terceros o una declaración testimonial, lo que crea un álea gravosamente atentatoria del derecho de defensa de quien, cabe puntualizarlo, resulta ser un perfecto extraño en el vínculo obligacional que se le opone"*.¹⁹

Se ha contradicho esta objeción, bajo el argumento que, de no demandar al empleador, el perjuicio es para el propio trabajador que *"tendrá una doble carga probatoria, ya que previo a resolver si hay solidaridad, se deberá acreditar la existencia del crédito laboral a su favor"*.²⁰ Reconociendo como cierto esto último, no me parece, sin embargo, que la mayor exigencia probatoria para el trabajador compense satisfactoriamente el déficit garantístico para la empresa principal, considerando, sobre todo, que no existe el mismo grado de proximidad al material probatorio del trabajador respecto de sus créditos, entre quien es o ha sido su empleador (y por ende ha tenido acceso directo a los futuros medios de prueba durante el curso de la relación laboral) y el tercero, en principio ajeno al contrato, a quien la ley convierte en codeudor, pues este último, en ausencia del empleador, deberá ejercer sus derechos de contradicción e impugnación sobre la prueba aportada por el trabajador ajeno, casi siempre sobre la base de conjeturas o sospechas.

Bajo la luz de los razonamientos expuestos, una lectura mayormente razonada de la norma contenida en el inc. 4° del art. 183-B CT, nos obliga a concluir que, en efecto, *"[e]l trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá..."*, si así lo quiere, hacer efectiva la responsabilidad de la empresa principal (solidaria y/o subsidiaria), en cuyo caso será

obligatorio que dirija su demanda conjuntamente contra el contratista o subcontratista (*"empleador directo"*) y contra *"todos aquellos que puedan responder de sus derechos"*.²¹ En cambio, nada impide que el trabajador demande solamente contra su empleador directo, en cuyo caso la ley no le exige provocar un litisconsorcio pasivo. La redacción facultativa del precepto se refiere, pues, únicamente, a esta última posibilidad.²²

La Corte Suprema chilena, en una importante sentencia del año 2010, resolvió que *"la sola presencia del dueño de la obra como ente demandado en el presente juicio laboral no lo erige en legítimo contradictor para sustanciar y resolver de esta forma las materias debatidas, y, en tales condiciones, no resulta ser, como emplazado de modo singular, legitimado pasivo de la acción intentada en esta sede. La facultad de traer a juicio al demandado requería del concurso, también como demandado, del empleador directo, lo que según se ha visto se desprende en forma nítida del inciso cuarto del artículo 183-B del Código del Trabajo"*.²³

4. La acción de cosa juzgada del trabajador

En la hipótesis últimamente formulada, en que el trabajador no provoca un litisconsorcio pasivo entre su empleador y los responsables vicarios, surge la pre-

²¹Aunque finalmente lo descarte, Prado admite, *prima facie*, *"que es posible interpretar esta disposición entendiendo que el trabajador tiene dos opciones: o demanda sólo a su empleador directo (la contratista); o bien, para hacer efectiva la responsabilidad solidaria de la empresa principal necesariamente debe demandarla en forma conjunta con la contratista"* (Prado, P.: *Op. cit.*, p. 68).

²²Alección sobre esta materia debiera resultarnos el caso uruguayo. Rosembaum y Castello dan cuenta de las "consecuencias negativas y disfuncionales" que podía provocar la aplicación lisa y llana del régimen de solidaridad previsto en la Ley N° 18.099 de enero de 2007, que no exigía litisconsorcio pasivo con el empleador para demandar la responsabilidad solidaria o subsidiaria contra la empresa principal. Un año después (enero de 2008), la Ley N° 18.251 corrigió esta omisión, al disponer, en su art. 10, que en los procesos en los que se invoquen las responsabilidades subsidiaria o solidaria, deberán ser emplazadas conjuntamente todas las personas contra las cuales se pretenda exigir el cumplimiento de las obligaciones. Para los autores citados *"[e]llo se traduce en que si el trabajador desea reclamar no solamente contra su empleador directo, sino también contra aquel que entiende mantiene un vínculo de intermediación, subcontratación o suministro de mano de obra, deberá incluirlo en su demanda y emplazarlo conjuntamente con su patrono"* (Rosembaum, J. y Castello, A.: *Subcontratación e intermediación laboral. Estudio de las leyes 18.099 y 18.251*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 165).

