UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

TESINA DE LA CARRERA DE DERECHO

LA RESPONSABILIDAD DEL MANDANTE EN LOS ACCIDENTES DEL TRABAJADOR SUBCONTRATADO

Bárbara Aravena Lara

Fabiola Castro Díaz

Profesor Guía: Carlos Fuentes Puelma

03 Diciembre 2012

INDICE GENERAL

Resumen…….. …….5

Introducción…… … ……5

Metodología……. 6

Generalidades……7

CAPITULO PRIMERO

1. Conceptos……..8

a) Régimen de subcontratación laboral……..8

b) Empresa mandante o principal……...9

c) Empresa contratista (o subcontratista)……10

d) Contrato en régimen de subcontratación……11

2. Responsabilidades en régimen de subcontratación……..12

3. Referencia al Orden publico laboral……15

4.-Derecho a la Seguridad Social…...……..…….……....16

CAPITULO SEGUNDO

1. Generalidades……....18

2. Breve panorama histórico de la responsabilidad. Panorama actual…..……18

3. Teorías que explican el fundamento de la Responsabilidad del empleador por accidentes laborales…….....23

3.1- Subjetiva (Dolo-Culpa)…….……...23

3.2 Por Culpa in Vigilando……...…….……..24

3.3.- Teorías de los riesgos empresariales como costos de la producción…….……24

4. Responsabilidad de la empresa principal en los accidentes laborales del trabajador Subcontratado……25

4.1 Doctrina Civilista…….……..25

4.2. Doctrina Laboralista……..……...28

5. Estructura de la responsabilidad……..…….…….…..30

5.1.- Acciones y regímenes……..…….…..31|

5.2.- Caso Victimas por Repercusión……..……...32

5.3.- Daños Reparables…….…….…….33

5.4.- Daño Moral……..……..35

6. Contenido del Deber de protección artículo 184 del C. del Trabajo…….…….…….…37

6.1 Naturaleza jurídica del deber de Protección……..…….. 39

a) Naturaleza contractual…….….……...40

b) Naturaleza legal…….….…… …....40

CAPITULO TERCERO

1. Análisis Jurisprudencial Chileno…….43

2. Jurisprudencia administrativa de la Dirección del trabajo……46

3. Jurisprudencia administrativa de la Superintendencia de Seguro Social (SUSESO)…..……..50

4. Reformas propuestas por la actual administración…….53

5. Breve referencias Derecho Comparado.…….54

1.- España…….....54

2.- Argentina……..58

3.- Colombia……...59

6. Conclusiones…….....62

Bibliografía……64

Anexos……66

Resumen:

Trabajo decente *" Es aquel trabajo productivo que es justamente remunerado y que se ejerce en condiciones de libertad, equidad, seguridad, y respeto a la dignidad humana"*

Palabras Clave. Responsabilidad, subcontratación, mandante, accidentes.

Subcontratación y precariedad en el empleo es un binomio indisoluble, el régimen de subcontratación como zona crítica respecto de la accidentabilidad y la salud en el trabajo, es una frecuente zona de responsabilidad indeterminada. Es una zona de gris y opacidad del Derecho y de una brutal desigualdad social. En un país donde un tercio de la fuerza laboral está inscrita en este régimen, que desarrollan actividades riesgosas como la Minería y Construcción, cobra de suma relevancia tener un sistema de responsabilidad de la empresa principal en material Laboral .

NTRODUCCION

El objetivo de esta investigación es buscar y analizar la doctrina y la jurisprudencia de los últimos años pronunciados por tribunales chilenos, respecto a **la responsabilidad de la empresa mandante por los accidentes laborales ocurridos al trabajador subcontratado,** de modo que podamos definir cuál es la protección legal efectiva a la que pueden acceder hoy en Chile las víctimas, en especial por la Modificación de la ley 20.123.

El interés de este estudio para la tesistas ha sido determinar cuál es la doctrina judicial predominante en cada una de estas materias y detectar si tal doctrina facilita o dificulta la protección legal a las víctimas y trabajadores accidentados en régimen de subcontratación.

Nuestro trabajo se divide en tres capítulos, a través de los cuales desarrollamos nuestro análisis. Así, en el **Capitulo Primero** exponemos a modo general distintos conceptos que están involucrados en el tema a desarrollar, como son: Empresa mandante, empresa subcontratada, contrato en régimen de subcontratación, las responsabilidades involucradas, una referencia al Orden publico laboral y Derecho a la Seguridad Social. Luego en el **Capitulo segundo** analizamos mas de lleno el tema de nuestra tesis y

exponemos sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad del mandante en los accidentes laborales del trabajador subcontratado, como la naturaleza Contractual de la Responsabilidad del Mandante; pasamos a analizar, también, las Teorías de los riesgos empresariales como costos de la producción y la Naturaleza Jurídica del Deber de Protección Art 184. Y por ultimo en el **Tercer Capítulo** realizamos un análisis Jurisprudencial de nuestros Tribunales de Justicia y su postura al respecto, como también un análisis de la Jurisprudencia administrativa de la Dirección del trabajo y de la Superintendencia de Seguro Social, las reformas propuestas por la actual administración, como una breve referencias Derecho Comparado Continental Europeo y en Latinoamérica (Argentina, Colombia).

I.- METODOLOGÍA

Esta investigación es de naturaleza dogmática jurisprudencial y para ello seguiremos el siguiente método.

1.- En primer lugar una revisión doctrinaria del Derecho Nacional y de Derecho comparado en esta materia y en que posición se encuentra el sistema nacional. Hemos realizado una revisión bibliográfica de revistas especializadas en Derecho Laboral y Seguridad Social, Española, Mexicana. Documentos OIT. Libros de autores relevantes en el Ámbito Laboral.

2.- En cuanto a la Revisión jurisprudencial:

2.1.- Jurisprudencia judicial sobre casos en que los trabajadores reclaman de sus empleadores reparación de daños patrimoniales y extra patrimoniales, por accidentes laborales sufridos por ellos en ocasión de su trabajo en materia de Subcontratación.

2.2.- Jurisprudencia Administrativa de la Dirección del Trabajo a través de su labor interpretativa, y de los dictámenes emitidos en relación a estas materias.

2.3.- Jurisprudencia Administrativa de la Superintendencia de Seguro Social (SUCESO) en materia propia de su competencia

3.- A través de este estudio extraer algunas conclusiones que den cuenta del desarrollo y tratamiento en estas materias en nuestro país.

Generalidades:

Es bastante frecuente, en la moderna práctica industrial, que ciertos empresarios recurran al trabajo y colaboración de contratistas y subcontratistas para cumplir con su giro ordinario. Así, por ejemplo, es habitual que ciertas empresas mineras contraten la conservación y reparación de los caminos interiores de la faena, o la mantención y reparación de las cintas transportadoras de material, con empresas contratistas expertas en el rubro. Con ello, surge la figura del "contratista", concepto jurídico que –en materia civil, laboral y previsional– engloba a toda persona natural o jurídica que, mediante contrato –y a cambio de un precio determinado–, se obliga para con el dueño de obra, empresa o faena, a la ejecución de una obra o a la prestación de un servicio, contratando para ello –y como empleador directo– a ciertos trabajadores o empleados.

Por otro lado, y lamentablemente, es también común que, durante la realización de los trabajos o servicios ejecutados o prestados por dicho contratista, se produzcan accidentes del trabajo con resultado de muerte o de lesiones para los trabajadores de este último. Por ello, y frente a los daños experimentados por los sujetos vinculados laboralmente con el contratista o subcontratista, cabe preguntarse: (i) ¿quién puede llegar a ser responsable?, (ii) ¿bajo qué estatuto y fundamento jurídico procede la acción indemnizatoria?

