

El sistema de obligaciones y responsabilidades empresariales ante el fenómeno de la tercerización

Claudio Palavecino.

Abogado, profesor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

1. Introducción

En el transcurso de su vida la empresa puede experimentar cambios y tales cambios pueden ser fisiológicos o normales y patológicos o anormales.

Así, se puede alterar la estructura jurídica de la empresa, por transformaciones en el vehículo corporativo o societario en que se encuadra, como consecuencia de procesos de división, absorción, fusión o transferencia de la titularidad de la empresa. La empresa puede también incardinarse en estructuras más o menos complejas de colaboración o integración con otras empresas, dando lugar al fenómeno de los grupos societarios, red de empresas, etc. También puede alterarse los sistemas internos de organización del proceso productivo mediante la delegación o traspaso de faenas o áreas de negocio o de la gestión de la fuerza de trabajo a empresas auxiliares, fenómeno este último que se conoce como descentralización productiva o tercerización, del cual nos ocuparemos en este trabajo.

Cuando hablo de fisiología de la descentralización productiva queremos decir que ha dejado de ser una solución coyuntural y de emergencia ante la crisis económica de los años setenta del pasado siglo, pasando de ser una anomalía a constituirse en un fenómeno estructural, establemente incardinado en la economía contemporánea.¹ Parece difícil controvertir que los

distintos mecanismos de descentralización productiva son útiles y acaso imprescindibles para la eficiencia y competitividad de las empresas tanto en los mercados internacionales como en el mercado local.

Tampoco se puede desconocer que la decisión descentralizadora se funda, normalmente, en legítimas razones de especialización y de racionalidad organizativa y comercial de las empresas. Los procesos productivos se vuelven cada vez más intrincados y complejos, lo que obliga a las empresas a definir con mucha exactitud el corazón del negocio, y delegar al exterior la realización de las funciones periféricas, aunque controlando indirectamente su ejecución. Tampoco se puede desconocer como motivo relevante, a la hora de tomar la decisión descentralizadora, la sobre regulación del mercado de trabajo, la cual implica altos costos a las empresas e impone importantes exigencias de tiempo y de atención al empresario.

Con todo, es necesario insistir en que “la descentralización viene provocada por la búsqueda de flexibilidad, no sólo del factor trabajo, sino también y sobre todo, en la de la íntegra capacidad productiva, incluido el capital y otras cargas fijas”.²

La patología de la tercerización se pone de manifiesto cuando se la utiliza fraudulentamente por el empleador material para interponer entre él y sus trabajadores a un tercero (empleador ficticio), que oculte su persona y sobre todo su patrimonio del derecho de prenda general de sus acreedores laborales y previsionales.

Desde sus inicios la legislación laboral chilena se ocupó del fenómeno de la descentralización o tercerización contemplando normas sobre subcontratación con el fin de ofrecer tutela al crédito laboral y previsional bajo la técnica de extender la responsabilidad por su incumplimiento desde el empleador directo a la empresa principal o mandante. Esta legislación fue perfeccionada el año 2006 mediante la ley N°20.123 que deslindó conceptual y jurídicamente la subcontratación en sentido estricto del

¹Blat, Francisco.: “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, en VVAA: Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 25.

²Idem.



suministro o cesión temporal de trabajadores. De este modo, el aspecto fisiológico de la descentralización vino a quedar regulado por el Título VII del Libro I del Código del Trabajo, cuyo párrafo 1º se ocupa del Trabajo en régimen de subcontratación y cuyo párrafo 2º se ocupa de las empresas de servicios transitorios (EST), del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios.

El aspecto patológico de la descentralización está regulado por el artículo 507 del Código del Trabajo que sanciona dos figuras: la contratación simulada de trabajadores a través de un tercero y el subterfugio, definiéndose este último como "cualquier alteración realizada a través de establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente".³

2. Extensión de las responsabilidades

Como se avanzó, la técnica que utiliza la legislación laboral para dar protección al crédito laboral y previsional es la ruptura del efecto relativo del contrato de trabajo propagando sus efectos hacia terceros que no concurren con su voluntad a la generación de dicho contrato. Estos terceros son la empresa principal, en el caso del trabajo en régimen de subcontratación y la empresa usuaria, en el caso del suministro o cesión temporal de trabajadores. A continuación examinaré cómo opera este sistema de obligaciones y responsabilidades en el trabajo en régimen de subcontratación.