²³CS, Rol N° 3.198-10.

¹⁸*Op. cit.*, p. 138.

¹⁹Rainolter, M. y García Vior, A.: *Op. cit.*, p. 256.

²⁰Hierrezuelo, R. y Núñez, P.: *Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 78.

gunta si podría, una vez ejecutoriada la sentencia que condena al empleador, iniciar la ejecución en contra de éste y de “*todos aquellos que puedan responder de sus derechos*”. Planteando lo mismo de otro modo: ¿Podría el trabajador ejercitar la acción de cosa juzgada contra la empresa principal no emplazada en el juicio declarativo ganado al empleador? Somarriva enseñaba que “[a]plicando la doctrina del mandato tácito y recíproco que liga a los deudores, es evidente que la sentencia dictada contra uno de ellos tiene que producir efecto de cosa juzgada con respecto a los otros, ya que existiría identidad legal de persona en ambos juicios. Refuerza esta misma conclusión el hecho de que el artículo 2.354 señale la cosa juzgada como una excepción real, que en consecuencia pueden oponer todos y cada uno de los deudores solidarios. Y si ellos pueden hacer uso de la cosa juzgada para defenderse cuando les es favorable, es lógico que también pueda invocarse en su contra cuando los condene.”²⁴ Aunque de inmediato el autor prevenga que “[n]aturalmente, la cosa juzgada debe entenderse [...] sin perjuicio de las excepciones personales que pueden oponer los otros deudores y del derecho para invocar la colusión que pueda haber existido entre el acreedor y el deudor vencido.”²⁵

A esta argumentación le son oponibles, y todavía con mayor intensidad, las consideraciones ya esgrimidas para fundamentar la necesidad de litisconsorcio pasivo de los responsables solidarios con el empleador en el juicio declarativo. Coincidimos con Peñailillo en que “para que proceda siquiera discutir la extensión de la cosa juzgada a otros deudores solidarios, debe estar fehacientemente establecida la existencia de tales otros”²⁶. Añade este autor que “en la aplicación de la acción de cosa juzgada [...] queda patente que, para que sea posible, es necesario que el otro deudor (a quien se pretende ejecutar con el primer fallo) aparezca individualizado en la sentencia declarativa y, más aún, será necesario que en la sentencia este otro deudor a quien se quiere ahora ejecutar aparezca también como condenado, aparezca declarado deudor, lo cual es muy difícil si no ha sido litigante”²⁷.

Menos aún podría el trabajador, en la ejecución que sigue contra uno de los deudores, embargar bienes de los otros. Somarriva recuerda que “[n]uestra juris-

prudencia ha tenido ocasión de aplicar este principio en más de una oportunidad con relación al caso en que un bien que pertenece en común a todos los co-deudores solidarios, sea embargado en su totalidad en la ejecución seguida contra uno solo de ellos”²⁸.

5. Conclusión

La responsabilidad de la empresa principal por el incumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de dar del contratista respecto de sus trabajadores solo es nominalmente solidaria. En efecto, la limitación temporal de la responsabilidad de la empresa principal, le permitirá a ésta, en numerosas hipótesis, oponer contra el trabajador acreedor el beneficio de división de la deuda. Lo dicho, sumado a la necesidad del trabajador de provocar un litisconsorcio pasivo con el contratista empleador, para poder demandar la responsabilidad de la empresa principal, echan por tierra la idea de que la solidaridad a que se alude en el artículo 183-B CT sea la misma solidaridad del Derecho Civil. Siendo *sui generis* la solidaridad laboral, los numerosos problemas de interpretación e integración a que da lugar su aplicación no pueden ser resueltos mediante la simple aplicación de las normas relativas a la solidaridad pasiva, tal cual aparecen en el Código Civil, sino adaptadas a las peculiaridades de su configuración en el Código del Trabajo.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M.; VODANOVICH, A.: *TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. VOLUMEN I, DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y SUS DIVERSAS CLASES*, 2ª EDICIÓN, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2004.