No obstante que la responsabilidad por los daños causados o experimentados por un trabajador del contratista o subcontratista con ocasión de un accidente del trabajo es, de por sí, una materia interesante y poco estudiada, hemos preferido desarrollar en esta oportunidad un tema todavía más específico, **a saber, la responsabilidad del dueño de obra, empresa o faena, siendo la primera incorporada por la Ley 20.123, frente a los accidentes del trabajo con daños al trabajador del contratista o subcontratista (**Pedro Zelaya Etchegaray .Lexis nexis 2009)[1]

Esta nueva ley de subcontratación tiene como principales aspectos:

1. Aumenta la responsabilidad de la empresa principal (mandante) respecto del cumplimiento de las normas laborales por parte del contratista sobre sus trabajadores y trabajadoras.
2. Prohíbe el suministro permanente de personal. Éste sólo es permitido en forma excepcional y

[1] La responsabilidad solidaria de la empresa principal frente a los daños experimentados por el trabajador del contratista

transitoria.

3. Iguala las condiciones entre trabajadores propios y externos en materia de higiene y seguridad.

4. Aumenta la responsabilidad empresarial respecto de las obligaciones laborales y previsionales: determina que la empresa principal será responsable solidaria de los derechos del trabajador/a de la faena o servicio que le presta el contratista, en caso de que éste no cumpla.

Un objetivo de la Ley N° 20.123 fue delimitar jurídicamente las formas de tercerización o internalización legales de las ilegales. Cualquier otra figura que importe "tercerización" o "triangulación" es ilícita, y da lugar a la calidad de empleador o co-empleado

CAPITULO PRIMERO.

1. CONCEPTOS:

a) Régimen de Subcontratación Laboral.

La subcontratación laboral es aquel trabajo realizado para un empleador denominado contratista o subcontratista, quien ejecuta obras o servicios por cuenta y riesgo propio para una empresa principal, dueña de la obra o faena. En otras palabras, consiste en que una empresa contrata a otra empresa para que esta realice ciertas obras o servicios por su cuenta y con sus trabajadores. El trabajador tiene una relación de dependencia y subordinación con su empleador directo que es el contratista o subcontratista. La nueva ley establece un concepto de trabajo en régimen de subcontratación, estableciendo el articulo 183-A del Código del Trabajo como "aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

Se identifican tres actores dentro de éste régimen, esto es, la empresa principal (quien contrata),

empresa subcontratada por la empresa principal, y los trabajadores de ésta, que tienen un contrato laboral con ella.(Alwin A. p.4)[2]

A continuación, analizaremos a cada uno de éstos actores y la relación laboral existente entre ellos.

b) Empresa mandante o principal.

Una **empresa** es una organización, institución o industria dedicada a actividades que tienen por objetivo la persecución de fines económicos o comerciales, para satisfacer las necesidades de bienes y servicios de los demandantes.

La Comisión de la Unión Europea sugiere: «Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular.»

De acuerdo **al Derecho Internacional**, la empresa es el Conjunto de capital, administración y trabajo dedicados a satisfacer una necesidad en el mercado.

Así se entiende que una Empresa debe poseer un fin determinado, cual es, principalmente fines económicos y sociales.

Nuestro Código del Trabajo define Empresa, en su artículo 3° inciso quinto como *"Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por* ***empresa*** *toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.*"

Siguiendo esta línea, es decir, el concepto de empresa en el Derecho del Trabajo, éste le ha dado a la empresa un lugar primordial en el sistema de relaciones laborales y su definición es importante para la identificación del empleador, con el objeto que asuma sus responsabilidades de tal, ya que nuestro sistema normativo incorporó un concepto de empresa tanto para efectos legales como de seguridad social.

[2] Aylwin Chiorrini, Andrés (2010): *"Responsabilidad de la empresa principal por obligaciones laborales y previsionales en la subcontratación laboral*".

Así mismo, nuestra legislación le ha dado a la empresa una individualidad legal determinada, que nuestra jurisprudencia mayoritariamente ha identificado a ésta con el titular de la misma, esto es, una sociedad, dotándole nuestro ordenamiento a una entidad de carácter económica determinados efectos jurídicos.

Es en la satisfacción de los fines económicos y sociales que la Empresa, a rasgos generales, debe acudir a herramientas que nuestra legislación le otorga, y dentro de ellas se encuentra la institución de la subcontratación.

Con la entrada en vigencia de la nueva ley se establece un régimen jurídico que regulará las llamadas 'relaciones laborales triangulares'. Esta clase de relaciones resulta de la implementación de las estrategias empresariales que buscan la descentralización productiva a través de la 'externalización'. Es decir, ciertas actividades son desplazadas hacia fuera de la empresa, las que son asumidas por otra empresa, en principio, distinta y ajena, que se encarga de la ejecución de la tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, dando lugar al fenómeno del *outsourcing* o triangulación laboral: 1) la empresa que externaliza, 2) la empresa que asume la actividad productiva externalizada, y 3) los trabajadores de esta última, que en los hechos prestan servicios para ambas empresas.

c) Empresa contratista (o subcontratista)

Según el D.S 319/2007, es Contratista la persona natural o jurídica que, en virtud de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una empresa principal y Subcontratista la persona natural o jurídica que, en virtud de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para un contratista.

En otras palabras es aquella que, mediante un contrato civil o comercial con la empresa principal, ejecuta a su cuenta y riesgo, con sus propios trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo a su turno contratar a otra empresa (subcontratista) para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido.

El contratista es responsable de proporcionar todos los elementos materiales y mano de obra necesaria para la ejecución del trabajo o servicio objeto del contrato, sean éstos propios o ajenos. La

jurista Irene Rojas Miño,[3] señala con claridad, que actuar por la cuenta y riesgo significa: "estar dotada de medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de la actividad. Asumir las responsabilidades y los riesgos propios del desarrollo de la gestión empresarial, vale decir, actuar por su cuenta y riesgo. *Desarrollar una actividad propia y específica, esto es, se debe encargar de la ejecución de obras o servicios, y organizar, dirigir y controlar efectivamente el desarrollo de su propia actividad, ejerciendo las funciones inherentes a su condición de empleador".*

En términos laborales, es este actor el que mantiene una relación de dependencia y subordinación con los trabajadores que realizan el trabajo o servicio, siendo el empleador directo de los mismos, en virtud de un contrato de trabajo. La ejecución de las obras o la prestación de los servicios son por cuenta y riesgo del contratista, lo que implica tener trabajadores bajo su dependencia. (Autonomía del contratista)

d) Contrato en Régimen de Subcontratación.

El contratista o subcontratista se relaciona con la empresa principal en razón de un acuerdo contractual en el cual se establece la obra o servicio que le ejecutará o prestará.

Este acuerdo o contrato puede ser de carácter civil o comercial.

Como lo expresa el fallo que a continuación se reproduce en parte, para la existencia de un régimen de subcontratación es necesario que exista un acuerdo contractual a lo menos, entre dos entidades, una conocida como principal o dueña de la obra y la otra denominada "contratista". Excma. C.S.-> 2011 octubre 7, Rol 1791-2011 ->Ley Nº 20.123.

Conforme al concepto entregado por el legislador, constituye uno de los requisitos esenciales que conduce a determinar la presencia de trabajo en régimen de subcontratación, **la existencia de un** "acuerdo contractual" entre dos personas. Dicho acuerdo contractual, que puede revestir diversa índole "civil o comercial", no ha sido concebido por el legislador en los términos en que éste es definido en el artículo 1438 del Código Civil, de modo que basta la existencia del acuerdo de voluntades entre un sujeto que asume el carácter de contratista o de subcontratista, según el caso, el que puede ser escriturado o bien acreditado según los elementos de convicción pertinentes al caso y que hace nacer obligaciones recíprocas entre las partes y además vincula

[3] (2001): *El Peculiar Concepto de Empresa para Efectos Jurídico Laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva, en Ius et Praxis*, año 7 n° 2 408-422.

jurídicamente y en la forma prevista por la ley, a los trabajadores del contratista. (Vemos acá un claro caso en que los efectos de un contrato afectan directamente a un tercero ajeno a ese acuerdo de voluntades, cuya fuente sería la ley)

La existencia de un contrato formal, sea comercial o civil, entre principal y contratista, no es necesario, conforme al fallo antes señalado, pues, bastaría "un acuerdo contractual", lo que es una clara manifestación de apreciación de los hechos y del Principio de la realidad.