2.1. El alcance subjetivo

La situación de aplicación de la norma contenida en el art. 183-B CT tiene como primer elemento configurativo la relación que se suscita entre la empresa principal y una empresa contratista que se ha obligado contractualmen-

te a conjugar sus factores productivos para ejecutar la obra o desarrollar los servicios contratados. Pero además la situación de aplicación comprende un segundo supuesto, a saber, cuando la empresa contratista encomienda todo o parte de aquella obra o servicio a una tercera empresa, que la norma denomina subcontratista. Por consiguiente, la imputación de responsabilidades se despliega sobre el esquema teórico básico:

Empresa principal! " empresa contratista! " empresa subcontratista

En el mundo real, sin embargo, es altamente probable que las relaciones que se suscitan entre un empresario principal y las empresas contratistas y subcontratistas sean más numerosas e intrincadas que en la hipótesis legal, abarcando a múltiples sujetos que van formando eslabones de una extensa cadena (así sucede, por ejemplo, en la minería y la construcción). Por de pronto, a la secuencia elemental que tiene en vista el legislador es posible que se añadan más eslabones con subcontratistas de primer, segundo y sucesivos grados.

Aunque lo que en verdad importa no es tanto describir esta compleja fenomenología como el abordar el tema del encadenamiento de responsabilidades entre los distintos empresarios que se vinculan mediante el entramado de contratos y subcontratos: aquí radica, jurídicamente hablando, en nudo gordiano del problema.⁴

Para dilucidar esta cuestión es preciso, primeramente, resolver si el régimen de responsabilidades solidarias y subsidiarias que establece la ley abarca también a los subcontratistas de diverso grado o sí, por el contrario, dichas 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 dónde llega el encadenamiento de responsabilidades y qué tipo de responsabilidad debe imputarse en cada caso a los distintos empresarios que integran la cadena.

³Para un análisis detallado de esta desviación patológica de la tercerización puede consultarse mi artículo "La simulación y el subterfugio laborales" en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 4, N°7, 2013, pp.13-23.

⁴López i Mora, F.: "El alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria en materia de subcontratación", en VVAA: Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo blanch, Valencia, 2000. p. 175.

Por lo que toca a la pregunta de si las responsabilidades abarcan todos los eslabones que forman la cadena de subcontrataciones, sin importar cuan larga sea, o se concentran exclusivamente en el empresario principal y en el contratista (no afectando, por ende, a los empresarios subcontratistas), los datos normativos con que contamos no son especialmente claros.

El art. 183-B, inc. 1°, CT señala que “la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones [...] que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos...”. En su inc. 2°, el precepto agrega 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”. En el inc. 3° se establece que “la empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente”. La referencia al “inciso siguiente” es un error, porque dicha norma se refiere a la posibilidad que tiene el trabajador de demandar a todos los responsables conjuntamente. La referencia debería ser al inciso anterior que, como acabamos de ver, establece la responsabilidad del contratista por las obligaciones de sus subcontratistas. Así, pues, la intención del legislador parece ser que, cuando no sea posible hacer efectiva la responsabilidad solidaria del contratista, surge para el empresario principal una responsabilidad subsidiaria respecto de las obligaciones laborales de los subcontratistas. Con todo, y salvo que demos valor de negación a la simple omisión, estos preceptos no nos aclaran si hay también una responsabilidad solidaria para el subcontratista que subcontrata.

La respuesta a esta cuestión va a depender en gran medida de la extensión que demos a la noción de “empresa principal”. En efecto, si bien a partir del art. 183-A CT podemos definir empresa principal como la “persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena”, no se puede descartar otra posible interpretación, a saber, que empresa principal lo sería toda aquella que encargue a otra una parcela claramente delimitada del ciclo descentralizador. En tal sentido, el contratista sería responsable de las obligaciones laborales de sus subcontratistas por situarse en la posición de empresa principal respecto de éstos. A su vez, en una cadena descentralizada de cuatro, cinco o más tramos, 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.