BARCIA, R.: *LECCIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO. DE LA TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES. TOMO III*, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2008.

DOMÍNGUEZ, J.: “EL ARTÍCULO 30 DE LA LCT Y LAS NORMAS CIVILES” EN GARCÍA VÍOR, A. (COORD.) *SOLIDARIDAD LABORAL EN LA CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS*, ERREPAR, BUENOS AIRES, 2008.

FERDMAN, B.: “EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CORTE EN TORNO AL ARTÍCULO 30 DE LA LCT” EN GARCÍA VÍOR, A. (COORD.) *SOLIDARIDAD LABORAL EN LA CONTRATACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS*, ERREPAR, BUENOS AIRES, 2008.

²⁴Somarriva, M.: *Op. cit.*, p. 56.

²⁵*Idem*.

²⁶Peñailillo, D.: *Op. cit.*, p. 277.

²⁷*Idem*, p. 279.

²⁸Somarriva, M.: *Op. cit.*, pp. 54-55.

GARMENDIA, M. Y GAUTHIER, G.: *TERCERIZACIONES. NUEVO RÉGIMEN LEGAL. LEYES N°18.099 Y N°18.251*, FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA, MONTEVIDEO, 2008.

HIERREZUELO, R. Y NÚÑEZ, P.: *RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL CONTRATO DE TRABAJO*, 2ª EDICIÓN, HAMMURABI, BUENOS AIRES, 2008.

LANATA, G.: *CONTRATO INDIVIDUAL DEL TRABAJO*, 3ª EDICIÓN, LEGAL PUBLISHING, SANTIAGO, 2009.

LIZAMA, L. Y UGARTE, J.L.: *SUBCONTRATACIÓN Y SUMINISTRO DE TRABAJADORES*, LEXIS NEXIS, SANTIAGO, 2007.

MILLON, P.: *LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA EN LA LEGISLACIÓN LABORAL*, CONOSUR, SANTIAGO DE CHILE, 2001.

MONTOYA, A.: *DERECHO DEL TRABAJO*, 28 EDICIÓN, TECNOS, MADRID, 2007.

PALAVECINO, C.: *SUBCONTRATACIÓN. RÉGIMEN JURÍDICO*

DEL TRABAJO SUBCONTRATADO Y DEL SUMINISTRO DE PERSONAL, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2006.

PEÑAILILLO, D.: *OBLIGACIONES. TEORÍA GENERAL Y CLASIFICACIONES. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO*, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE, 2003 (REIMP. 2008).

PRADO, P.: *LA SUBCONTRATACIÓN Y EL SUMINISTRO EN EL DERECHO CIVIL*, LEGAL PUBLISHING, SANTIAGO DE CHILE, 2009.

RAINOLTER, M. Y GARCÍA VÍOR, A.: *SOLIDARIDAD LABORAL EN LA TERCERIZACIÓN*, ASTREA, BUENOS AIRES, 2008.

ROSEBAUM, J. Y CASTELLO, A.: *SUBCONTRATACIÓN E INTERMEDIACIÓN LABORAL. ESTUDIO DE LAS LEYES 18.099 Y 18.251*, FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA, MONTEVIDEO, 2008.

SOMARRIVA, M.: *TRATADO DE LAS CAUCIONES*, EDITORIAL NASCIMENTO, SANTIAGO DE CHILE, 1943.