2. **RESPONSABILIDADES EN REGIMEN DE SUBCONTRATACION**[4]

En Chile, de acuerdo a estimaciones del Ministerio del Trabajo (2007), el 35% de los trabajadores no son contratados directamente por las empresas principales, en donde trabajan día a día, sino por una empresa externa, lo que representa alrededor de 1 millón 200 mil personas. En ciertos rubros, como la minería, el porcentaje incluso supera el 60%. ¿Qué responsabilidades tiene la empresa principal respecto de un trabajador subcontratado?

Pese a que estos trabajadores no tienen un contrato con la empresa principal, esta sí tiene ciertas obligaciones que cumplir, tanto en materia de seguridad como de previsión.

En efecto, si bien la empresa principal no tiene ninguna vinculación de tipo laboral con los trabajadores del contratista (o del subcontratista), es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar, incluidas las indemnizaciones legales por término de relación laboral, que tengan los contratistas a favor de sus trabajadores, por el tiempo o período durante el cual los trabajadores prestaron servicios en su obra, empresa o faena, responsabilidad que pasa a ser subsidiaria si la empresa principal ejerce conforme a la ley los derechos que en su favor contempla la ley para controlar eficazmente el cumplimiento de tales obligaciones.

El objeto de la responsabilidad son las obligaciones laborales y previsionales de dar, entendiendo por tales las remuneraciones en sentido amplio: sueldo, sobretiempo, gratificaciones, asignaciones en dinero en general; las cotizaciones de seguridad social e indemnizaciones legales por término de contrato.

---

[4] . Palavecino Cáceres, Claudio (2010): *"La responsabilidad solidaria en la subcontratación. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y efecto*s*"* en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol 1, N °1, 17-27

Ya dijimos que la normativa laboral vigente establece dos tipos de responsabilidades para la empresa principal, la responsabilidad subsidiaria y la responsabilidad solidaria. La diferencia entre una y otra es que la responsabilidad subsidiaria tiene a lugar solamente cuando la empresa principal ejerce los derechos de información y retención con respecto a sus contratistas o subcontratistas según sea el caso, en cambio la responsabilidad solidaria se da en el contexto de que la empresa principal no ejerce esos derechos.

El derecho de información, o también llamado de control y pago, es aquel que permite a la empresa principal pedir informes a los contratistas y subcontratistas, sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y provisionales respecto de sus trabajadores. El mismo derecho tienen los contratistas respecto de sus subcontratistas

El derecho a retención es aquél que le permite a la empresa principal retener de los pagos que debe efectuar a los contratistas que no acrediten el cumplimiento íntegro de sus obligaciones laborales y previsionales, los montos por los cuales es responsable y pagar por subrogación al trabajador o institución provisional acreedora. El mismo derecho tienen los contratistas respecto de sus subcontratistas. Tanto la responsabilidad solidaria como subsidiaria debe hacerse efectiva en sede judicial, no administrativa y las obligaciones por las que responde la empresa principal son aquellas que se devengan durante el periodo de vigencia del contrato con el contratista.

En cuanto al límite temporal de la responsabilidad, el Código del Trabajo establece en su artículo 183-B inc. 2 y 183-D inc.1 "*la responsabilidad está limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicio en régimen de subcontratación para la empresa principal*". Se interpreta de esta norma que la empresa principal es responsable solo en forma proporcional al tiempo en que el trabajador prestó servicios o trabajos a dicha empresa.

Ahora bien, específicamente sobre el tema de la responsabilidad de la Empresa principal por los accidentes del trabajo sufridos por los trabajadores de la empresa contratista, la ley 20123, en lo que al tema de seguridad se refiere, establece la obligación directa de la empresa principal respecto a las consecuencias de los accidentes del trabajo, es decir, hace responsable en forma directa, no solidaria ni subsidiaria, a la empresa principal en cuanto a las deudas provenientes de los accidentes laborales sufridos por los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas.

La ley determina que la empresa principal tiene la obligación de establecer y gestionar un sistema orientado a resguardar la seguridad y salud de todos los empleados que trabajen en ella, incluyendo a

aquellos subcontratados**;** y mitigar los posibles daños a los que los trabajadores están expuestos. Debe haber una evaluación periódica de las condiciones y riesgos, y existir un contacto permanente entre la empresa principal y el contratista para corregir situaciones riesgosas.

Todo ello en el marco de la aplicación del art. 183-E en relación a las demás disposiciones aplicables al alero de la Ley 20.123, como el art. 66bis de la Ley 16.744, el D.S. 76, sobre Sistemas de Salud y Seguridad Ocupacional en las faenas, que dispone: **Artículo 66 bis.-** *Los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, deberán vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, debiendo para ello implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores."*

Ello, con el claro propósito que las empresas principales se encarguen de proteger la vida y salud de los trabajadores de la obra o faena, independiente del origen de estos, sean propios de la principal o sean trabajadores del contratista o subcontratista, eventuales o transitorios. El único requisito es que sean trabajadores de su obra o faena.

Desde otro punto de vista, se debe recordar que en materia de relaciones de producción el Código en su art. 183-E, exige que *"la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia"*, por lo que, si no lo hace, es decir, si no obedece este mandato, de su omisión nace la culpa por infracción a la ley laboral, que en el plano de las relaciones de producción conecta al principal o dueño de la faena, con el trabajador víctima, cualquiera sea su origen. Por lo que, sin duda alguna, en el ejercicio de su acción resarcitoria contra del principal, es competente el Juez laboral, exclusivamente, porque la ley así lo dispone, dándole crédito a la Ley como origen de la responsabilidad.

Finalmente, el mismo art. 183-E expresa: "*Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1º al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena,* ***el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen*** *en relación con su empleador" (*sin negrita el original). Y observada tal categórica decisión

legislativa en el contexto del artículo al que pertenece, nos deja el convencimiento que las acciones por las responsabilidades individuales que nacen de un accidente del trabajo, para la reparación de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de seguridad que el principal o dueño, el contratista o subcontratista deben al trabajador víctima, puede ser demandadas contra cada uno de ellos o en su conjunto, según el demandante lo estime conveniente.

3. **REFERENCIA AL ORDEN PÚBLICO LABORAL.**[5]

El **Orden público** se puede definir, en términos comunes, como «*un conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico*». En términos muy generales puede decirse que integra el *orden público* todo aquello que viene impuesto por la autoridad a las personas, y que actúa como límite a su libertad. A si se señala en el C. del trabajo que Las normas de seguridad son de derecho público y obligan tanto a los empleadores como al personal de la empresa, por esa razón, el artículo 14 señala, que el cumplimiento de las normas del Reglamento Interno e Higiene y seguridad es obligatorio para los trabajadores.

El orden público es un concepto amplio que engloba las nociones de seguridad, orden en sentido estricto, tranquilidad y sanidad pública.

Toda la legislación del Derecho laboral es de Orden Público, lo que implica que las leyes no pueden ser dejadas de lado por las partes. Las normas del Derecho del Trabajo son con preferencia de orden público, por trascender éstas normas el interés puramente individual y ser inseparables del interés social, por lo tanto son de carácter forzoso y prima la voluntad general por sobre la individual. Las leyes laborales, o convención colectiva son el marco imperativo y obligatorio que limita la libertad contractual. Del principio protectorio del Estado deriva ésta orden público laboral. Con el fin de que el trabajo sea considerado una actividad productiva por y para el hombre y no solo como una mercancía.

4**. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.**

"Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social…" "Toda persona tiene derecho….a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes

[5] Gamonal Contreras, Sergio (2008): *Fundamentos de derecho laboral.* LexisNexis, Chile

de su voluntad." Artículos 22 y 25(1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Seguridad Social es el sistema legal que busca precaver la ocurrencia de contingencias relevantes para la sociedad, que producen ya sea una reducción de los ingresos del trabajador, o un aumento de sus gastos, o ambas cosas.

El Objeto de la Seguridad Social es brindar un sistema de protección, consistente en prestaciones en dinero, en especie y en servicios, adecuados ante cada contingencia[6].