Bajo el modelo normativo previo a la reforma, los autores que se plantearon la cuestión, fueron de la idea que la relación de tres grados del art. 64 CT, también podía replicarse entre el subcontratista de primer grado y los subcontratistas de grado posterior y en cualesquiera otros tramos de la cadena.⁵ El presupuesto subyacente en 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.

Por consiguiente, si bien el art. 183-B CT no se pone en el caso de incumplimiento laboral de un subcontratista de segundo grado, o de grado posterior, ni establece explícitamente responsabilidades de ninguna clase para el subcontratista que le antecede en la secuencia descentralizadora, se podría proyectar también sobre los subcontratistas el mismo esquema de responsabilidades que afectan al empresario principal y al contratista, ya que concurre respecto de aquellos casos la misma lógica de atribución subyacente en estos últimos casos. Estaríamos en tal caso aplicando el aforismo “donde existe la misma razón existe la misma disposición”.

La segunda cuestión que debemos resolver es hasta dónde llega el radio de acción de estas responsabilidades.

Los mismos autores que, bajo la vigencia del art. 64 CT, eran partidarios de extender la responsabilidad subsidiaria a los subcontratistas opinaban que dicha responsabilidad sólo podía transmitirse entre dos eslabones contiguos y luego se agotaba. De acuerdo a esta tesis el empresario principal queda liberado de responsabilidad subsidiaria “cuando las obligaciones afecten en origen a subcontratistas de grado segundo o posterior, esto es, a subcontratistas de subcontratistas”.⁶

⁵Gumucio, J.: “Responsabilidad subsidiaria. Notas sobre el art. 64 del Código del Trabajo”, en Revista Laboral Chilena, N°8, agosto de 1999, p. 60; Mejía, A.: La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena y sus aspectos sustantivos, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2002, pp. 30-31.

⁶Idem.



Lo cierto es que ni entonces estuvo, ni ahora está, nada claro dicho límite en los respectivos textos legales. La redacción del derogado art. 64 CT era lo suficientemente ambigua al referirse a los “subcontratistas” en plural, como para entender que la intención del legislador ha sido llegar hasta el final de la cadena de subcontrataciones. La nueva ley asimismo se refiere casi siempre a los subcontratistas en plural, por lo que podría llegarse a idéntica conclusión que bajo el precepto anterior.

No obstante, aceptar una propagación indiscriminada de responsabilidades sin atender al número de eslabones que puedan llegar a conformar la secuencia descentralizadora, me parece un exceso. En primer término, porque si bien el empresario principal puede realizar de manera eficaz cierta focalización sobre el círculo de sus contratistas, tal focalización resulta ya más compleja y difícil de articular respecto de los subcontratistas de primer grado y todavía mucho más, o acaso imposible, respecto de los subcontratistas grado posterior. Y es que tras pasado el primer círculo de los 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. Como observa la doctrina comparada “si al margen de lo consentido por las partes, se producen otros fenómenos jurídicos que escapan al control de una de ellas, no es fácil deducir el nacimiento de responsabilidades de tipo que sean en un terreno en que campea la más absoluta involuntariedad de aquél a quien se atribuye dicha responsabilidad”.⁷ En segundo lugar, no se debe olvidar que estamos ante un régimen de responsabilidades que configura una severa excepción al efecto relativo de los contratos y que, en cuanto tal excepción, debe interpretarse restrictiva, antes que extensivamente. Finalmente, debe tenerse en cuenta que este régimen de responsabilidades limita derechos constitucionales del empresario con unas justificaciones muy débiles, lo cual obliga, asimismo, a una lectura restrictiva.

En síntesis las responsabilidades empresariales del trabajo en régimen de subcontratación operan del siguiente modo entre los sujetos intervinientes:

1.- Supongamos que una empresa principal (EP) encarga la ejecución de una obra a un contratista (C). Frente

al incumplimiento de obligaciones laborales o previsionales por parte de C, el trabajador afectado (T) puede demandar el cumplimiento únicamente a C (que es su empleador y, en cuanto tal, primer obligado) o también a EP (en virtud de lo dispuesto en el art. 183-B)

2.- Cuando T quiere hacer efectiva la responsabilidad de EP debe, necesariamente, demandarla conjuntamente con C (litisconsorcio pasivo necesario, conforme al art. 183-B inciso 4º).

