



Tesina de Derecho Laboral

Régimen de Responsabilidad Introducido por la Ley 20.123 en Materia de Subcontratación

¿Garantiza el efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de la Empresa Principal respecto de sus trabajadores?

Autor: Camila Sanhueza Pérez

Profesor Guía: Camilo Mori

INDICE

INTRODUCCIÓN	4
---------------------	---

Capítulo 1

1.0 El fenómeno de la Externalización	6
1.1. Análisis de la regulación legal de la Subcontratación antes de la dictación de la Ley 20.123	8
1.1.2 Antecedentes de la Legislación Laboral Chilena	8

Capítulo 2

2.0. Concepto de Subcontratación	12
2.1. Regulación Legal	15
2.2.0 Responsabilidad subsidiaria de la empresa principal	17
2.2.1 Extensión de la Responsabilidad	18
2.2.2 Acción judicial del trabajador en un régimen de subsidiariedad	19

Capítulo 3

3.0 La nueva ley sobre subcontratación laboral: de la responsabilidad subsidiaria a la solidaria	22
3.1.0 La responsabilidad de la Empresa Principal en la Ley 20.123	24
3.1.1 La solidaridad como regla general	24
3.1.2 Límites de la responsabilidad solidaria	27
3.2.0 Derechos de control de la Empresa principal	30
3.2.1 Derecho de Información	33
3.2.2 Derecho de Retención_	35
3.2.3 Derecho de pago por subrogación	36

Capítulo 4

Análisis de Jurisprudencia Judicial	38
CONCLUSIÓN	42
BIBLIOGRAFÍA	44

Resumen

El 16 de octubre de 2006 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.123, que establece el régimen jurídico que regula las relaciones laborales triangulares, en las que intervienen otros actores además del trabajador y del empleador todo ello, para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores, transparentar la actividad y mejorar las relaciones laborales.

Esta normativa regula el Régimen de Trabajo en Subcontratación, estableciendo una serie de disposiciones que regulan las relaciones existentes entre empresas principales, empresas contratistas y empresas subcontratistas, con un claro enfoque hacia el control por parte de las empresas principales sobre las contratistas y subcontratistas en lo relativo al control del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales.

El presente trabajo tiene por objeto analizar si se cumple con el objetivo de esta Ley, cual es regularizar la situación en que se encontraban los trabajadores en este sistema con anterioridad a la dictación de esta Ley, y si efectivamente el nuevo Régimen de Responsabilidad introducido, garantiza el efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de la Empresa Principal, respecto de los trabajadores de sus contratistas o subcontratistas, en su caso.

Palabras claves

Ley 20.123. Empresa Principal. Contratista. Subcontratista. Obligaciones Laborales y Previsionales. Responsabilidad Subsidiaria. Responsabilidad Solidaria. Derechos de Control.

Introducción

Los fenómenos de la Subcontratación y el Suministro de trabajadores transitorios implicaron un cambio en las formas tradicionales de las relaciones laborales, requiriendo por tanto, de modificaciones en la regulación para su mejor protección, dado que hasta ese entonces, estas relaciones jurídicas laborales "triangulares", no habían sido objeto de regulación alguna, lo que llevaba a los trabajadores de estos sistemas, a encontrarse en una situación de desprotección y muchas veces de abuso, por parte de los diferentes intervinientes.

Es así, como el año 2006, se dictó la Ley 20.123 que regula el trabajo en Régimen de Subcontratación y el Suministro de trabajadores

Uno de los puntos claves de esta nueva legislación, es el cambio en el régimen de responsabilidad. Antiguamente, por regla general, se aplicaba el criterio de la subsidiariedad. Sin embargo, con la dictación de esta Ley, se estatuye un régimen de

responsabilidad solidaria y sólo excepcionalmente, se aplicará la subsidiariedad en el evento que las empresas oportunamente, hagan uso de los mecanismos que la Ley les reconoce para limitar su responsabilidad.

En consecuencia, la responsabilidad de la empresa principal pasa a ser por regla general solidaria. Esto quiere decir que el trabajador respecto del cual se encuentren pendientes el pago de las obligaciones laborales y previsionales, tiene el derecho a demandar directamente a la Empresa principal si así lo estima conveniente, evitando así las trabas que significa tener que demandar subsidiariamente.

Con esto, se pretende incentivar el autocontrol en el cumplimiento de la legislación laboral por parte de la empresa principal, toda vez que verá agravada su responsabilidad por el hecho de no ejercer los derechos que otorga la Ley, que analizaremos en su oportunidad.

Este estudio, pretende analizar la normativa existente antes de la dictación de la Ley 20.123 y qué es lo que sucede en la actualidad con este nuevo régimen de responsabilidad, y comprobar si efectivamente se cumple a cabalidad el objetivo de esta normativa, cual es garantizar el debido resguardo de los derechos de los trabajadores que operan bajo el sistema de subcontratación.

Capítulo 1

1.0 El fenómeno de la Externalización

El modelo productivo clásico, conforme al cual se desarrollaba la relación laboral hasta mediados del Siglo XX, era entre un Empleador y un trabajador.

Este modelo denominado Fordista, caracterizado por concentrar todas las funciones del proceso productivo en la misma empresa, se fue abandonando por diversas razones.

Uno de los factores que ha llevado a las empresas a externalizar sus funciones y tender a una mayor flexibilidad, dice relación con el inestable panorama económico que se observaba en las últimas décadas. Así, la “externalización” de actividades es una estrategia de adaptación de las empresas frente a las nuevas exigencias del mercado que implica que se transfieran al exterior de una empresa, actividades que anteriormente eran asumidas internamente o que según el común modelo de organización empresarial, eran directamente gestionadas.

Es así, como se comienza a experimentar un cambio hacia una producción más flexible que involucra una creciente desintegración y especialización a nivel de empresa, concentrándose en ella, sólo sus actividades principales o nucleares y entregándose a terceros externos, las actividades abandonadas o periféricas.

Esta decisión de externalizar implica proveerse "desde fuera" y en consecuencia, depender de otras unidades económicas de producción respecto de diversos tipos de prestaciones, necesarias para concretar la totalidad de sus distintos procesos.

En el ámbito laboral, la situación de la descentralización productiva ha sido mayoritariamente entendida como una forma de organización del proceso productivo en virtud del cual una empresa decide externalizar o encargar la ejecución de sus actividades periféricas o complementarias a una empresa externa que asume dicha función, con la que establece acuerdos de cooperación de distinta índole (*Ugarte, 2007, p.3*)

“La externalización, como forma de implementación de la descentralización productiva, tiene dos facetas fundamentales: por una parte, produce un adelgazamiento de la estructura productiva de la empresa, importando como destacan algunos “una nueva concepción de la estructura organizativa en la que se renuncia al crecimiento interno... y por otra, genera una modificación en la estructura laboral de la empresa, dando normalmente lugar, separada o conjuntamente, a distintos fenómenos de orden

laboral: la fragmentación empresarial (escisión o división empresarial), la triangulación laboral y el trabajo autónomo” (Ugarte, 2007, p. 3).

El proceso de externalización empresarial genera un fenómeno que se ha denominado Trilateralidad o triangularidad laboral, que se traduce en aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica, tres partes: una Empresa que externaliza una actividad productiva, otra Empresa que asumen la ejecución de dicha actividad externalizada (las que se vinculan para la prestación de servicios comerciales entre ambas), y los trabajadores de esta última, que en los hechos prestan servicios para ambas empresas.

Así, la trilateralidad laboral puede adoptar, en lo fundamental, dos modalidades: la Subcontratación laboral y el Suministro de trabajadores por la vía de una Empresa de servicios transitorios.

En Chile, hace aproximadamente unos 25 años comenzó a desarrollarse este fenómeno. Sin embargo, desde la década del '90 es posible constatar un aumento considerable del número de empresas que subcontratan obras o servicios personales, así como también, el número de personas que trabajan en este régimen.

En la actualidad la subcontratación ha alcanzado cifras superiores al 50% de la fuerza laboral. Éstas, indican que el año 2004 el 50.5 % de las empresas señala haber recurrido a la subcontratación laboral, cifra que en 1999 llegaba a 42.9 % .

De este modo en Chile, una de cada dos empresas tiene algún tipo de relación laboral triangular (*Encuesta laboral de la Dirección del Trabajo, años 1999,2002 y 2004*)

En virtud de lo anterior, es que podemos concluir que efectivamente la externalización se ha transformado en un fenómeno generalizado en las empresas, pero que consecuentemente, trae aparejado una serie de problemas en el ámbito de las relaciones laborales, los que van a aumentado proporcionalmente en la medida que esas cifras siguen creciendo, tales como empleos precarios e inestables; condiciones inseguras de trabajo; seguridad e higiene; incumplimiento de los pagos laborales y previsionales; y falta de claridad sobre la responsabilidad frente a los trabajadores.

Todo esto, hace imprescindible que las empresas principales y usuarias, cumplan un rol cada vez más activo de control y vigilancia en la protección de los derechos laborales, y de la seguridad y salud de sus trabajadores.

En razón de ello, es que se dictó la Ley 20.123 que regula el trabajo en Régimen de Subcontratación y de Suministro de Trabajadores, ya que resultaba indispensable contar con una regulación legal que evitara la falta de claridad en las relaciones

laborales, para lo cual era imprescindible aumentar el grado de responsabilidad de la Empresa Principal frente a los trabajadores de sus contratistas o subcontratistas, garantizándoles así, una mayor eficacia en el cumplimiento de sus obligaciones, no sólo en el pago de los derechos laborales y previsionales, sino que también en materia de higiene y seguridad.