El derecho a la seguridad social protege a los miembros más vulnerables de la sociedad. Garantiza que todas las personas accedan a los bienes y servicios mínimamente necesarios para una vida digna. Es obligación del Estado asegurar que todas las personas que habitan su territorio estén protegidas contra accidentes, dificultades y enfermedades. Los gobiernos deben crear planes para proveer alivio a los desempleados y la ley debe garantizar que los empleadores proporcionen a sus empleados servicios médicos, compensación en caso de accidentes de trabajo y beneficios jubilatorios. Se debe prestar especial atención a las embarazadas y a los niños pequeños. Es obligación del estado asegurar que reciban alimentación, vivienda y servicios médicos adecuados, y que estén protegidos contra la adversidad. Los gobiernos deben posibilitar que todos los sectores de la sociedad, incluyendo los jóvenes, los ancianos y las minorías étnicas y religiosas, vean satisfechas sus necesidades y logren su autonomía.

En nuestro país, la seguridad social se encuentra establecida por la constitución política como un derecho, el cual se integra a todos los ciudadanos, para así entregar protección ante las eventualidades que surjan por causa de algún riesgo social, que generasen estados de necesidades en estos. Encontrándose esto en el capítulo tercero de su artículo 19, números 7,

9 y 18 de la constitución y en este ultimo numero se establece que deben dictarse leyes que regulen la seguridad social, la acción del estado a garantizar el acceso de los habitantes a prestaciones básicas, a través de instituciones públicas y privadas, permitiendo que las leyes establezcan cotizaciones de obligatorias, como así también la supervigilancia por parte del estado del derecho a la seguridad social.

La ley chilena contempla el sistema de pensiones (AFP), prestaciones de salud (Fonasa e isapres), accidentes del trabajo (ley 16.744), desempleo (ley 19.728) y asignación familiar (DFL 150 de 1979 del Min. Trab.), como medios legales para hacer frente a las contingencias sociales.

[6] Ramón Domínguez Águila Dr. en Derecho U. de Concepción Los accidentes de trabajo Historia y visión General Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes N° 20 paginas 21 -36 año 2011 .

Ahora bien, frente a un accidente del trabajo, existe una dualidad de sistemas jurídicos que regulan esta situación. Por un lado tenemos al Seguro Social Obligatorio de la ley 16.744, que tiene como característica que se activa con la ocurrencia de un infortunio laboral, según lo establecido en sus artículos 5° y 7° y es de carácter prestaciones- indemnizatorio que opera incluso con culpa del trabajador y sin culpa del empleador y por otro tenemos el sistema establecido en el Derecho común, donde encontramos la responsabilidad civil, penal y administrativa.

La ley 16744 otorga prestaciones frente a la ocurrencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, prestaciones en dinero: licencias médicas por accidentes del trabajo y atención médica, hospitalización, medicamentos, prótesis, rehabilitación y traslados

Para cubrir los posibles daños que los trabajadores están expuestos, el mercado ofrece un seguro por responsabilidad civil, que sólo ampara accidentes del trabajo. Sin embargo, este seguro se sustenta en un modelo de 1991, el que resulta anticuado en la actualidad; aunque se funda en la responsabilidad establecida en el Código Civil, han surgido muchos otros tipos de responsabilidades que también son necesarios cubrir. Otro problema es que muchas veces las sumas pactadas resultan insuficientes para hacer frente a un accidente laboral, y por otro lado, también se plantea la necesidad de que este tipo de seguros sea obligatorio para las empresas.

En efecto, el empresario se encuentra siempre en una mejor posición para activar la gestión en prevención de riesgos laborales y sus consecuencias y en este sentido, resulta contundente el mandato del artículo 184 del Código del Trabajo, olvidado cuando se llega a conclusiones inarmónicas respecto a la protección del trabajador y de su familia, y lo que es peor, se acepta la precarización del trabajo. El empleador, además, de su poder económico, tiene herramientas legales de innegable valor para evitar los accidentes. Uno de ellos es el trabajo con los Comités Paritarios, cuya organización y facultades se encuentran dadas en el D.S Nº 54; las disposiciones de los arts. 160 Nº 5 y 7, que entrega verdaderas armas de saneamiento profesional dentro de la empresa, facultando a los empresarios para desechar los malos trabajadores poniendo término inmediato al contrato de trabajo, sea por actos perjudiciales contra la empresa, el buen funcionamiento de la producción o la salud de los otros trabajadores, y asimismo, por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato. Y las omisiones de las medidas de prevención, son, sin duda alguna, incumplimiento grave de dichas obligaciones.

CAPITULO SEGUNDO

1.-GENERALIDADES:

La Ley Nº 20.123 de 14 de enero de 2007 establece la **naturaleza de la responsabilidad de la empresa principal**, respecto de las obligaciones de los trabajadores de los contratistas o subcontratistas. En lo que refiere a la seguridad, establece la obligación **directa de la empresa principal respecto a las consecuencias de los accidentes del trabajo**, es decir, hace responsable en forma directa, no solidaria ni subsidiaria, a la empresa principal en cuanto a las obligaciones provenientes de los accidentes laborales sufridos por los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas. También, definió un régimen de responsabilidad solidaria, que bajo el cumplimiento de específicas exigencias podrían pasar a ser subsidiarias reuniéndose algunas condiciones, en materia de obligaciones legales derivadas de la vigencia del contrato laboral.

2.-BREVE PANORAMA HISTÓRICO DE LA RESPONSABILIDAD.

En primer lugar hay que señalar que durante el siglo XX y luego de dictado el Código Civil, los accidentes de trabajo no tienen un régimen legal distinto al de cualquier hecho dañoso regido por la norma común. En esta etapa que da cuenta de accidentes laborales en zonas salitreras, las sentencias que recayeron en esos procesos demuestran que se aplicaron las normas del título XXXV LIBRO IV del Código Civil como estatuto de responsabilidad sin realizar distinciones entre responsabilidad contractual o extracontractual.

Es así como el proyecto de Errazuriz, se convierte en ley N° 3.170 en 1916, que [7]estipula y se adhiere a la tesis de moda en la época denominada "Teoría del Riesgo Empresarial" liderada en Francia por Saleilles y Jossenrand, cuya cobertura no era total dejando fuera los accidentes laborales debido a fuerza mayor y sin relación al trabajo que el obrero o empleado ejecute y aquellos por culpa de la víctima o un extraño. La prueba de ellos correspondía a los patronos. Se permitía cumplir las prestaciones a través de mutualidades o sociedades chilenas de seguro. Se contenía así una responsabilidad estricta y tarifada.

También se podía recurrir al derecho común si el accidente se debía a una tercera acción de plena Indemnización.

[7] Ramón Domínguez Águila (obra citada)

El 28 de mayo de 1931 se dicta el Código del Trabajo (DFL N° 178), en donde se consagra el deber de protección, misma regla que hoy está en el articulo 184 del Código actual del ramo. Entre la normas se contiene la norma que regula la responsabilidad objetiva del patrón exceptuándose de los accidente por fuerza mayor. El gran avance de esta norma en materia de subcontratación está dado por el artículo 256 que consagra la responsabilidad de subempresarios o subcontratistas con menos de tres obreros al momento del accidente, subsistiendo la responsabilidad del empresario según sea el caso del articulo 257, es decir se reproduce la responsabilidad conforme al derecho común de los terceros responsables.

Así, llegamos hasta la Ley 16.744 que actualmente rige el sistema de accidentes de trabajo que consagra el Principio de reparación integral del daño.

La situación actual desde la práctica jurisprudencial ha sido bastante ambigua estableciéndose cada vez más el brocado que "*La ley reina pero la jurisprudencia gobierna*"

La reforma llevada a cabo en la Ley 20.123 vino a restaurar la esencia protectora del Derecho Laboral. Es decir, aquellos principios que informan el contenido de lo que se denomina orden publico laboral, que se manifiesta en la ley que regula el régimen de subcontratación. Por lo que podemos señalar que las responsabilidades emergen de la ley, única fuente de esta. El fundamento es artículo 183-E del Código del Trabajo y el artículo 184 de dicho cuerpo normativo.