3.- Si EP ejerció oportunamente los derechos legales de información o retención (del art. 183-C) respecto de C y así lo alega y prueba en el juicio declarativo, de resultar condenada, lo será “en subsidio” de C (como una suerte de “premio” a su diligencia, de acuerdo al art. 183-D). Esto implica que, a la hora de la ejecución, T deberá dirigirse primero contra el patrimonio de C y, sólo si este no fuere suficiente para satisfacer íntegramente su crédito, podrá entonces ejecutarlo en el patrimonio de EP.

4.- Si, en cambio, EP no ejerció oportunamente los derechos de información y retención respecto de C, de resultar condenada, lo será “solidariamente” con C (art. 183-B). Esto implica que, a la hora de la ejecución, T podrá dirigirse alternativamente contra el patrimonio de C o contra el patrimonio de EP, según prefiera.

5.- Supongamos ahora que C subcontrató a otra empresa (S) para ejecutar la obra que le encomendó EP. Supongamos también que S incumple obligaciones laborales o previsionales respecto de su propio trabajador (T-s). Este puede demandar el cumplimiento a S (que es su empleador y, en cuanto tal, primer obligado) o también a C y a EP (en virtud de lo dispuesto en el art. 183-B)

6.- Cuando T-s quiere hacer efectiva la responsabilidad de C y de EP debe necesariamente demandarlas conjuntamente con S (nuevamente litisconsorcio pasivo necesario).

7.- Si T-s gana el juicio declarativo, EP resultará SIEMPRE condenada de manera subsidiaria a C. Esto implica que, a la hora de la ejecución, T-s deberá dirigirse primero contra el patrimonio de S o C y, sólo si el patrimonio de C resulta insuficiente para satisfacer íntegramente lo que se le adeuda, podrá ejecutar su crédito en el patrimonio de EP.

⁷García Piqueras, M.: Régimen de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 25

8.- En el mismo caso, si T-s gana el juicio declarativo, C puede resultar condenada solidaria o subsidiariamente respecto de S, dependiendo de si C ejerció o no, oportunamente, los derechos legales de información o retención respecto de S.

9.- Si C ejerció oportunamente los derechos legales de información o retención respecto de S y así lo alega y prueba en el juicio declarativo, de resultar condenada, lo será "en subsidio" de S. Esto implica que, a la hora de la ejecución, T-s deberá dirigirse primero contra el patrimonio de S y, sólo si éste no fuere suficiente para satisfacer íntegramente su crédito, podrá entonces ejecutarlo en el patrimonio de C y si todavía este segundo patrimonio resulta insuficiente para satisfacer la deuda, entonces, podrá dirigirse en último término contra el patrimonio de EP.

10.- Si, en cambio, C no ejerció oportunamente los derechos de información y retención respecto de S, de resultar condenada, lo será "solidariamente" con S. Esto implica que, a la hora de la ejecución, T-s podrá dirigirse alternativamente contra el patrimonio de S o contra el patrimonio de C, según prefiera. Pero si quiere llegar al patrimonio de EP, deberá necesariamente ejecutar primero a C.

2.2. El alcance objetivo.

El derogado art. 64 CT, decía que el objeto de la responsabilidad subsidiaria del empresario principal eran las obligaciones laborales y previsionales que afectaban a los contratistas y subcontratistas a favor de sus trabajadores, sin ofrecer mayores precisiones. Los autores y la jurisprudencia coligieron de la indistinción normativa que la extensión de la responsabilidad era amplísima, "toda vez que no excluye ninguna de las obligaciones que nacen en virtud de una relación laboral".⁸ La Corte Suprema se pronunció en el mismo sentido: "...si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, deben entenderse en sentido amplio e incluir en ellas los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente, es decir, legal, contractual e incluso, según

⁸Mejía: La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena y sus aspectos sustantivos, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2002. p. 96; en el mismo sentido, vid. Millon: La responsabilidad subsidiaria en la legislación laboral, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 200, p. 98.