1.1. Análisis de la regulación legal de la Subcontratación antes de la dictación de la Ley 20.123

1.1.2 Antecedentes de la Legislación Laboral Chilena

La subcontratación de servicios y obras como actividad reconocida por el Legislador tiene antigua data en Chile. Es por ello, que desde el año 1924 encontramos una serie de normas en donde podemos constatar la preocupación del legislador por regular esta materia.

La evolución histórica que ha tenido nuestra legislación ha demostrado cómo se ha ido plasmando la idea de establecer con la mayor precisión posible, los diferentes grados de responsabilidad de los intervinientes.

En el año 1924, se dicta en Chile la Ley 4.055 sobre Accidentes del trabajo. Esta Ley en su artículo 4° establece la Responsabilidad Subsidiaria del propietario que encargaba la ejecución de un trabajo a un empresario que asumía su realización por su cuenta y riesgo. En consecuencia, esta norma no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario, en el trabajo por cuenta ajena.

Por su parte, el Código del Trabajo del año 1931 contempla una serie de normas que regulan esta materia. Así, es preciso señalar el artículo 16 inciso primero y segundo y los artículos 256 y 257.

El **artículo 16** establece que *“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de sus obreros.*

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

natural” La única diferencia con la legislación actual, es que se utiliza la palabra “obrero” en contraposición a la palabra “trabajador”. En consecuencia, esta obra sólo se aplicaba a los obreros.

El **artículo 256** prescribe “*La responsabilidad del patrón 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*”. En esta norma se hace hincapié en la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, al señalar que “*no excluye*” la responsabilidad subsidiaria del propietario, por lo que deberá responder en el evento que el “patrón o empresario” no cumpla con sus trabajadores.

A su vez, el **artículo 257** señalaba que “*Los contratistas o sub-empresarios que tengan tres o menos obreros ocupados en el momento del accidente, no adquieren la calidad de patronos y subsistirá la responsabilidad del empresario o propietario en su caso*”. El empresario siempre respondía subsidiariamente.

Desde entonces no hubo nuevas formulaciones jurídicas hasta fines de la década de los sesentas, en 1968. Mediante la Ley 16.757 se alteró radicalmente la amplitud que, para la acción de la subcontratación, disponía el Código del Trabajo de 1931, prescribiendo en su artículo 1º que “*Los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria, o de reparación o de mantención habituales de sus equipos y que no sean tratados en los incisos segundo y tercero de este artículo, no podrán ser ejecutados a través de contratistas o concesionarios*”. En consecuencia, se prohibió ejecutar a través de contratistas o concesionarios, los trabajos ahí indicados con exclusión de aquellos que constituyeran labores especializadas o que se tratara de actividades de la construcción.

La misma ley estableció que sus disposiciones no se aplicarían cuando se tratara de actividades especializadas que se encomiendan a una empresa o industria establecida que pague patente como tal, cuyo giro principal fuera precisamente ejecutar tales labores o manufacturar elementos, partes, piezas o repuestos por orden de terceros y tampoco se aplicaba a la actividad de la construcción.

Esta ley tenía como principal objetivo corregir problemas en las relaciones laborales poniéndole límites al desarrollo de la subcontratación.

La Subcontratación en Chile, surgió con la minería. Así la Ley 16.624 del año 1967, contemplaba una serie de normas referidas al sector minero.¹

En síntesis, lo que existía hasta 1978 en la normativa Chilena respecto de la subcontratación era la mención a la responsabilidad subsidiaria del dueño de obra o empresa mandante respecto de las obligaciones laborales de los obreros de contratistas; la prohibición de subcontratar actividades propias del giro de las empresas y de la mantención regular de los equipos y la garantía de iguales condiciones de trabajo para los trabajadores subcontratados que las que tenían los trabajadores directos de la Corporación del Cobre.

Como otras tantas materias, esta limitación de la Ley 16.757, fue derogada por el artículo 5° del D.L. N°2.759 de 1979, uno de los tantos decretos leyes dictados a partir de ese año. La subcontratación fue un fenómeno estimulado por la derogación de dicha Ley 16.757 porque se consideró que dificultaba la actividad económica. Las normas del D.L. N°2.759 referidas a la subcontratación, se incorporaron luego al Código del Trabajo de 1987 que establece la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, en los mismos términos que el código original.

Posteriormente, en el año 1993, la Ley 19.250 hace extensiva esta responsabilidad a las obligaciones que afecten a los subcontratistas que no habían sido considerados hasta ese momento, agregando las obligaciones laborales y previsionales.

A continuación, se incorporó otra norma que señalaba que el trabajador podía demandar a todos los obligados en forma conjunta, en este caso, a los subcontratistas, contratistas y empleadores principales. Con esto, surge una responsabilidad en cascada, que se traduce en el hecho de que si el subcontratista no responde, responderá el contratista, y si éste tampoco lo hace responderá el dueño de la obra o faena, uno en subsidio del otro.

En el año 2000, se dicta la Ley 19.666 que viene a limitar la ejecución de trabajos por empresas contratistas en las faenas que indica. Esta Ley modifica el inciso tercero del artículo 64 del Código del trabajo, prescribiendo que *“El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar*

¹ Artículo 69 Ley 16.624 “Cuando la Corporación del Cobre declare que las labores de producción u operación deben ser realizadas por empresas contratistas, esta corporación deberá asegurar a los trabajadores ocupados, condiciones de trabajo, remuneraciones y beneficios sociales iguales a aquellos de los trabajadores de la empresa”

subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos”

Luego agrega el artículo 64 BIS que concede al responsable subsidiario un derecho de información, derecho de información y pago por subrogación, con el objetivo de evitar la responsabilidad por incumplimientos de sus contratistas o subcontratistas

Posteriormente el proyecto de Ley 19.759, contemplaba la regulación del trabajo en régimen de subcontratación y el suministro de trabajadores, pero durante su tramitación se vio la necesidad de desagregar esta materia del proyecto para con posterioridad, ser objeto de mayor análisis.

Finalmente, el 16 de Octubre del año 2006, se publica la Ley 20.123 que viene a regular *el Trabajo en Régimen de Subcontratación, el Funcionamiento de las Empresas de Servicios Transitorios y el Contrato de Trabajo de Servicios Transitorios*, con el objeto de garantizar una mayor protección a los trabajadores que se encontraban en estas modalidades de trabajo, delimitando una serie de aspectos que hasta antes de la dictación de esta Ley, no se encontraban determinados.

Capítulo 2

2.0 Concepto de Subcontratación

La legislación anterior no definía lo que debía entenderse por subcontratación o contratista. Sin embargo, la Jurisprudencia Judicial ha señalado que contratista “*Es toda persona natural o jurídica que, mediante un contrato ejecuta para un tercero dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajos o prestación de servicios a cambio de un precio convenido, contratando para ello trabajadores*”²

Por su parte, la Dirección del Trabajo señala que el contratista “*Es la persona natural o jurídica que, mediante un contrato, ejecuta para un tercero, dueño de una obra, empresa o faena, labores de ejecución material de trabajos o prestaciones de servicios, mediante un precio convenido, contratando para ello trabajadores*”³

El Diccionario de la Lengua Española define a la subcontratación como el “*Contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera*”, señalando a su vez a la subcontratista como la empresa que es subcontratada por otra para determinados servicios

A su vez, el mismo diccionario define al contratista, como “*la persona que por contrata ejecuta una obra material o está encargada de un servicio para el Gobierno, para una corporación o para un particular*” y por contrata entiende el “*contrato que se hace con el Gobierno, con una corporación o con un particular, para ejecutar una obra material o prestar un servicio por precio o precios determinados*” (*Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001.*)

La Subcontratación constituye una forma de externalización laboral y opera sobre la base de un sistema triangular. Así, en el subcontrato, la empresa mandante utiliza los servicios de otra empresa (subcontratista) que se obliga a desarrollar una obra o prestar un servicio con trabajadores propios. En este caso, la subordinación laboral se da entre los trabajadores y el contratista, no con la empresa principal.

Sin embargo, la precaria regulación del subcontrato generaba una serie de falencias, todas en perjuicios de los trabajadores. Así por ejemplo, no se estipulaba claramente la responsabilidad y deberes de las empresas mandantes respecto de los

² Referencia hecha en el Libro Subcontratación y servicios transitorios del Profesor Marcelo Albornoz en la página 5, a un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, Apelación ROL 570-98.

³ Dictamen N°5.786/138 de 21 de Diciembre del 2005

trabajadores subcontractados o suministrados ni tampoco, se delimitaba qué era lo que debía entenderse por Subcontratación, ya que los citados artículos sólo reconocían la existencia de las empresas subcontratistas, pero no las definían.

Toda esta incertidumbre y vaguedad en la regulación legal, hizo necesaria la dictación de una Ley que regulara detalladamente los aspectos anteriormente señalados, con el objeto de precisar los alcances y efectos de esta figura, protegiendo así a los trabajadores en régimen de subcontratación.