Este verdadero deber de protección de la vida del trabajador establecido en la Ley contemplado en el Art.183-E, exige que **"***la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia"*, razón por la cual, en la hipótesis de incumplimiento, es decir, si no se obedece este mandato, o de su omisión, da lugar a la culpa por infracción a la ley laboral. Es esta y no otra la vinculación de relaciones laborales que conecta al principal o dueño de la faena con el trabajador víctima, cualquiera sea su origen. Por lo que, sin duda alguna, para hacer uso del ejercicio de su acción en contra del principal, ésta necesariamente es competencia del Juez Laboral exclusivamente y ello es así por imperativo legal. Buscar otra interpretación doctrinaria, que desde la óptica civilista solo busca limitar la responsabilidad al ámbito contractual y extracontractual, no tiene fundamento ya que en el texto se deja de manifiesto a la ley como origen y fundamento de la responsabilidad.

Panorama Actual de la responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo o

enfermedades profesionales. En Chile la Ley Nº 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales recoge la Teoría del Riesgo Social como fundamento de la responsabilidad del empleador, lo que significó que se abandonara la búsqueda de la causa del infortunio, para centrarse en una mejor atención a las necesidades que aparecen con motivo de estas contingencias, acudiendo directamente al afectado, sin esperar que el empleador se encargara de él personalmente o por medio de un seguro.

De conformidad con las disposiciones de la citada ley, la responsabilidad objetiva del empleador -derivada del riesgo a que está expuesto el trabajador-, se encuentra cubierta por este seguro social, financiado sustancialmente con cotizaciones que son de cargo del empleador, motivo por el cual la cobertura del siniestro que sufra el trabajador a causa o con ocasión del trabajo opera objetivamente, esto es, prescindiendo de la culpabilidad, sea ésta del empleador o del trabajador, conforme con lo que claramente disponen los artículos
1°, 2° y 5° de la ley indicada.
En este escenario, el empleador no responde directamente a estas prestaciones, pues sólo es obligado a pagar una cotización básica y, eventualmente, una adicional, a una entidad encargada de administrar los fondos y de otorgar las prestaciones requeridas por el afectado.

Sin embargo y coetáneamente con ello, el Código del Trabajo en su artículo 184 regula el deber general de protección que recae sobre el empleador, en cuanto éste queda obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales, debiendo asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica.
Por su parte el artículo 69 de la Ley 16.744, norma trascendental en esta materia, establece que cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas: a) El organismo administrador tendrá derecho a repetir en contra del responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar, y b) la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño, (sucesores o causahabientes) podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, las otras indemnizaciones a que

tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.

De este modo podemos afirmar que coexisten dos tipos de responsabilidades: una de naturaleza legal u objetiva que se traduce en la facultad que tiene el trabajador para exigir las prestaciones médicas y pecuniarias que la ley le otorga, a través de un sistema en el que la responsabilidad del empleador se limita a su financiamiento, sin distinguir si el hecho tuvo su origen en culpa o dolo por parte de aquél; y otra de carácter subjetiva, cuya fuente son los actos u omisiones dolosas o culposas del empleador o de un tercero, culpa o dolo que debe ser acreditado por la víctima.

El financiamiento del seguro social previsto en la Ley 16.744 es de cargo del empleador quien debe afiliarse a un organismo administrador y pagar un porcentaje del salario de cada trabajador y aquellas empresas que presentan altos índices de accidentabilidad o enfermedades laborales deben pagar, además, un porcentaje llamado "cotización adicional por riesgo" que eleva la prima del seguro social.

En ambos tipos de responsabilidades –objetiva y subjetiva- los riesgos que se cubren son básicamente dos: (i) **accidente laboral**, entendiendo por tal toda lesión que sufre una persona a causa o con ocasión de su trabajo y que le produzca lesiones de incapacidad o muerte y que ocurran en actividades gremiales, de capacitación ocupacional o en el desarrollo de cualquier actividad, incluyendo los accidentes que ocurran en el trayecto de ida o regreso entre la casa y el lugar de faena, trabajo o viceversa y (ii) **enfermedad profesional**, esto es, la causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que le produzca incapacidad o muerte.

La cobertura del seguro social y de la responsabilidad que le impone la ley al empleador en caso que el accidente o enfermedad profesional tenga su origen en dolo o culpa de este último alcanza al daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

En cuanto al daño emergente cubre los distintos desembolsos realizados por causa del accidente del trabajo o de la enfermedad profesional y que estarán encaminados a la recuperación íntegra de la salud física y psíquica del trabajador afectado.

En lo relativo al lucro cesante cubre la pérdida de capacidad para trabajar y, por ende, la posibilidad de percibir remuneración, que experimente el dependiente, luego de su recuperación. Tratándose de una incapacidad temporal, el lucro cesante ha de ser necesariamente aquella diferencia de ingresos que se produzca mientras dure la incapacidad. En cambio, tratándose de

una invalidez parcial, total o la muerte del trabajador accidentado o enfermo, el lucro cesante ha de ser la diferencia de ingresos que se da entre la fecha del accidente o enfermedad y el término de la vida laboral útil, que la ley considera en los 60 años en el caso de la mujer y de 65 años para los hombres.

En lo que respecta al daño moral el texto del artículo 69 de la ley 16.744, al hacer procedente el daño moral en sede contractual como extracontractual, pone fin a la discusión que se ha mantenido por años respecto de la indemnización del daño moral tratándose del incumplimiento contractual.

Para determinar el quantum de la indemnización por daño moral, los Tribunales de Justicia han tomado en consideración elementos como: sufrimiento de la víctima y de su familia, la forma en que ocurrió el hecho y la cercanía con el trabajador tratándose de víctimas por repercusión, no siendo necesaria la prueba respecto a su monto, sino solamente en cuanto a su existencia.

En cuanto al aseguramiento de la responsabilidad del empleador, nuestra legislación previene un régimen de responsabilidad subjetiva por actos u omisiones culposos o dolosos en que incurra el empleador y que constituya la fuente de origen de un accidente del trabajo o enfermedad profesional, contemplando la posibilidad de asegurar esa responsabilidad civil patronal a través de seguros privados que le den cobertura al pago de indemnizaciones establecidas en una sentencia judicial y que opera en exceso de las indemnizaciones que se paguen por el seguro social previsto en la Ley Nº 16.744.

En virtud de estas pólizas de responsabilidad civil patronal la compañía asume el pago de las indemnizaciones que se declaran judicialmente en contra del asegurado, originadas en demandas interpuestas por sus trabajadores, sus sucesores o beneficiarios, en ejercicio de la acción civil prevista en el artículo 69 de la Ley 16.744 y que tienen por objeto resarcir los daños que pudieren haber sufrido los trabajadores a causa de un accidente del trabajo del cual un trabajador del contratante hubiere resultado con lesiones corporales o le hubiere causado la muerte.

3.- TEORIAS QUE EXPLICAN EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Hay distintas teorías que intentan explicar el fundamento de la responsabilidad del empresario frente a los accidentes laborales sufridos por el trabajador. A continuación expondremos las siguientes teorías siguiendo en este punto a Claudio Palavecino[8]

3.1.- Teoría de la Responsabilidad Objetiva

Se trata de una responsabilidad en la que no ha mediado culpa del obligado. Es bastante obvio que las responsabilidades empresariales que estamos estudiando son de carácter objetivo, que surgen sin culpa del empresario que contrata o subcontrata, pero la cuestión que se debe responder es: ¿ por qué la ley les puede imputar tal responsabilidad sin culpa?. Millon Loren aventura que el fundamento estaría en la teoría del riesgo beneficio, o en la teoría del riesgo creado. Pero no se ve cómo la celebración de contratos y subcontratos de obras y servicios pueda ser una actividad riesgosa creada por la empresa principal,(en el sentido que lo predican esas teorías), las cuales se refieren al riesgo que genera el uso de máquinas, fuentes de energía u otros instrumentos peligrosos en el sector industrial y que se concibieron para poder atribuir al empresario la responsabilidad por accidentes del trabajo que ocurrían sin culpa suya. Lo cierto es que el detrimento patrimonial que sufre un trabajador al no poder cobrar sus créditos tiene cómo única causa la conducta de su empleador. Resulta absurdo, pues, pretender que dicho perjuicio venga determinado de algún modo por un riesgo creado por la celebración de contratos y subcontratos de obras y servicios por un tercero ajeno a la relación laboral. Salvo, claro está, cuando esos contratos o subcontratos se celebran con la intención de perjudicar a los trabajadores, vale decir cuando son contratos en daño de tercero. En tal caso, ciertamente, se justifica que ambos contratantes deban indemnizar solidariamente los perjuicios que causan a los trabajadores. No obstante, este fundamento alcanza para justificar las sanciones a la contratación simulada, pero no para los casos de contratación y subcontratación reales.