el caso, nacidas de la aplicación práctica que se haya consentido por las partes".⁹

No obstante, había un dato normativo que daba pie a una interpretación más restrictiva del ámbito objetivo de la responsabilidad, circunscribiéndola a una especie de obligaciones. En efecto, el art. 64 CT, antes de su derogación, formaba parte del capítulo VI, del Título I, del Libro I del CT, capítulo denominado "de la protección de las remuneraciones". De modo que, de acuerdo a la propia sistemática del CT, la responsabilidad subsidiaria aparecía como un mecanismo de protección de esta clase de obligaciones y no de otras. Así lo entendió el voto de minoría del fallo citado, según el cual "no resulta posible extender la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, de los años de servicio y de la compensación de feriados".

La cuestión vino a ser resuelta normativamente a favor de la inclusión de las indemnizaciones legales por término de contrato. De una parte porque la nueva ley creó un título especial para estas responsabilidades, sacándolas del capítulo de la protección de las remuneraciones. Pero, sobre todo, porque el art. 183-B CT señaló expresamente que "la empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral".

De acuerdo con la historia fidedigna del precepto, establecida en el mensaje del último veto presidencial que afectó al proyecto -veto que fue íntegramente aprobado por ambas cámaras-, se ha querido excluir del ámbito objetivo de la responsabilidad del empresario principal las obligaciones de hacer y las de dar derivadas del cumplimiento por equivalencia de las obligaciones de hacer, como asimismo aquellas obligaciones de origen contractual que gravan el patrimonio del empleador. Al respecto, el citado mensaje señala: "Otra inquietud que se formuló durante la discusión del proyecto, fue precisar la responsabilidad del mandante, en atención a que las normas aprobadas por el H. Congreso podían suponer una extensión en el ámbito de las obligaciones de responsabilidad de la empresa principal a las obligaciones de hacer o a las obligaciones de dar derivadas

⁹Corte Suprema, Rol N°1559-03, en Gaceta Jurídica N° 282, diciembre, 2003, p. 258.



del cumplimiento por equivalencia de las obligaciones de hacer. Lo anterior obedece a la amplitud de lo que constituyen las obligaciones laborales y previsionales, sea que emanen de la ley o el contrato". Agrega el mensaje que "con el objeto de zanjar cualquier duda en la aplicación jurisprudencial, entonces, se precisa, en el art. 183-B, que la empresa principal que no hace efectivo su derecho de información y de retención respecto a las obligaciones laborales y previsionales que afectan a los contratistas y subcontratistas, será solidariamente responsable únicamente respecto de las obligaciones laborales y previsionales "de dar" a favor de los trabajadores de éstos, incluidas solamente las indemnizaciones legales. Se excluyen, en consecuencia, las de naturaleza contractual".¹⁰

El art. 209 CT, norma que sigue vigente, señala que el dueño de la obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus contratistas en materia de afiliación y cotización al seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley N°16.744. Por consiguiente, la responsabilidad del empresario principal es subsidiaria y objetiva en relación con las obligaciones de afiliación y cotización al seguro.

2.3. El alcance temporal.

Las cuestiones a analizar son las siguientes: 1ª) En primer lugar, la extensión temporal de las responsabilidades de la empresa principal por las obligaciones contraídas por el contratista en materia laboral y de seguridad social; y 2ª) En segundo lugar, el plazo de que disponen los trabajadores al servicio del contratista y los organismos de la seguridad social para el ejercicio de tales responsabilidades.

Como vimos en el acápite anterior, el objeto de las responsabilidades empresariales que gravan la subcontratación laboral comprende las obligaciones laborales y previsionales contraídas por contratistas y subcontratistas a favor de sus trabajadores. ¿Pero contraídas cuándo? ¿Antes, durante y/o después de la celebración del contrato de obra o de servicio entre la empresa principal y el contratista? El alcance temporal de las responsabilidades empresariales era una

de las tantas cuestiones que la escueta regulación del derogado art. 64 CT dejaba en la indefinición. No obstante, la jurisprudencia administrativa y judicial, venían acotando la responsabilidad del empresario principal a la vigencia del contrato de obra o de servicio concertado entre aquél y el contratista, estimando que el dueño de la obra, empresa o faena sólo respondía por las obligaciones laborales y de seguridad social devengadas durante dicho lapso.