“Sin embargo, es preciso señalar que “...en Chile, como en algunos otros países, se utiliza el término "subcontratación" del trabajo para referirse a tipos de relaciones laborales de diversa naturaleza. Esta imprecisión conceptual genera confusiones, mientras para algunos se trata de una institución positiva que es un atributo que permite desarrollo de la actividad económica, la flexibilización de las condiciones laborales permite adecuaciones rápidas; otros lo consideramos altamente negativo para la protección de los derechos laborales y su posibilidad cierta de ejercerlos entendiendo que la actividad humana del trabajo se mercantiliza a ultranza, la precarización desmejora las condiciones de vida. El término «contratista» se usa ampliamente en el país como lenguaje habitual. Trabajadores, empleadores y hasta funcionarios de los organismos públicos y privados relacionados con lo laboral, incluso profesionales y estudiosos del trabajo lo utilizan. Sin embargo el concepto se ocupa para referirse a una cantidad de relaciones económicas y laborales, no siempre comparables por lo que es necesario analizar el contexto en que se ocupa para tener aproximación a la institucionalidad que quiere describir... Se usa la misma palabra "contratista" para referirse indistintamente tanto al empleador, a la empresa o a los trabajadores: «Empresas contratistas», «trabajadores contratistas» o «contratistas», buscan dar denominación a un tipo de relación laboral, no importando quién sea el contratante y quién el contratado. Surgen a partir de la vaguedad del lenguaje importantes dudas respecto de la naturaleza del concepto, sin embargo se coincide que lo contractual, es decir la existencia de prestaciones mutuas y de derechos y obligaciones es lo central. El uso del término busca dar especificidad a una forma de relación de trabajo distinta de la habitual, de la tradicional o normal, reconociéndose como una forma de relación de trabajo atípica. Sin embargo en la actualidad, empieza a encontrarse esta atipicidad en creciente habitualidad pues la mayoría de las labores productivas y de servicios se contratan a través de intermediarios a fin de ahorrar costos y evitar riesgos, los que van

siendo traspasados al trabajador final, quedando las plusvalías en las manos intermedias. Una segunda lectura del término "subcontratación" es de carácter espacial territorial, de distancia, lejanía o exclusión; se trataría de empresas o trabajadores externos "lejos, fuera o diferenciados físicamente". Por ejemplo cuando se habla de los contratistas de CODELCO, se entiende que existen diferencias claras en relación a la pertenencia, pero también respecto a la temporalidad. Se perciben las actividades realizadas por "contratistas", sean trabajadores o empresas, como actividades acotadas en el tiempo de carácter transitorio, atribuyéndoseles un carácter móvil. Por último, cabe recordar que la omisión de una definición de subcontratación, conllevó que, en numerosos casos, se diera esta denominación para **encubrir un suministro de mano de obra**. Estos dañinos efectos no estuvieron excluidos del parecer crítico por parte de la doctrina de la Dirección del Trabajo, que, sostuvo por medio del **dictamen N°6.961/301, de 3 de noviembre de 1995**, que *"(...) en una economía abierta a los mercados externos, diversificada y moderna, la institución de la subcontratación está orientada a mejorar la eficiencia empresarial, lo cual supone que la entidad prestadora de servicios –o contratista- esté en condiciones de gestionar en mejor forma y más económicamente que la empresa contratante las actividades específicas encomendadas, todo lo cual requiere -desde luego- que la empresa contratista se desempeñe con solvencia técnica, experiencia y-especialmente-autonomía en sus decisiones.*

*"Predicamento diferente implicaría aceptar que la subcontratación-más que al servicio de la eficiencia empresarial-podría en ocasiones emplearse para dificultar el ejercicio de derecho laborales."*⁴

Lamentablemente, la figura del encubrimiento de suministro de mano de obra, asumida por la doctrina de la Dirección del Trabajo, como una simulación a través de terceros en la contratación de trabajadores, contó con buena dosis de impunidad, al encontrarse con la ineficacia de la mayoría de las fiscalizaciones, destinadas a sancionar a quien, dirigiendo el trabajo, eludía asumir las responsabilidades propias de todo empleador, al prevalecer la tesis jurisprudencial según la cual, el órgano administrativo encargado desde septiembre de 1924 de fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral, carece de la competencia necesaria para calificar jurídicamente tal simulación (esto es, impedida de atribuir la calidad de empleador a quien en los hechos, inequívocamente, se

⁴ "La subcontratación, una nueva fórmula para rentabilizar los negocios" Carmen Espinoza Miranda*. Abogada

comporta como tal), al suponer ello una intromisión indebida en la esfera de la competencia de los Tribunales. La tutela, entonces, de los derechos de aquellos trabajadores seudo subcontratados quedaba entregada a la temeraria decisión de aquéllos durante la vigencia del vínculo laboral. Un eufemismo más para esconder un espacio de infinita desprotección para el trabajador subcontratado” (*La subcontratación laboral en Chile. Análisis de la Ley 20.123. César Toledo Corsi*).

En la actualidad, el nuevo artículo 183-C en su inciso final introducido por la Ley 20.123, señala que *la Dirección del trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.* Lo mismo sucederá, si habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infracciones laborales y previsionales, se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, la Empresa principal o contratista según corresponda, hiciere efectivo el derecho de retención.

2.1. Regulación Legal

Antes de la Ley 20.123, se establecía como régimen de responsabilidad de la Empresa Principal respecto de sus trabajadores, la subsidiariedad que se entiende como aquella que suple a otra principal, de forma que si el deudor es insolvente o existe incumplimiento por parte de la persona o personas obligadas en primer lugar, existe la posibilidad de dirigirse contra los obligados secundarios, y así sucesivamente.

Así, la subcontratación estaba regulada en forma indirecta por los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo a propósito de la protección de las remuneraciones. Estos dos artículos, establecían la existencia de las empresas contratistas y estipulaban la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena en el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que afectaban a los contratistas a favor de sus trabajadores, así como de las mismas obligaciones que afectaren a los subcontratistas, cuando no pudiese hacerse efectiva la responsabilidad, también subsidiaria, del contratista, limitándose siempre esta responsabilidad, a las obligaciones

nacidas en el período durante el cual los dependientes prestaron servicios efectivos para quien se ejecuta o ha ejecutado la obra.

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

En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de esto” Es decir, se establece un régimen subsidiario de responsabilidad, en que las Empresas principales tienen una responsabilidad subsidiaria indirecta respecto a los trabajadores subcontratados, lo que implica que esta empresa debe responder por los trabajadores del contratista cuando este último no cumpliera lo estipulado en el contrato de trabajo. Se le denominó, “Responsabilidad en cascada”, dado que si no era posible hacer efectiva la responsabilidad del contratista o subcontratista, en su caso, la Empresa Principal debía responder por el incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales respecto a los trabajadores subcontratados.

Sin embargo, el artículo 64 BIS, estableció tres derechos de los que podía valerse la Empresa Principal, para precaverse y evitar el máximo posible, tener que responder por los incumplimientos de sus contratistas o subcontratistas en su caso respecto de sus trabajadores.

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

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

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

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

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

Así, la Empresa principal si bien, siempre debía responder por el incumplimiento frente a los trabajadores, podía prevenir dicha responsabilidad ejerciendo los derechos que la Ley estipulaba con el objetivo de evitar su responsabilidad.

Actualmente, el ejercicio de estos derechos libera a la Empresa Principal de tener que responder solidariamente, estando obligada sólo a responder subsidiariamente. Así, podemos considerar que el ejercicio de estos mecanismos legales, constituye un incentivo para las Empresas, a controlar el estado de cumplimiento de las obligaciones pertinentes, beneficiando así consecuentemente directamente a los trabajadores, toda vez que verán “asegurado” el cumplimiento en el pago de sus derechos.

2.2.0 Responsabilidad subsidiaria de la Empresa Principal

Los derogados artículos 64 y 64 Bis del Código del trabajo, eran la única normativa que regulaba la externalización de obras o servicios en nuestro sistema laboral.

Establecían por una parte, el sistema de responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena y por otro, el artículo 64 BIS contemplaba los mecanismos de los que se podía valer la Empresa Principal para prevenir su responsabilidad, cuales eran los derechos de información, de retención y pago por subrogación.

En consecuencia, se estatuyó como regla única la subsidiariedad en materia de responsabilidad de la Empresa Principal por las obligaciones laborales y previsionales pendientes de la empresa contratista con sus trabajadores. A su vez, dicha responsabilidad se extendía también a la circunstancia de verse la empresa principal en

la obligación de responder de iguales obligaciones, en el evento que el trabajador no pudiere hacer efectiva la responsabilidad del contratista.

2.2.1 Extensión de la Responsabilidad:

La antigua normativa, no establecía el verdadero alcance y límite de la responsabilidad subsidiaria. Sin embargo, la Dirección del Trabajo el año 2004, emitió un dictamen que permitió en gran medida, tener cierta claridad en torno a qué era lo que abarcaba dicha responsabilidad y cuál era su extensión. Así, el dictamen ordinario N°544/32⁵ establece en primer término que dicha responsabilidad sólo se extenderá a los trabajadores ocupados en la obra, empresa o faena, quedando limitada temporalmente al período de ejecución de la obra.

Por su parte, estableció qué era lo que se entendía por obligaciones laborales, concluyendo que son aquellas que emanan de la Ley o de los contratos individuales o colectivos de trabajo precisando que deben considerarse como tales, las remuneraciones, vacaciones proporcionales, gratificación, horas extraordinarias, indemnización por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo.