3.2.- Teoría de la Culpa Invigilando.

Se ha hablado también de una culpa *in vigilando*. Thayer y Novoa señalan que "compete al dueño de la obra, o al contratista, según el caso, adoptar los necesarios resguardos previos a

[8] Revista de Derecho del trabajo y seguridad social V.1 N1 2010 Paginas. 17-27/ "La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral: Algunas consideraciones sobre su naturaleza y efectos".

fin de informarse bien sobre la calidad de la persona con quien contrata, su forma de cumplir las obligaciones, y además puede convenir la adopción de m edidas de fiscalización y control sobre la forma comoel contratista o subcontratista esté dando cumplimiento a sus obligaciones laborales y previsionales". Pero esta teoría tampoco entrega un fundamento satisfactorio para las responsabilidades laborales asociadas al contrato o subcontrato de obra o servicio. En primer lugar, porque si pese al actuar precontractual diligente del empresario principal, el contratista empleador incumple sus obligaciones, aquél deberá responder de todos modos frente a los trabajadores de éste, como mínimo subsidiariamente. Y, en definitiva, porque esta teoría presupone –y por ende no explica- la posición de garante del empresario principal respecto de los derechos de trabajadores ajenos.

3.3.Teorías de los riesgos empresariales.

Se trata sin duda de la moderna explicación del fundamento y extensión de la responsabilidad de la empresa y constituye una aplicación a la moderna producción de bienes y servicios, del viejo principio del riesgo creado.

Esta doctrina surge como reacción a las limitaciones y problemas que plantea la doctrina de la culpa frente a modernos quehaceres empresariales, sobre los daños causados con ocasión del ejercicio de las actividades industriales altamente desarrolladas.

Esto surge en a principios de siglo XX por juristas norteamericanos, pero la moderna perspectiva ha sido divulgada a mitad de siglo por la Escuela de Análisis Económico del Derecho. Esta teoría plantea lo siguiente: "constituye un medio para distribuir eficientemente el costo económico del daño causado a la víctima, prevenir y distribuir su costo entre el mayor número de personas posible. El empresario debe pagar el daño, internalizado como un costo propio de su actividad, mediante la toma de seguros civiles cuya prima es un costo más de su actividad industrial".

4.- RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN ACCIDENTES LABORALES DEL TRABAJADOR SUBCONTRATADO.

Abordaremos el tema de la Responsabilidad desde el punto de vista de dos teorías; a saber:

4.1. Doctrina Civilista.[9]

El asunto radica en saber si quien encarga por contrato la ejecución de una obra, trabajo o servicio (empresa principal) a un contratista externo –el que, a su vez, tiene o contrata empleados bajo su dependencia, asignándolos a esa tarea particular– es o puede llegar a ser civilmente responsable por los daños que sufran estos trabajadores durante la ejecución de las faenas contratadas, todo de acuerdo a lo señalado en nuestro vigente Código del Trabajo. En otras palabras, ¿cuál es el correcto sentido y alcance del actual artículo 183-B del Código del Trabajo?

Sin embargo, y antes de intentar responder a esta importante cuestión, creemos conveniente resaltar de antemano dos aspectos relevantes en los cambios introducidos por la Ley Nº 20.123 de 2006 al régimen o esquema de responsabilidad laboral contemplado en el articulo 64 del Código del Trabajo.

En primer término, uno de los cambios importantes introducidos por la ley 20.123 es que ahora la empresa principal, dueña de la obra o faena, responde en forma solidaria –y no subsidiaria– de las obligaciones laborales y previsionales del contratista para con sus empleados o dependientes. Se abandonó la subsidiariedad y se optó por una solidaridad pasiva legal entre el contratista (empleador directo) y la empresa principal.

En segundo término, otra de las modificaciones relevantes al régimen jurídico anterior es que hoy la empresa principal sólo responde solidariamente de las obligaciones laborales y previsionales de su contratista para con los empleados de éste, pero no así de las obligaciones laborales y previsionales del subcontratista para con su propio personal, pues respecto de este último la responsabilidad de la empresa principal sigue siendo subsidiaria.

Realizadas estas dos precisiones, entremos derechamente a la cuestión planteada. En efecto, para

[9] .- : Pedro Zelaya Etchegaray/ La responsabilidad solidaria de la empresa principal frente a los daños experimentados por el trabajador del contratista: un análisis dogmático y jurisprudencial Autor 2006

saber cuál es el correcto sentido y alcance de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, conforme al articulo 183-B del Código del Trabajo, es muy importante conocer cuál fue la postura de los autores y de nuestra jurisprudencia judicial –mayoritariamente de índole laboral– respecto del antiguo y hoy derogado articulo 64 del Código del Trabajo. Ello es clave, pues el actual régimen legal aplicable a la responsabilidad de la empresa principal – solidaridad pasiva legal - respecto de las obligaciones laborales del contratista, y subsidiaridad respecto de las obligaciones laborales del subcontratista– no cambia ni modifica en nada una solución sustantiva o de fondo al tema planteado.

A este respecto debemos recordar que, en nuestra práctica forense y de acuerdo a la jurisprudencia surgida en torno al hoy derogado articulo 64 del Código del Trabajo, se podían distinguir dos formas de concebir y estructurar la responsabilidad del dueño de obra o faena frente a los daños sufridos por los trabajadores del contratista o subcontratista: i) la primera, como una forma o especie de responsabilidad vicaria o indirecta del empresario dueño de la obra; y ii) la segunda, como una simple garantía legal de carácter estrictamente laboral.

Aunque estimamos que esta dualidad interpretativa no tuvo –ni tiene actualmente– asidero normativo alguno en nuestro ordenamiento jurídico vigente, es claro que ella se produjo en la doctrina y en la jurisprudencia que interpretó y aplicó el hoy derogado articulo 64 del Código del Trabajo, de forma que –si no se rectifica a tiempo– podría volverse a producir respecto del actual articulo 183-B del mismo cuerpo normativo.

La responsabilidad solidaria de la empresa principal establecida en el Código del Trabajo constituiría una peculiar forma o particular especie de responsabilidad vicaria, indirecta o sustituta de aquélla por los hechos del contratista.

Bajo este esquema, una vez establecida la responsabilidad civil del contratista y empleador directo del trabajador accidentado, el dueño de obra, empresa o faena responde civilmente de tales daños, sin que pueda probar su diligencia y cuidado en la prevención de tal daño. De esta forma, y con esta peculiar interpretación, no sería necesario atribuir culpa o negligencia a la empresa principal en la producción del accidente o enfermedad profesional–y, de hecho, puede que haya sido en extremo diligente al elegir, seleccionar y vigilar al contratista o bien, que haya sido imposible para ella evitar el accidente– sino que la empresa principal

responde civilmente por el solo hecho de ser dueño de la obra o faena y haber encargado a un contratista –con bienes, personal, organización propia– la ejecución de faenas útiles o necesarias para cumplir su giro o tráfico habitual.