Así, la Dirección del Trabajo dictaminó que "dicha responsabilidad, en cuanto al tiempo o periodo por el cual debe responder el dueño de una obra, empresa o faena debe, necesariamente, entenderse limitada aquél durante el cual el o los trabajadores prestaron efectivos servicios para quienes se ejecuta la obra y en el que se originan aquellas obligaciones laborales y previsionales cuyo principal obligado es el contratista".¹¹

En igual sentido, la Corte Suprema resolvió que "no se corresponde con el sentido de justicia hacer responsable al dueño de la obra, empresa o faena de las obligaciones [...] que hayan surgido con anterioridad a su vinculación con el contratista o de éste con el subcontratista o con posterioridad a la obra, empresa o faena de que se ha tratado y en cuyo proceso productivo el responsable subsidiario ha obtenido provecho de la fuerza laboral que exige o demanda la concretización de los derechos que la ley, el contrato o la práctica le han reconocido. Cabe aplicar aquí un aforismo que resume lo que se ha venido expresando: 'donde está el beneficio, está la carga'".¹²

El art. 183-B CT, recogiendo estos desarrollos jurisprudenciales, precisa que la responsabilidad solidaria "estará limitada al tiempo o periodo durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal". En los mismos términos, el art. 183-D CT, limita la responsabilidad subsidiaria resultante del ejercicio de los derechos de información y retención por la empresa principal y, en su caso, por el contratista.

¹¹ORD. N.º 5.393/236, de 2 de octubre de 1996. En el mismo sentido, ORD. N.º 3.450/170, de 12 de septiembre de 2001; ORD. N.º 2.049/50 de 28 de mayo de 2003; y ORD. N.º 0544/32, de 2 de febrero de 2004.

¹²Rol N.º 1.559-03, en Gaceta Jurídica, N.º 282/2003, diciembre, p. 259.

¹⁰Oficio N.º 89-345 de 5 de junio de 2010.

Con todo, cabe preguntarse si las consecuencias de la nulidad de despido por deuda provisional son asimismo imputables al empresario principal y, en caso su caso, al contratista. Cabría concluir que sí, siempre y cuando los supuestos fácticos de dicha nulidad (laguna provisional y despido) se produzcan durante la vigencia del contrato o subcontrato de obra o de servicio. En tal caso, mientras la deuda provisional no quede saldada, se incorporan al objeto de la responsabilidad del empresario principal o del contratista las remuneraciones y demás prestaciones legales, aunque el trabajador haya dejado ya de prestar servicios dentro del ámbito controlado por la empresa principal.

Por otro lado, hay una segunda cuestión que no está resuelta en la legislación y que dice relación con el plazo para exigir tales responsabilidades. Sólo hay previsión normativa para el caso de contratación simulada u otros subterfugios en perjuicio de los trabajadores. En tales circunstancias, “las acciones [...] podrán ejercerse mientras perdure la situación descrita en el inciso cuarto del artículo 3° de este Código” (art. 507 inc. final, CT). Para los demás casos, cabría aplicar la solución jurisprudencia desarrollada por la Dirección del Trabajo bajo la vigencia de los arts. 64 y 64 bis CT: “En cuanto a la consulta si la responsabilidad subsidiaria subsiste después de la terminación del contrato de trabajo, cabe expresar que tal circunstancia no podrá afectar su vigencia posterior, si el legislador no ha dispuesto regulación o limitación especial alguna al respecto, por lo que deberá aplicarse los principios y la legislación general sobre el particular, relativo a la vigencia de las obligaciones y previsionales mientras no se extingan las primeras por el finiquito legal debidamente cumplido, o por el transcurso de los plazos legales de caducidad, o por acogerse la alegación de las prescripciones del artículo 480 del Código del Trabajo, o de las cotizaciones previsionales, respecto de las instituciones de previsión, del artículo 49 de la ley N°15.386”.¹³

3. Obligaciones y responsabilidad en materia de riesgos laborales

Dado que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas prestan normalmente sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa principal, parece razonable la atribución legal a ésta de algunas obligaciones en materia de

prevención de riesgos laborales y de la consiguiente responsabilidad por las consecuencias dañosas para el caso que incumpla aquéllas, todo ello sin perjuicio de las obligaciones y responsabilidad del contratista empleador. Sobre este tema impera una penosa confusión entre los operadores jurídicos.