Sin embargo, surgía una duda en torno a si la responsabilidad subsidiaria se extendía o no las indemnizaciones por años de servicio. Sobre el particular, mayoritariamente se ha entendido que sí son objeto de dicha responsabilidad, por cuanto la referida indemnización constituía una obligación emanada de la Ley, y por consiguiente, debía quedar comprendida.

Por otra parte, se sostenía que las obligaciones laborales por las cuales se era responsable subsidiariamente, llegaban sólo a aquellas obligaciones que surgían estando

⁵ ORD. N° 544/32 del 2 de Febrero del año 2004

1) Para efectos de la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, o del contratista, del artículo 64 del Código del Trabajo, se entiende por obligaciones laborales las que emanan de los contratos individuales o colectivos del trabajo, y del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, de los trabajadores del contratista o subcontratista, según el caso, ocupados en la ejecución de la obra, empresa o faena. 2) Asimismo, son obligaciones previsionales todas las relacionadas con el integro o declaración de las cotizaciones de seguridad social, y con la prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, respecto de los mismos trabajadores empleados en la obra, empresa o faena. 3) La indicada responsabilidad subsidiaria subsiste con posterioridad al término de la relación laboral, y mientras no se extinga por el correspondiente finiquito debidamente cumplido, o por la alegación de la prescripción. 4) Las remuneraciones, vacaciones proporcionales, gratificación, horas extraordinarias, indemnización por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, constituyen obligaciones laborales que se encuentran comprendidas en la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, o del contratista según el caso, por los trabajadores ocupados en las mismas y por el período en que trabajaron en ellas.

vigente el vínculo contractual, excluyendo aquellas que surgían con posterioridad al término de la relación laboral, razón por la cual, la indemnización por años de servicios, debía excluirse del ámbito de aplicación de dicha responsabilidad (*Albornoz, Alviz, Pérez, 2007.p 9*)

2.2.2 Acción judicial del trabajador en un régimen de subsidiariedad

La subsidiariedad en esta materia, implica necesariamente que el trabajador en principio, para obtener el cumplimiento efectivo de las obligaciones laborales y previsionales debidas, primero debe accionar en contra de su empleador directo. Si éste no cumple o si su patrimonio resulta insuficiente, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan resultar responsables.

En consecuencia, al entablar la demanda deberá hacerlo contra su empleador directo y subsidiariamente contra todo aquél que pueda responder por sus derechos. Así lo prescribía el derogado artículo 64 en su inciso tercero *“El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos”*

Sin embargo, este beneficio procesal que la Ley reconocía a los trabajadores- que se traducía en el hecho de que cuenta con una mayor cantidad de patrimonios en donde poder hacer efectiva la responsabilidad en caso de incumplimiento- sólo se traduce en un modo para interrumpir la prescripción extintiva que eventualmente, pudiera haber comenzado a correr en contra de todos aquellos que pueden responder subsidiariamente de sus obligaciones.

En consecuencia, la notificación de la demanda respectiva interpuesta por el trabajador no produce el legal emplazamiento que, convierte en “parte” al notificado y que en consecuencia, lo obliga a litigar en el juicio. Por el contrario, sólo producía el efecto de suspender el curso de la prescripción que pudiere favorecerle, hasta que se hubiere establecido la responsabilidad del empleador directo en virtud de una sentencia ejecutoriada y en el evento que no se hubiere pagado íntegramente a lo resuelto por esta sentencia.

Por su parte, el citado artículo 64 además, prescribía excepcionalmente, la exclusión de la atribución de este tipo de responsabilidad, en el evento que el mandante

o empresa principal fuere una persona natural y se tratase de la ejecución de una construcción por un precio único prefijado.

Sin embargo, podemos constatar que este régimen de responsabilidad en vez de resguardar y de proteger al trabajador en el ejercicio de sus derechos, lo dificultaba por cuanto, más allá de las dificultades frecuentes para precisar quién era el empleador del trabajador y por tanto a quién debía éste reclamarle el cumplimiento de sus derechos laborales y previsionales, surgía el problema de que primero, debía exigir el pago legal al contratista; y sólo si a éste no se le encontraba o si bien no tenía bienes, recién se podía hacer efectivo el cobro a la empresa principal o mandante, que era finalmente la que se había beneficiado de los servicios prestados por el trabajador.

A su vez, algunas empresas, para evitar el riesgo de que se les demandara judicialmente como deudor subsidiario, se precavían exigiendo certificados de la Dirección del Trabajo, conjuntamente con retener los pagos a los contratistas, pagando directamente y por subrogación sus deudas con los trabajadores.

Por su parte, la norma del artículo 64 BIS, incorporada el año 2000 contempla tres derechos de los cuales pueden valerse la empresa principal para evitar responder subsidiariamente frente al trabajador, en el evento que su contratista o subcontratista no cumpla o su patrimonio resultara insuficiente.

La norma señala que el mandante, cuando lo solicite, tendrá derecho a ser informado del monto y del estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales del contratista o subcontratista respecto de sus trabajadores. Con esto, se pretende conocer si las empresas contratistas y subcontratistas se encuentran al día.

Sin embargo, en el evento que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales o previsionales, o si hubiese sido demandando subsidiariamente por un trabajador subcontratado, éste podía retener de las obligaciones que tenía a su favor, el monto del que responde subsidiariamente. Este derecho también lo tiene el contratista respecto de sus subcontratistas.

En otras palabras, esta retención se encontraba limitada al monto de que era responsable en subsidio del deudor principal, es decir, el contratista o subcontratista

También se reconoce la facultad, tanto del mandante como del contratista, de subrogarse en las obligaciones del contratista o subcontratista, pagando directamente al trabajador o institución previsional acreedora.⁶

⁶ Dictamen ORD 3.450/170 del año 2001 “*El pago por subrogación a que el artículo 64 Bis del Código del trabajo, permite efectuar al dueño de la obra , empresa o faena, a las instituciones de previsión por*

Finalmente, La Dirección del Trabajo debía poner en conocimiento del dueño de la obra o del contratista, las infracciones a la legislación laboral o previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practicaran a sus contratistas o subcontratistas.

las obligaciones pendientes del contratista, sólo podría estar referido a los trabajadores de éstos ocupados en la obra y por las deudas devengadas en su ejecución.

Capítulo 3

3.0 La nueva ley sobre subcontratación laboral: de la responsabilidad subsidiaria a la solidaria

El 21 de Mayo del año 2002, el Ex Presidente Ricardo Lagos Escobar, ingresó al Congreso Nacional, el mensaje presidencial que contenía las disposiciones del proyecto de Ley sobre Trabajo en régimen de Subcontratación y que regula el funcionamiento de Empresas de Servicios transitorios y el Contrato de Servicios Transitorios.

Con fecha 16 de octubre de 2006 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.123, que establece el régimen jurídico que regulará las relaciones laborales triangulares.

La normativa, regula el Régimen de Trabajo en Subcontratación, estableciendo una serie de disposiciones que regulan las relaciones existentes entre empresas principales, empresas contratistas y empresas subcontratistas, con un claro enfoque hacia el control por parte de las empresas principales sobre las contratistas y subcontratistas en lo relativo al control del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, así como en materia de seguridad y prevención de accidentes del trabajo.

Esta regulación, intensifica la posición de garante que, desde antiguo, la legislación laboral venía atribuyendo al empresario que contrata con otro, obras o servicios, en relación con los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas.

La empresa que encarga la obra o el servicio (empresa principal) responde solidariamente con el contratista respecto de las obligaciones laborales y previsionales de éste último, sin perjuicio de que puede transformar tal responsabilidad en subsidiaria si ejerce los derechos de información y retención que la propia ley le franquea.

La nueva ley tiene como idea central el **reforzamiento de la protección laboral del trabajador subcontratado** por medio del perfeccionamiento de las reglas existentes en los derogados artículos 64 y 64 BIS. Dichas reglas tienen como herramienta fundamental la asignación al dueño de la empresa principal, de una responsabilidad jurídica subsidiaria que operará sólo en el evento que el deudor principal, esto es, el empleador, no cumpla con el pago de las obligaciones laborales.

La finalidad de la Ley 20.123, es precisamente perfeccionar el sistema de responsabilidad subsidiaria e indirecta de la empresa mandante o dueña de la obra.

Esto, se traduce en el establecimiento de un modelo de responsabilidad laboral que perfecciona el anterior. Así:

1. Se consagra la responsabilidad subsidiaria y en cadena del mandante o dueño de la obra. El dueño de la obra o mandante responderá subsidiariamente respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a sus empresas contratistas. También responderá en la misma calidad en caso de las obligaciones laborales que afecten a las empresas subcontratistas, cuando estas no puedan exigirse de las empresas contratistas en su calidad de responsable subsidiario inmediato.
2. Se establece una responsabilidad subsidiaria amplia. El mandante responderá de todas las obligaciones laborales y previsionales, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral, y segundo, dicha responsabilidad quedará limitada temporalmente al período durante el cual, el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para el mandante (artículo 183 B).
3. Se establece una responsabilidad solidaria. La ley establece un agravamiento de la responsabilidad del mandante, pero no por un hecho del contratista (como sería, por ejemplo, el no pago de las obligaciones laborales) sino por un hecho suyo, a diferencia de lo que ocurre en el régimen de subsidiariedad, en el que el mandante y dueño de la obra, responde por un hecho ajeno. Debe responder solidariamente por no haber ejercidos los derechos de control que la ley le otorga (art.183 D). Si ejerce los derechos de control, el empleador queda en la misma situación actual; responde subsidiariamente. Si no los ejerce, su responsabilidad se agrava, respondiendo solidariamente.