En todo caso es interesante observar que, en la mayoría de estos fallos, la sentencia definitiva firme o ejecutoriada se encargó de señalar –sólo *obiter dicta* pero no sin cierta contradicción con las consideraciones *decisoria litis*– que existió algún grado de culpa o negligencia en el dueño de la obra, empresa o faena condenado como civilmente responsable. Así, por ejemplo, en algunos fallos se deja constancia de la existencia de: a) errores o fallas en la supervisión de los trabajos realizados por el contratista culpable. b) omisiones negligentes en la programación o en la coordinación de las obras encomendadas al contratista; c) faltas de medidas de seguridad en las instalaciones o equipos del dueño de obra, que impidieran físicamente al trabajador ingresar a una instalación con celda electrificada, o bien d) falta de fiscalización, dirección y vigilancia cuidadosa o rigurosa de las obras realizadas por el contratista.

Asimismo conviene destacar que, en esta misma línea, hay otros fallos que junto con insinuar o expresar más o menos claramente, un cierto grado de culpa o negligencia del empresario dueño de la obra indican que el solo hecho de ser éste el titular de la faena donde ocurrió el accidente (titular dominical de la obra), debe por ello responder civilmente de los daños causados por el accidente del trabajo en ella ocurrido.

Por último, hay también sentencias que señalan que el posible fundamento de esta responsabilidad objetiva del dueño de obra, empresa o faena se encontraría en el viejo principio del "*cuis commodaeius incommoda*". Es claro que esta jurisprudencia se enmarca dentro de una tendencia o interpretación extensiva y "pro operario" del Código del Trabajo pues, aplicando un esquema de responsabilidad vicaria o sustituta, disminuye uno de los riesgos más graves que amenaza siempre a la responsabilidad civil del empleador directo, esto es, la posible insolvencia de éste y, por tanto, la imposibilidad de poder ejecutar o cumplir la sentencia condenatoria.

4.2.- Doctrina Laboralista.

Hay que dejar en claro que la responsabilidad surge por una infracción de una norma legal y establece una responsabilidad Directa, pero el régimen aplicable se regula por las normas del derecho común, establecido esto, indicamos como doctrina laboralista porque consagra la responsabilidad Directa[10] por nueva configuración del articulo 183 E introducido al Código del Trabajo por la Ley N° 20.123. Dispone esta norma: "*Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley Nº16.744 y el artículo 3º del decreto supremo Nº 594, de 1999, del Ministerio de Salud.* [inciso 2º] *En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán las obligaciones y responsabilidades señaladas en el inciso precedente, cuando quien encargue la obra sea una persona natural.*[inciso 3º] *Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1º al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador*".

De este precepto se desprende, entonces, que para analizar la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales dentro del trabajo en régimen de subcontratación se debe hacer una distinción:

i) Tratándose de la responsabilidad del contratista y subcontratista, estos responden "*respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184* del *Código del Trabajo"*, norma que a su vez los obliga "*a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud*" de éstos, "*manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales*" y debiendo "*prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una*

[10] Diez Schwerter, Jose Luis (2008): "Responsabilidad Civil derivada de accidente de trabajo y enfermedades profesionales" en *Revista de derecho de la Pontificie Universidad Catolica de Valparaíso,* Vol XXXI, 163-185

oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica".

En este aspecto el nuevo artículo 183 E del Código del Trabajo nada innova en relación con la regulación anterior, pues el texto del aludido artículo 184 se ha mantenido inalterado luego de la dictación de la Ley N° 20.123.

ii) En lo que respecta a la responsabilidad de la empresa principal, la Ley N° 20.123 introdujo aspectos destacables, pues derogando la responsabilidad "*subsidiaria*" del dueño de la obra, empresa o faena contemplada en el antiguo artículo 64 del Código del Trabajo, estableció ahora expresamente en el inciso 1° del nuevo artículo 183 E de este cuerpo legal como obligación directa de la empresa principal el "*adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley Nº 16.744 y el artículo 3º del decreto supremo Nº 594, de 1999, del Ministerio de Salud*". En todo caso en lo que atañe al reenvío que se hace allí al artículo 3º del Decreto supremo Nº 594, de 1999, del Ministerio de Salud, tampoco representa una mayor novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pues dicha norma ya existía al dictarse la Ley N° 20.123, estableciendo al efecto que: "*La empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores que en ellos se desempeñan, sean éstos dependientes directos suyos o lo sean de terceros contratistas que realizan actividades para ella*".Lo que sí constituye una innovación es la referencia al nuevo artículo 66 bis de la Ley Nº 16.744 introducido también por la Ley Nº 20.123, precepto que en su inciso 1° dispone que: "*Los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, deberán vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad"*, añadiendo que deberán para ello implementar un *"sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores.* El referido artículo 66 bis añade en su inciso 2° que: "*Para la implementación de este sistema de gestión, la empresa principal deberá confeccionar un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas, en el que se establezca como mínimo las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades*

preventivas, a fin de garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas. Asimismo, se contemplarán en dicho reglamento los mecanismos para verificar su cumplimiento por parte de la empresa mandante y las sanciones aplicables".

Finalmente el inciso 3° de este nuevo artículo 66 bis de la Ley N° 16.744 agrega que: "*Asimismo, corresponderá al mandante, velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas, aplicándose a su respecto para calcular el número de trabajadores exigidos por los incisos primero y cuarto, del artículo 66, respectivamente, la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en un mismo lugar de trabajo, cualquiera sea su dependencia. Los requisitos para la constitución y funcionamiento de los mismos serán determinados por el reglamento que dictará el Ministerio del Trabajo y Previsión Social",* lo cual fue cumplido por medio del Decreto supremo Nº 76, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social (publicado en el *Diario Oficial* de 18 de enero de 2007), con el cual se aprobó el *"Reglamento sobre la aplicación del artículo 66 bis de la Ley N° 16.744 sobre la gestión de la seguridad y salud en el trabajo en obras, faenas o servicios que indica*".Así las cosas, existiendo ahora una obligación directa para la empresa principal de "*adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena* (en los términos señalados precedentemente) y alcanzando ella a los trabajadores de sus contratistas o subcontratistas, surge a continuación el problema de determinar la naturaleza de la responsabilidad que le asiste en caso de que incumpla culpable o dolosamente dicha obligación directa y ese incumplimiento sea la causa de un accidente del trabajo o enfermedad profesional que ocasione perjuicios a un trabajador de un contratista o subcontratista y éste le demande su resarcimiento.

5.- ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD.

El trabajador que sufrió el accidente demanda directamente a la empresa principal ¿Cómo podemos establecer la responsabilidad Civil o Contractual de la Empresa? Para ello recurriremos al Articulo 183 E del Código del Trabajo introducido por la Ley 20.123. Así por medio del Art. 66 de la Ley 16.744 introducida por la Ley 20123 recuerda que los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena, o servicios propios de su giro tienen entre otras la obligación de vigilar el cumplimiento por parte del contratista o subcontratista de la normativa de higiene y seguridad lo que trae aparejado el cumplimiento de medidas especificas

que luego desarrolla.

Argumento central sobre la responsabilidad directa de la Empresa principal o mandante por los accidentes laborales sufrido por los trabajadores subcontratados.

Establecido entonces que la Empresa principal tiene la Obligación de adoptar medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, faena o servicios, ésta obligación alcanza a los trabajadores subcontratados.

Luego de producirse los accidentes de trabajo, se da por establecido el incumplimiento de la obligación y nace para el trabajador la acción para demandar directamente el resarcimiento de los perjuicios ocasionados. El problema que se presenta entonces es que el Derecho Común nos da dos soluciones posibles donde fundar la acción:

Primero, que al no existir una vinculación contractual entre el Mandante y el trabajador subcontratado, la responsabilidad que se genera es de naturaleza extracontractual p or Hecho o Culpa propia[11] fundada en los artículos 2314 al 2320 del Código Civil, o bien, por hecho o culpa de sus empleados o dependientes establecida en los artículos 2320 al 2322 regidas por el Título XXXV del libro IV del Código civil.