Lo primero que debe aclararse es que las obligaciones de la empresa principal en materia preventiva son distintas de las comprendidas en los artículos 183-B inc. 1° y 209 CT, puesto que se trata de obligaciones de hacer y no de dar como las contenidas en estas dos disposiciones. Como hemos visto, las obligaciones de hacer quedaron expresamente excluidas del régimen de responsabilidad solidaria/subsidiaria de la empresa principal. La responsabilidad de la empresa principal respecto de las obligaciones laborales y previsionales de dar del contratista surge ante el incumplimiento de éste y deriva de la posición de codeudora que ocupa la empresa principal en virtud de la ley. Las obligaciones y eventuales responsabilidad por incumplimiento relativas a la prevención de riesgos laborales se someten a un régimen legal y reglamentario distinto.

En efecto, la fuente de las obligaciones de la empresa principal en materia de prevención de riesgos se halla en normas contenidas en otros artículos del Código del Trabajo, principiando por el 183-E CT y continuando por las demás disposiciones legales y reglamentarias a las que este precepto remite. Se trata de obligaciones que la ley le impone directamente a la empresa principal y su responsabilidad deriva de incumplimiento propio.

Es preciso comprender que el art. 183-E CT distingue dos situaciones:

1ª) “[L]as obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores”. Estas obligaciones se rigen por el art. 184 CT, conforme al cual:

“El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

“Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna

¹³ORD. N° 0544/32, de 2 de febrero de 2004.



y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica”.

2ª) Las “medidas necesarias” exigibles a la empresa principal para “proteger eficazmente la vida y la salud” de los trabajadores en régimen de subcontratación. Tales “medidas necesarias” son estrictamente las previstas en art. 66 bis de la Ley N°16.744¹⁴ y su reglamento (Decreto Supremo N° 76 de 2006 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social) y las del art. 3° del DS N°594 de 1999. La situación de aplicación de la norma contenida en citado art. 66 bis determina que las obligaciones allí previstas sólo son exigibles a aquella empresa principal que contrata o subcontrata con otros la realización de una obra, faena o servicio propios de su giro y no respecto de la que contrata o subcontrata de servicios periféricos o de mero apoyo al giro (aseo, vigilancia, alimentación, etc.). Las obligaciones son las siguientes:

1) La principal es obligación de “vigilar el cumplimiento por parte de [...] contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad”.

2) Cuando la obra, faena o servicio involucra más de 50 trabajadores, englobando propios y ajenos, la obligación de vigilancia se especifica en la de implementar un “sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo”. A esta materia se refiere el Decreto Supremo N° 76 de 2006 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que es el Reglamento del art. 66 bis de la Ley N°16.744.

3) La empresa principal debe “velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas”.

4) La empresa principal debe “mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores” con arreglo a las disposiciones del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.

La responsabilidad de la empresa principal es extracontractual puesto que para que haya trabajo en régimen de subcontratación el trabajador debe estar subordinado exclusivamente al contratista y no a la empresa principal. Dicho de otro modo, si hay subcontratación no hay relación laboral entre el trabajador y la empresa principal.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal del trabajo es competente para conocer de la demanda para hacer efectiva la responsabilidad de la empresa principal por incumplimiento de sus obligaciones de prevención, en litisconsorcio pasivo necesario con el contratista empleador. En efecto, el art. 183-B, inc. cuarto, CT establece 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, en conformidad a las normas de este Párrafo. La norma del art. 183-E pertenece también al Párrafo 1° del Título VII, del Libro I del Código del Trabajo, de manera que la responsabilidad a que dé lugar su infracción puede ser conocida por el tribunal del trabajo en los términos del citado art. 183-B.

¹⁴Art. 66 bis. “Los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, deberán vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, debiendo para ello implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores.

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

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