Es decir, la Ley consideró pertinente hacer depender el grado de responsabilidad de la empresa principal (mandante) del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 183-C, esto es, el Derecho de Información y el Derecho de Retención.

“La justificación de este norma legal es buscar incentivar el sistema de autocontrol del cumplimiento de la legislación laboral: el mandante ve agravado su grado de

responsabilidad de subsidiaria a solidaria por el hecho propio de no ejercer los derechos que la ley le otorga -de información y retención-. Estos derechos van dirigidos, precisamente, a velar por el respeto de los derechos del trabajador en régimen de subcontratación.

Es obvio que la posición jurídica prevalente del mandante respecto del contratista, reforzada legalmente por la atribución legal de los derechos de información y retención, justifican plenamente que debe verse agravada su responsabilidad cuando, por su propia falta de diligencia en el ejercicio de esos derechos, el pago de las obligaciones laborales y previsionales se vea en situación de no ser integrados”⁷.

3.1.0 La responsabilidad de la Empresa Principal en la Ley 20.123

La regla general en materia de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales en el trabajo en régimen de subcontratación, es la Solidaridad, lo que implica que el acreedor, en este caso, el trabajador al que se le adeudan obligaciones laborales y previsionales de parte del contratista o subcontratista, puede demandar a cualquiera de los deudores implicados, es decir, al contratista o a la empresa principal, sin importar su cuota de responsabilidad en el incumplimiento.

A su vez, la Ley 20.123 ha establecido como regla excepcional, la subsidiariedad del empleador (empresa principal, contratista o subcontratista). Es decir, la responsabilidad del empleador, sólo se hará exigible si no es posible hacer efectiva la responsabilidad del deudor principal, en este caso, del contratista.

Para poder determinar cuándo la empresa principal o contratista, responderá solidaria o subsidiariamente, es necesario determinar y acreditar si han actuado con la debida diligencia frente al incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores en régimen de subcontratación. Para ello, es que la Ley 20.123 ha establecido en el artículo 183- C, dos derechos de cuyo ejercicio y cumplimiento, depende el régimen de responsabilidad que se les aplicará. Estos son el derecho de Información y el Derecho de Retención.

⁷ Revista Ius et Praxis, 12 (1): 11 - 29, 2006

En consecuencia, la empresa principal nunca se eximirá de responsabilidad legal, sino que sólo tendrá lugar la “atenuación” de la misma, en la medida que hayan actuado diligentemente, ejerciendo los derechos que la Ley les franquea.

Con ello, el legislador establece un fuerte estímulo a la autotutela de las obligaciones laborales y previsionales, materializada a través de los derechos de información y de retención, lo que se traduce en una mayor protección a los trabajadores, toda vez que se velará porque dichas obligaciones se encuentren al día, para evitar por tanto, responder solidariamente.

3.1.1 “La solidaridad como regla general”

A continuación, se analizará el Sistema de responsabilidad establecido por la Ley 20.123 a modo de poder determinar si efectivamente garantiza cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores en régimen de subcontratación.

La ley 20.123 a través del artículo 183 –B, establece la responsabilidad solidaria de la Empresa Principal, como regla general, a diferencia de lo que establecían los derogados artículos 64 y 64 BIS, en que la responsabilidad del empresario principal operaba siempre de manera subsidiaria, es decir, en defecto del cumplimiento del contratista empleador.. Lo anterior, denota un eventual agravamiento de la responsabilidad de la empresa principal, no por un hecho del contratista sino por un hecho suyo, toda vez que deberá responder por no haber ejercido los derechos de control que la ley contempla.

La nueva ley (art. 183-B) transformó la responsabilidad del empresario principal en solidaria. Asimismo, el contratista pasa a ser responsable solidario de las obligaciones laborales y previsionales de su subcontratista.

La solidaridad implica que el trabajador del contratista podrá dirigirse para cobrar sus créditos insolutos laborales y previsionales, incluyendo las indemnizaciones legales que correspondan, contra su empleador y contra el empresario principal, conjuntamente o si lo prefiere, solamente contra el empresario principal.

Asimismo, podrán actuar los trabajadores del subcontratista, dirigiéndose contra el subcontratista y contratista conjuntamente o sólo contra éste, si así lo prefieren.

“Desde el punto de vista jurídico civil, se trata de un caso de solidaridad legal, situación excepcional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que es normalmente el contrato y no la Ley, el que determina la solidaridad en las obligaciones entre las partes de una relación jurídica. Por otra parte, según la doctrina civilista, nos encontramos en presencia de una “Solidaridad Pasiva”, al existir una pluralidad de deudores de una misma cosa divisible, estando cada uno de ellos, obligados al pago total de la deuda, de tal forma que verificado aquél, la deuda se extinguirá para todos los codeudores solidarios”⁸

El rasgo fundamental de la solidaridad y que más impacto ha generado en las empresas principales desde el punto de vista económico, es que este sistema permite al acreedor (trabajador subcontratado) proceder directamente en contra del deudor solidario que presente una mayor solvencia. Así, generalmente el trabajador subcontratado demandará directamente a la Empresa Principal, toda vez que se encontraría en una mejor situación económica respecto de los demás deudores solidarios.

Todo ello, por una parte, le garantiza al trabajador el pago de las deudas laborales y previsionales por cuanto puede hacer efectivo sus derechos con mayor seguridad, en el patrimonio de la Empresa Principal, sin perjuicio de los derechos que la Ley le confiere a esta última para poder limitar su responsabilidad.

En razón de lo anterior, es que podemos constatar que el objetivo de la Ley es agravar la responsabilidad de la Empresa Principal, toda vez que a diferencia de lo que ocurre en un sistema de responsabilidad subsidiario, en que el codeudor goza del beneficio de excusión, es decir, de la facultad de exigir al acreedor que antes de dirigirse en su contra, lo haga contra el deudor principal, en este régimen de responsabilidad, el codeudor no goza de dicho beneficio, por cuanto el acreedor puede proceder en contra de cualquiera de los codeudores solidarios, eligiendo entre ellos, al que presente una mayor solvencia económica, garantizando así, el pago de su deuda laboral o previsional.

A su vez, cada deudor solidario, responderá siempre por la totalidad de la deuda y no sólo de una parte de ella.

⁸ Albornoz, Alviz y Pérez, 2007, P:41

En consecuencia, la Empresa Principal se encontrará obligada en iguales términos que el empleador directo (contratista o subcontratista) al pago de las obligaciones laborales y previsionales que éste adeude a sus trabajadores y tampoco, podrá oponer el beneficio de excusión o el de división en contra del trabajador subcontratado que lo demande por el monto de las obligaciones laborales y previsionales que su empleador directo le adeuda.

Por su parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 183-C. el contratista responderá en los mismos términos según sea el caso, de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos, lo que se traduce en una intención legislativa de “escalonar” la responsabilidad de los diversos actores intervinientes, no obstante que si la empresa principal no ejercer los derecho de retención y de información, en caso de incumplimiento por parte del subcontratista, también asumiría responsabilidad respecto de los trabajadores de aquél.

3.1.2. Límites de la responsabilidad solidaria

Tanto el artículo 183-B como el artículo 183-C establecen que la responsabilidad solidaria (o subsidiaria en su caso) se encuentra limitada en primer lugar al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena.

“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.”⁹

⁹ Artículo 183-B.- La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

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

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

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

Es decir, la responsabilidad solidaria sólo abarcará las obligaciones pendientes para con aquellos trabajadores subcontratados que prestaron efectivos servicios para la empresa principal y sólo por el tiempo o período en la que tuvo lugar dicha prestación de servicios.

En segundo lugar, esta responsabilidad se extiende exclusivamente a las obligaciones laborales y previsionales **de dar**, es decir, aquellas que tiene por objeto la transferencia del dominio de una cosa o la constitución sobre ella, de algún otro derecho real. En otras palabras, sólo están dentro del ámbito de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, aquellas obligaciones que sólo revistan el carácter de obligaciones de dar, es decir, de pagar una determinada suma de dinero al trabajador.

Estas obligaciones de dar, con contenido laboral y previsional, que tiene el empleador con sus trabajadores son:

- a) Pagar la remuneración y demás prestaciones en dinero que no tengan contenido remuneracional.
- b) Retener de las remuneraciones que debe pagar al trabajador las cotizaciones previsionales y declararlas y enterarlas en los órganos previsionales pertinentes
- c) Cuando concurren los supuestos establecidos por la Ley, deberá pagar las indemnizaciones por término del contrato de trabajo a que haya lugar¹⁰

En consecuencia, la empresa principal o el contratista deberán responder solidariamente por el pago de las obligaciones laborales y previsionales de dar, incluidas las indemnizaciones por término de contrato, que correspondan exclusivamente al período durante el cual los respectivos trabajadores les prestaron servicios en régimen de subcontratación.

Precisado lo anterior, se hace necesario dilucidar qué debe entenderse por obligaciones laborales o previsionales de dar, y a qué tipo de indemnizaciones por término de contrato de trabajo se refiere la el artículo 183-B, puesto que dentro de los ámbitos que evidenciaron mayores problemas en la aplicación de las normas de subcontratación de la antigua legislación, destacamos el que dice relación con la extensión de responsabilidad

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

¹⁰ Lizama- Ugarte, 2007, P.36

de la empresa principal, en cuanto a si abarcaba o no, bajo la expresión, “*obligaciones laborales*”, las relativas a las indemnizaciones legales a pagar al término del contrato de trabajo. La jurisprudencia de los tribunales se expresó en sentidos diversos, afectando así, a una tutela efectiva de los derechos de los trabajadores subcontratados.

Frente a esto, la Ley 20.123 en su artículo 183-B, precisó que la “*la Empresa Principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales 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. 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 su parte, la Dirección del trabajo en dictamen ordinario¹¹ ha señalado que dentro de las obligaciones por las cuales responderá solidariamente la empresa se encuentran “*El pago de las indemnizaciones legales (no contractuales) por término de contrato de un trabajador, cuyo contrato haya terminado por las dos causales contempladas en el artículo 161 del Código Del trabajo, más la indemnización sustitutiva del aviso previo.*”

A su vez, de acuerdo a lo señalado en el dictamen N° 544/32 de 02 de Febrero del año 2004, la expresión obligaciones laborales contenidas en el derogado artículo 64 se refiere a todas aquellas que emanan de los contratos colectivos e individuales de trabajo de los dependientes de la contratista o subcontratista, según el caso, que laboren en la obra, empresa o faena, así como aquellas establecidas en el Código del Trabajo y sus leyes complementarias.

Ahora bien, cuando el legislador habla de **obligaciones laborales de dar**, se refiere a todas aquellas obligaciones derivadas de los contratos colectivos e individuales de trabajo o del Código del Trabajo o sus leyes complementarias que consistan en el pago de una suma de dinero determinada.

Tratándose de las obligaciones previsionales, la Dirección del Trabajo ha señalado, según da cuenta el mismo dictamen, que se refiere al íntegro de las cotizaciones de

¹¹ Dictamen Ordinario N°141/05 de 10 Enero 2007

seguridad social y las derivadas de la Ley 16.744, que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

La Dirección del Trabajo mediante Dictamen N° 141/005, ha señalado que cuando el Legislador se refiere a obligaciones previsionales de dar, sólo hace extensiva la responsabilidad solidaria al pago de las cotizaciones señaladas precedentemente, y no a la obligación de prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, toda vez que este tipo de obligaciones son de hacer, las que están claramente excluidas del artículo en análisis.¹²

En lo que dice relación con las indemnizaciones por término señaladas en el artículo 183-B del Código del Trabajo, ellas se refieren exclusivamente a las establecidas por Ley, es decir, aquellas que corresponde pagar por aplicación de algunas de las causales establecidas en el artículo 161 del Código del Trabajo, comprendiéndose en ellas la indemnización por años de servicio y la sustitutiva de aviso previo, excluyéndose de esta forma, aquellas de carácter convencional.

3.2.0 Derechos de control de la Empresa principal

Para objeto de poder determinar la responsabilidad de la empresa principal (mandante), la Ley hizo depender la aplicación de uno u otro sistema al ejercicio de los derechos establecidos en el artículo 183-C, esto es, el Derecho de información y el Derecho de Retención.

Es decir, si ejerce los derechos de control, la empresa principal responderá subsidiariamente, quedando en la misma situación anterior a la dictación de la Ley 20.123. Por el contrario, si no los ejerce su responsabilidad se agrava, debiendo responder solidariamente.

En consecuencia, como sostienen los autores Luis Lizama y José Luis Ugarte en su libro “Subcontratación y Suministro de Trabajadores”, *“Más allá, entonces, del error que se ha producido sobre la materia, señalándose que hay un cambio en el tipo de responsabilidad que afecta a la empresa principal, es claro que el régimen general de*

¹² Dictamen Ordinario N°141/05 de 10 Enero 2007

responsabilidad sigue siendo la responsabilidad subsidiaria, dependiendo de su propia conducta el mantenerse en tal situación. Sólo en el caso que la empresa principal no ejerza los derecho de control, la ley eleva su responsabilidad a solidaria como una forma de sanción”

En virtud de lo anterior, es que podemos señalar que con la dictación de la Ley 20.123, existe una clara intención legislativa de incentivar a las empresas que utilizan a contratistas, a preocuparse de verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales respecto los trabajadores subcontratados, mediante el incentivo de no asumir una responsabilidad agravada a cambio de este mayor control.

Para ello, la empresa principal tendrá derecho a informarse sobre el pago de las remuneraciones, las cotizaciones previsionales y las indemnizaciones legales de sus contratistas. Y para asegurarse que éstas se cumplan, podrá retenerle pagos a la empresa contratista y eventualmente, llegar a pagar directamente lo que ésta última deje de pagar, lo que se denomina pago por subrogación. Estos mismos derechos se establecen para el contratista respecto de sus subcontratistas.

Así entonces, ambos derechos (información y retención) tienen por finalidad velar por el **respeto de los derechos de los trabajadores en régimen de subcontratación**, toda vez que la empresa principal verá agravada su responsabilidad, si no ejerce los derechos de control que la Ley les franquea.

“Sin duda alguna, estamos en presencia más que de un derecho, de una obligación que pesa sobre la empresa principal-mandante o dueño de la obra o faena- ya que el legislador le impone el deber, para efectos de evitar tener que responder solidariamente de las obligaciones laborales y previsionales que tenga el contratista o subcontratista con sus trabajadores, de exigir a aquél que informe sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que le correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores y, en caso de incumplimiento de parte de aquéllos, la retención de las sumas que les corresponda pagar”¹³

¹³ Zavala-Montecinos, 2007, P. 11

“Es obvio que la posición jurídica prevalente de la empresa principal respecto del contratista, reforzada legalmente por la atribución legal de los derechos de información y retención, justifican plenamente que debe verse agravada su responsabilidad cuando, por su propia falta de diligencia en el ejercicio de esos derechos, el pago de las obligaciones laborales y previsionales, se vea en situación de no ser integrados”¹⁴

Es necesario señalar que la nueva normativa modificó la estructura de los derechos de información y de retención toda vez, que en la regulación derogada, ambos derechos estaban establecidos en único interés de la empresa principal, ya que le permitía cautelar su eventual situación de responsabilidad subsidiaria y por ello, su ejercicio era en cierta forma, facultativo.

Con la nueva Ley, estos derechos pasan a cautelar, al mismo tiempo, el interés de la empresa principal y los derechos de los trabajadores, ya que su falta de ejercicio genera para el mandante, a modo de consecuencia jurídica, un agravamiento de su responsabilidad; de subsidiaria para a solidaria.

En consecuencia, se establece un sistema de protección al trabajador en régimen de subcontratación que opera en dos niveles; primero la responsabilidad directa del contratista en su calidad de empleador, y segundo, la responsabilidad indirecta del mandante en calidad de tercero responsable subsidiariamente, quien además, responde de las obligaciones laborales que corresponda, en caso de no haber ejercido oportunamente los derechos de control que la Ley le otorga, ahora en calidad de tercero responsable solidariamente.

Del análisis de los artículo 183-C¹⁵ y 183-D¹⁶ incorporados al Código del Trabajo por la ley 20.123, se desprende que la empresa principal o el contratista, en su caso, serán

¹⁴ Lizama-Ugarte. 2007. P:60

¹⁵ **Artículo 183-C.-** La empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso anterior, deberá ser acreditado mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social deberá dictar, dentro de un plazo de 90 días, un reglamento que fije el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del Trabajo respectiva emitirá dichos certificados.

Asimismo, el reglamento definirá la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o

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

1. Cuando la empresa principal o el contratista hicieren efectivo el derecho de información y de retención
2. Cuando la empresa principal o el contratista hicieren efectivo el derecho de retención, habiendo sido notificado por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas.

3.2.1 Derecho de Información

Consiste en la facultad que tiene la Empresa principal o contratista, de exigir que se acredite el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales tanto de los trabajadores de los contratistas como los empleados de los subcontratistas, y para el contratista, en la misma facultad respecto de los dependientes de sus subcontratistas.

instituciones competentes podrán certificar debidamente, por medios idóneos, el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores.

En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este Párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora.

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

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

¹⁶ **Artículo 183-D.-** Si la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

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

La información que puede exigirse, dice relación con “El monto de las obligaciones laborales y previsionales adeudadas por los contratistas y subcontratistas a sus respectivos trabajadores, así como si se encuentran pagadas o incumplidas”.

Todo ello, con el objeto de resguardar su grado de responsabilidad legal sobre determinados derechos de los trabajadores subcontratados que laboren en su empresa, obra o faena.

Para ejercer este derecho, la empresa principal requerirá a los contratistas y subcontratistas que le acrediten el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones señaladas.

Ahora, la forma de acreditar lo anterior, será mediante certificados emitidos por la respectiva inspección del Trabajo, o bien, por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento.

“El certificado que acredite el cumplimiento debe ser, en consecuencia, un instrumento **preciso** en cuanto a su contenido, es decir que abarque a todos los sujetos controlados y las materias por las cuales la empresa principal es responsable, consignando los períodos de tiempo en que se ejerce dicho control por la vía de la información. Debe ser asimismo **oportuno**, esto es, entregado mediante un procedimiento expedito y rápido, de modo de no afectar la cadena de pagos que está implícita en la relación productiva que surge con la subcontratación. Finalmente, el certificado debe ser **veraz**, lo que significa que su contenido debe constar fehacientemente al funcionario o agente privado encargado de la certificación, puesto que en ello, está basada la mayor o menos responsabilidad por la que en definitiva, habrán de responder las empresas”¹⁷

El ejercicio de este derecho, tiene por objeto central, tanto para la empresa principal como para el contratista, el resguardo de su responsabilidad frente a eventuales incumplimientos laborales o previsionales en la cadena de subcontratación.

¹⁷ Albornoz, Alviz, Pérez, 2007, P. 77-78

3.2.2 Derecho de Retención

En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma pertinente, la empresa principal podrá ejercer este derecho de las obligaciones que tenga a favor del contratista o subcontratista respectivo, por el monto de que es responsable subsidiariamente, debiendo pagar en tal caso, con dicha retención, al trabajador o institución previsional acreedora.

Esta retención, puede hacerse efectiva en cualquiera de las obligaciones pendientes, que posea la empresa principal o mandante a favor del contratista o subcontratista, según se trate de un incumplimiento de obligaciones laborales respecto de trabajadores de uno u otro.

La Ley sólo habilita que la retención se practique hasta por el monto de que el retenedor es responsable por aplicación de las normas sobre responsabilidad. Por ende, el monto de la retención, no puede quedar a la discrecionalidad del retenedor, sino que debe estar relacionada directamente con el monto del que él puede llegar a ser responsable, lo cual se determinará al momento en que ejerce su derecho de información. De este modo, este derecho no es un derecho autónomo, sino que es un derecho dependiente del derecho de información, en el sentido que sólo cuando se ha ejercido previamente este último, puede ejercerse la retención y sólo, cuando se ha acreditado efectivamente la existencia de una deuda laboral o previsional con los trabajadores subcontratados.

“En este sentido si pese a ejercer el derecho de información no existe constancia de una deuda laboral o previsional por medio idóneo, no nace para la empresa principal el derecho de retención, y consecuentemente, tampoco la responsabilidad solidaria asociada a su no ejercicio. En este caso, la empresa principal ha ejercido el derecho de control de que fue titular, exigiendo al contratista que le informe sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, por lo que su responsabilidad no se agrava, manteniéndose en condición de subsidiaria”¹⁸.

A su vez, la empresa principal puede ejercer este derecho, toda vez que la Dirección del Trabajo respectiva, le notifique de eventuales infracciones a la legislación laboral y

¹⁸ Lizama- Ugarte; 2007, P:64

previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas respecto de sus subcontratistas. En consecuencia, el efecto de esta notificación, no es irrelevante, ya que si la empresa principal decidió efectuar la retención, sólo se hará responsable subsidiariamente y no solidariamente.

3.2.3 Derecho de pago por subrogación

Este derecho se encuentra contemplado en el artículo 183-C inciso 4° en los siguientes términos *“En todo caso, la empresa principal o el contratista en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora”*.

En ejercicio de esta facultad, la empresa principal o contratista diligente asume directamente las obligaciones que son de cargo del contratista o subcontratista para con sus trabajadores. En este caso, le empresa principal o contratista, paga a los trabajadores de manera voluntaria con cargo a su propio patrimonio.

Mediante el pago por subrogación, se cumple con la obligación del empleador directo respecto de sus trabajadores, pagando directamente a éstos sus remuneraciones y efectuando las cotizaciones previsionales que corresponden, montos que posteriormente podrán ser reembolsados al proceder en contra del contratista o subcontratista incumplidor.

Este derecho se encuentra desvinculado del ejercicio de los derechos de información y de retención, de manera tal que la Ley laboral, faculta para pagar por subrogación a los acreedores del contratista incumplidor conforme a las reglas generales del derecho común.

El propósito del Legislador laboral es estimular la eficacia de los contratos de trabajo y propender al cumplimiento de las obligaciones que de ellos emanan, y amparar la situación de los terceros (empresa principal o contratista) que pagan por el deudor (contratista o subcontratista) al acreedor (trabajador o entidad previsional).

Se trata de una subrogación personal en virtud de la cual, la deuda pagada por el tercero que extingue la obligación del acreedor, se reputa subsistir con todos sus accesorios respecto de la persona que efectuó el pago. Es decir, efectuado el pago por la empresa

principal al acreedor, se producirá el traspaso del crédito de manos del trabajador o entidad previsional, a ésta. Situación distinta es la que acontece cuando la empresa ha ejercido previamente los derechos de información y de retención, ya que en esa hipótesis, no hay derecho a pagar por subrogación sino que lo que hay, es una obligación legal de pagar al acreedor del tercero, la suma retenida a éste último.

Para asegurar el pago de las obligaciones laborales y previsionales adeudadas a los trabajadores y a las entidades previsionales, una vez ejercido el derecho de retención, el artículo 183-C obliga a la Empresa Principal a que pague a los acreedores del contratista incumplidor. Si no paga, la consecuencia jurídica será que su responsabilidad se agrava; se convierte en responsable solidario.

“Por ello, nos parece que la solución prevista por la Ley 20.123 es racional y eficiente en términos económicos, ya que el incentivo para ejercer los derechos de información, de retención y pago por subrogación para la empresa principal, está en evitar consecuencias desfavorables de transformarse en responsable solidario de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los trabajadores de las empresas contratistas. Producido el agravamiento de la responsabilidad por negligencia de la empresa principal, pierde sentido la estrategia de descentralización productiva que ella ha utilizado en la gestión de recursos humanos, ya que deberá responder económicamente ante tales trabajadores como si fuere su empleador”¹⁹

¹⁹ Lizama- Ugarte; 2007, P.67

Capítulo 4

Análisis Jurisprudencia Judicial

El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, autos rol N° 71-08, don Roberto Luis Bustos Cuevas deduce demanda en contra de don Silverio Venegas Obrequé y en contra de Fundación Nocedal, representada por don Alberto Ureta Alamos, esta última en calidad de responsable solidaria o subsidiaria, a fin que se declare injustificado su despido y se condene a los demandados a pagarle las prestaciones que indica, más reajustes, intereses y costas.

El Fallo de primera instancia, acogió parcialmente la demanda en contra del Señor Venegas, en calidad de contratista y en contra de la Fundación Nocedal como Empresa principal, declarando injustificado el despido del actor y, en consecuencia, condenó a éstos en forma solidaria al pago de distintas prestaciones.

Frente a esto, la Fundación antes mencionada, interpone un Recurso de Apelación, que es rechazado por Corte de Apelaciones de San Miguel, confirmando la sentencia de primer grado. En contra de este último fallo, la demandada deduce recurso de casación en el fondo, pidiendo que se lo invalide y se dicte uno de reemplazo.

En este fallo, se analizan una serie de supuestos con el objeto de determinar si efectivamente es procedente hacer responsable de la sanción impuesta por el artículo 162 del Código de Trabajo, esto es, la posibilidad de imputar las consecuencias de la ineficacia del despido por deuda previsional al empresario principal y, en su caso, al contratista.

En primer término, se señala que debe rechazarse el Recurso de Casación en el fondo, fundado en la infracción del Artículo 183- B en relación con el artículo 162 ya que dicha disposición señala que “*La empresa principal es responsable solidaria o subsidiariamente, del pago de las remuneraciones de los trabajadores y el entero, en el organismo pertinente, de las cotizaciones previsionales retenidas de dicha remuneración, entre otras, y además de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, con su incremento y la compensación de feriado, las que surgen con motivo de la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de cualquier otra a la*

que pueda calificarse como obligación laboral y previsional de dar o como indemnización legal por término de relación laboral, disponiendo al efecto un límite temporal, esto es, circunscrita al período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal”²⁰

La Ley 20.123, establece la posibilidad de imputar las consecuencias de la ineficacia del despido por deuda previsional a la empresa principal, y en su caso al contratista, al estar comprendidos en los términos “Obligaciones laborales y previsionales de dar” los efectos del artículo 162, siempre y cuando los supuestos fácticos de la nulidad (deuda previsional y despido) se produzcan durante la vigencia del contrato o subcontrato de obra o servicio, en atención al alcance temporal que la ley le asigna.

Sin embargo, este límite no impide aplicar y extender los efectos de sanción del artículo 162 a la Empresa Principal en el ámbito de la responsabilidad solidaria que se le asigna, si el incumplimiento o hecho generador de la sanción ocurren durante el período de la subcontratación, “ya que en este caso la causa que genera la incorporación al objeto de la responsabilidad del empresario principal o del contratista, de las remuneraciones y demás prestaciones legales se originó en el ámbito controlado por la empresa principal y dentro del cual la ley le ha asignado dicha responsabilidad, precisamente por el provecho que le reporta el trabajo prestado en su interés por los dependientes de un tercero y por la necesidad de cautelar el cumplimiento de las obligaciones legales y previsionales que los favorecen” (*Sentencia, 22 de Diciembre 2009, Recurso de Casación en el fondo, ROL:5261-09*)

Por tanto, habiéndose acreditado que la deuda previsional impaga corresponden al período de trabajo en régimen de subcontratación, **la Empresa Principal NO PUEDE EVADIR ESA RESPONSABILIDAD, más aún si no fue diligente y no ejerció los mecanismos de control** que la Ley contempla, para efectivamente evitar en estos casos, tener que responder solidariamente, limitando así, su responsabilidad sólo a subsidiaria.

La parte demandada al contestar la demanda, señala que no es responsable solidariamente de las obligaciones que se le imputan, por cuanto sí ejerció los derechos de información y de retención, y que tampoco responde subsidiariamente, ya que las

²⁰ Sentencia, 22 de Diciembre 2009, Recurso de Casación en el fondo, ROL:5261-09, MJJ22553

prestaciones de las cuales sería eventualmente responsable, se encontrarían acotadas al tiempo en que efectivamente el actor prestó servicios en sus dependencias.

Se expresa además, que si bien el artículo 162 establece una sanción al despido en el evento que éste se produzca, sin estar al día su empleador en el pago de las obligaciones laborales y previsionales del trabajador, esta sanción no puede afectar a su parte, como empresa contratante puesto que la propia normativa establecida en los artículos 183-B y siguientes del Código del Trabajo, señala que tal castigo se impone a la empresa principal por el incumplimiento, al ampliar su responsabilidad de subsidiaria a solidaria, y además porque se limita su responsabilidad cualquiera sea el tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

Agrega que su parte no puede resultar responsable por remuneraciones que se devengan por un hecho posterior al despido y que es del empleador del acto. Se ha generado el derecho a remuneraciones por períodos sucesivos, lo que no puede hacerse efectivo en el patrimonio del ex contratante, pues el vínculo de la subcontratación ya se extinguió, terminando con ello la posibilidad de controlar al contratista, retenerle sus pagos y obligarlo a pagar sus deudas laborales y, por lo mismo, cesa el deber de responder solidaria o subsidiariamente para el primero, lo que resulta acorde con el carácter personal que tiene la aplicación de la llamada Ley Bustos.

Finalmente los Jueces del fondo concluyeron que el despido del actor fue injustificado y accedieron a la demanda condenándose a Fundación Educacional Necedal, en calidad de empresa principal, a pagar las prestaciones impuestas al demandado como contratista, entre éstas las remuneraciones devengadas con posterioridad al despido y hasta su convalidación, por aplicación de lo dispuesto en los incisos quinto y séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo.

Lo anterior, en consideración a que esto tiene como antecedente el incumplimiento del contratista durante el período en que el actor prestó servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal y de lo cual es responsable al no haber ejercido adecuadamente el derecho de información que le hubiera permitido ejercitar las demás facultades que franquea la ley para solucionar las deudas previsionales, o bien, para prevenir un mayor perjuicio económico.

Se precisa que las obligaciones respecto de las que la Empresa Principal ha de responder solidaria o subsidiariamente, son de naturaleza laboral, incluidas las indemnizaciones legales por el término de la relación laboral y las obligaciones previsionales, en ambos casos a las obligaciones de dar pertinentes al tiempo que hubiere durado el trabajo en régimen de subcontratación.

En este fallo, se hace mención a una serie de aspectos que fueron los que finalmente, determinaron la imputación de la responsabilidad a la Fundación NOCEDAI.

Así, se hace hincapié en la falta de diligencia de la Empresa Principal al no ejercer oportunamente los derechos de información y de retención.

Si esta Empresa se hubiera valido de los mecanismos que la Ley franquea, sólo hubiera sido responsable subsidiariamente de la deuda previsional existente, limitando así su responsabilidad. Sin embargo, como no actuó diligentemente, fue condenada como responsable solidario al pago de la deuda.

Esto demuestra la importancia de que la Empresa principal, ejerza estos derechos diligentemente, toda vez que si no lo hace, verá agravada su responsabilidad y no podrá evadir la imputación al cobro de las deudas laborales o previsionales que pudieran existir respecto de los trabajadores de sus contratistas o subcontratistas, en su caso.

Conclusión

En virtud de lo expuesto, es que podemos concluir que la nueva normativa introducida por la Ley 20.123, vino a poner fin a un vacío legislativo que se arrastraba desde hace bastante tiempo y que generaba arduas discusiones en cuanto a la conveniencia de regular el tema de la subcontratación.

La antigua normativa, adolecía de una serie de deficiencias- todas en desmedro de los trabajadores- dado que no se encontraban debidamente delimitados una serie de aspectos necesarios para propender a su protección.

Esta Ley, establece como regla general la solidaridad en materia de responsabilidad, y sólo establece la subsidiariedad, en el evento de que la Empresa principal se valga de los mecanismos que la Ley contempla, para aminorar el grado de su responsabilidad.

Su objeto principal, fue establecer un régimen de responsabilidad agravado que hiciera más efectivo el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de la Empresa Principal respecto de los trabajadores de sus contratistas o subcontratistas, en su caso.

En otras palabras, la Empresa Principal responderá conjuntamente con el contratista o subcontratista, según el caso, respecto de las deudas laborales y previsionales que tengan éstos con sus trabajadores.

Ahora, 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 sus derechos.

Así, el trabajador puede hacer efectiva la responsabilidad directamente en la Empresa Principal, puesto que en la generalidad de los casos, es ella la que posee una mayor solvencia económica. Todo esto se traduce en una mayor factibilidad en el cumplimiento de las obligaciones pendientes.

Con esto, se termina con las trabas que traía aparejado el antiguo régimen de responsabilidad subsidiario, en el que sólo podía procederse contra la Empresa Principal, en el evento que el contratista no respondiera. En otras palabras, el trabajador

debía proceder contra su empleador directo, y sólo en la medida que éste no respondiese, podía hacerlo en contra de la Empresa principal. Es lo que se denominó, una “Responsabilidad en cascada”.

Sin embargo, esta nueva normativa mantuvo el régimen de subsidiariedad, que sólo se hace efectivo en el evento que se ejercieren los derechos de información y de retención. Es decir, se estableció como excepción a la regla general de la solidaridad.

No obstante ello, si la Empresa principal no actúa diligentemente y no ejerce los mecanismos que la Ley franquea para poder aminorar su responsabilidad, deberá responder solidariamente.

Esto tiene por objeto incentivar el sistema de autocontrol en el cumplimiento de la legislación laboral, puesto que la Empresa principal verá agravada su responsabilidad por el hecho propio de no ejercer los derechos que franquea la Ley (Derecho de información y Derecho de Retención) ambo, dirigidos precisamente a velar por el respeto de los derechos del trabajador en régimen de subcontratación.

En consecuencia, tras el análisis podemos concluir que esta nueva normativa, sí garantiza el efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de la Empresa Principal, respecto de los trabajadores de sus contratistas o subcontratistas, toda vez que se establece un sistema de responsabilidad más gravoso, en virtud del cual, puede hacerse efectivo el cumplimiento de las obligaciones pendientes directamente en el patrimonio de la Empresa Principal.

A su vez, se incentiva a las Empresas a estar pendientes en el estado de cumplimiento de las obligaciones de sus contratistas o subcontratistas respecto de sus trabajadores, para lo cual la Ley contempla dos derechos que le permiten tener acceso a la información necesaria, que les garantiza ver disminuida su responsabilidad en el evento que haya un incumplimiento.

Todo lo anterior con el único y exclusivo propósito de resguardar a los trabajadores en Régimen de Subcontratación.

Bibliografía

Humeres Nogue, Héctor (2006) *La ley de subcontratación y sus implicancias en las relaciones de trabajo al interior de la empresa*. Colegio de Abogados de Chile A.G., 2006

Zavala Ortiz, José Luis, Montecinos Fabio, Carolina(2007) *Nueva ley de subcontratación : Ley N° 20.123*. Segunda Edición. Santiago : PuntoLex

Baeza Campos, María del Pilar (1981) *La Subcontratación*. Santiago : Jurídica de Chile

Albornoz Serrano, Marcelo; Alviz Riffo, Christian; Pérez Mendoza, Enrique y otros (2007) *Subcontratación laboral y servicios transitorios : aplicación práctica : análisis de la ley, reglamentos, jurisprudencia y dictámenes*. Primera Edición. Santiago: LexisNexis

Lizama Portal, Luis; Ugarte José Luis (2007) *Subcontratación y suministro de trabajadores*. Primera Edición. Santiago : LexisNexis

La subcontratación, una nueva fórmula para rentabilizar los negocios” **Carmen Espinoza Miranda**. Abogada

César Toledo Corsi “La subcontratación laboral en Chile. Análisis de la Ley 20.123”. Blog “Temas del Mundo Laboral”. 1 de junio de 2008

Revista Ius et Praxis, 12 (1): 11 - 29, 2006

Dictámenes Dirección del Trabajo:

- ORD. N° 544/32: Responsabilidad Subsidiaria
- ORD. N°0141/005: Trabajo en Régimen de Subcontratación
- ORD.: N° 5393/236: Empleador Responsabilidad subsidiaria Extensión
- ORD. N° 2049/50: Contratista. Responsabilidad Subsidiaria. Alcance.
- ORD. N° 4546/220: Dirección del trabajo Fiscalizadores Competencia Responsabilidad subsidiaria.
- ORD. N° 3450/170 Contratista. Pago por Subrogación. Alcance.
- Dictamen N°5.786/138 de 21 de Diciembre del 2005

Jurisprudencia

Vallejos Yañez, Pablo C. c/ Rojas Ordenes, Bernardo y otro - Corte de Apelaciones de La Serena - 11-ene-2010

Heredia Salinas, Williams y otros c/ Gian Piero Canepa Madariaga Eirl y otro - Corte Suprema - 30-dic-2009

Bustos Cuevas, Roberto L. c/ Venegas Obreque, Silverio y otros - Corte Suprema - 22-dic-2009

Díaz Venegas, Pablo A. c/ Soto Maturana, Leonor - Corte de Apelaciones de Santiago - 19-nov-2009

Dictamen N° 60629 - Contraloría General de la República - 2-nov-2009