Desde ya dejamos establecido que la tesis a la cual adherimos es la Responsabilidad de la empresa Principal como responsabilidad contractual en virtud del artículo 183 E del Código del trabajo. Reproducimos el Fallo que señala: *"Su cabal cumplimiento es de una trascendencia superior a la de una simple obligación de una de las partes en un negocio jurídico, pues ella mira a la prevención de los riesgos profesionales, lo que importa a sus trabajadores, a su familia, a la sociedad toda, como por razones ético sociales"*

5.1 Acciones y regímenes.[12]

Acción es la pretensión judicial encaminada a tutelar un derecho o posición jurídica, que se integra de tres elementos: Sujeto titular de la acción, Objeto pedido y la causa a pedir. Ésta última se define legalmente como el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio. En las hipótesis en estudio y por la dualidad de regímenes que existen, se produce dualidad de

[11] .- Pedro Zelaya Etchegaray (obra citada)

[12] Ramón Domínguez Águila Dr. (obra citada)

acciones a lo cual el litigante debe elegir correctamente el tipo de acción que corresponde a su pretensión so pena de ser desechada. Es por ello que es de suma importancia la elección apropiada de la acción que se va ejercer para obtener la reparación integral del daño causado en un accidente laboral, ya que los estatutos tienen diferencias en cuanto a la legitimación, a la prueba, a la culpa, prescripción y extensión de daños indemnizables.

¿Pueden ejercerse las acciones de responsabilidad contra el subcontratista y la empresa principal?[13]

El problema que se presenta es respecto al régimen que corresponde a la acción que puede deducirse contra la empresa principal por el accidente laboral de un trabajador de la empresa subcontratada. Como se ha visto ya no se trata de una responsabilidad derivada o subsidiaria, sino que se trata de una responsabilidad autónoma y por negligencia en el incumplimiento de una obligación legal que directamente impone a la empresa principal. No hay vínculo contractual entre la víctima y la empresa principal que pueda fundamentar la responsabilidad contractual. Es por ello que los tribunales laborales deben declararse incompetentes para conocer de este tipo de acciones fundadas en el 183 E, y la competencia es Civil (En este momento está en el congreso una moción para cambiar esta norma del Art. 420 de Código del Trabajo que daría solución a este problema).

Sin embargo sabemos que los Juzgados Laborales han resistido a asumir esta incompetencia antes las demandas planteadas después de la reforma de la ley 20.123 durante el año 2006. Y han señalado que sería absurdo que el trabajador quedase en peor condición de la que existía.

Es por ello que el articulo 183 E establece una mejoría en la posición del trabajador subcontratado, y por lo mismo se requiere urgente una modificación al articulo 420 letra f, para evitar los problemas interpretativos.

5.2.- Caso de Victimas por Repercusión.[14]

---

[13] Alfredo Sierra Dominguez/ *La Respondabilidad del empleador por enfermedades profesionales de sus trabajadores Cuadernos de extensión Juridica U. de los Andes N°20 2011 pag 37.46*

[14] Diez Schwerter, Jose Luis (2008): "Responsabilidad Civil derivada de accidente de trabajo y enfermedades profesionales" en *Revista de derecho de la Pontificie Universidad Catolica de Valparaíso,* Vol XXXI, 163-185

Si una victima por repercusión demanda indemnización de perjuicios derivado de un accidente del trabajo o enfermedad profesional por su daño propio, se entendió que debe recurrir a la vía civil correspondiente, pues calificadas sus acciones como de naturaleza civil extracontractual, se entienden quedar fuera de la competencia laboral, ventilándose normalmente a través del juicio ordinario civil, debiendo, por regla general, probar la culpa del empleador, sin que exista la posibilidad de hacer valer la "*responsabilidad subsidiaria*" del "*dueño de la obra empresa o faena*" (no contemplada en el régimen general de responsabilidad civil extracontractual), con un plazo de prescripción de sus acciones que, al menos para algunos, se entendió de cuatro años (aplicando el artículo 2332 del Código Civil), con limitaciones específicas a la prueba de testigos, y apreciándose en el juicio civil la prueba según el sistema de prueba legal o tasada, entre otras características importantes.

Si quien demanda a la empresa principal o al contratista o subcontratista es una víctima indirecta (pariente o cercano del trabajador directamente afectado), por su daño propio, la responsabilidad será de naturaleza civil extracontractual y de competencia de la jurisdicción civil pues el artículo 420 letra f) del Codigo del Trabajo excluye precisamente estas hipótesis.

5.3.- <u>En cuanto a los Daños reparables.</u>

Los fallos judiciales sobre responsabilidad reparatoria de empresas por daños provocados a trabajadores accidentados en el trabajo o enfermos por causa del trabajo, se refieren a la procedencia o improcedencia de compensar el *daño emergente*, *lucro cesante* y *daño moral*.

El *daño emergente* es la porción del patrimonio del trabajador accidentado o enfermo, que disminuyó por causa del accidente o enfermedad. Habitualmente el seguro legal por accidentes y enfermedades profesionales cubre los gastos de atención y recuperación, por lo que usualmente no se discute judicialmente su reparación.

El *lucro cesante* es la ganancia que se deja de percibir por la capacidad laboral que se pierde por causa del accidente o enfermedad sufridos. El *lucro cesante* es el daño futuro, que para ser determinado requiere analizar de qué forma los efectos del accidente o enfermedad impiden a la víctima percibir un provecho o beneficio económico que razonablemente habría obtenido de no haber ocurrido el siniestro

En principio, legalmente la reparación de todos ellos procede, una vez acreditada la negligencia empresarial y cómo ello fue causa del accidente o enfermedad sufridos por el trabajador (en los juicios de responsabilidad contractual) o cuando se prueba el dolo o culpa del empleador, y su relación causal con el daño producidos a los demandantes (en los juicios de responsabilidad extra contractual).

La apreciación de los daños patrimoniales (*daño emergente* y *lucro cesante)* y extra patrimoniales (*daño moral)* producidos a trabajadores accidentados en el trabajo o enfermos en el lugar de trabajo, es compleja y está entregada a la apreciación discrecional de los jueces. De hecho, la casi totalidad de las apelaciones en los juicios sobre responsabilidad reparatoria de empresas, en que el juez de instancia concedió reparación a favor de los demandantes, solicitan que la Corte revise el monto de la compensación, para subirlo si apela el trabajador o reducirlo si apela la empresa. Sin embargo, los montos de indemnización son fijados por los jueces de acuerdo a las reglas de la sana crítica, ya que no existe una norma legal que establezca los alcances de daño a indemnizar, por lo que la compensación es regulada discrecionalmente por los jueces en uso de sus facultades privativas, de tal suerte que no puede alegarse infracción alguna a normas legales respecto a la evaluación del daño y su respectiva compensación.

En realidad, los jueces chilenos suelen ser conservadores al fijar los montos de reparación por los daños patrimoniales y extra patrimoniales sufridos por trabajadores accidentados o enfermos, o por los sufridos por parientes de ellos, a causa de los siniestros laborales padecidos por trabajadores, bajo la orientación de evitar enriquecimientos injustificados por la vía de otorgar sobrecompensaciones. Pero esta marcada precaución judicial ha perjudicado a víctimas de accidentes laborales y enfermedades profesionales y a sus familiares, incluso cuando trabajadores han muerto en su trabajo: Cuando el trabajador de un expendio de bencina falleció luego de un asalto armado, la Corte finalmente ordenó indemnizar a la viuda y a las tres hijas del difunto (una menor y dos mayores de edad) con sólo 20 millones de pesos (C.S. Rol 1150-03/12.06.2005); un menor de 15 años que trabajaba como obrero agrícola sufrió la amputación de los cinco dedos de una mano y la Corte ordenó que se le indemnizaran con 20 millones de pesos (C.S. Rol 684-02/11.04.2002); Un chofer falleció en su trabajo en un accidente, dejando a la

viuda y a tres hijas sin sustento, pero los tribunales decretaron una indemnización de 19 millones para todos ellos(C.S.Rol 1187-02/07.05.2002)

La estimación judicial de *lucro cesante* como daño futuro y probable, invita a los jueces a considerar varios elementos para concederlo o denegarlo y la variedad de opiniones en los tribunales es amplia: se trata de considerar la certidumbre del daño futuro para el trabajador y su determinación de forma precisa y equitativa. Hasta ahora, la mayor claridad jurisprudencia ha estado en lo que no debe ser considerado para estimar el *lucro cesante*: habitualmente se demanda como compensación de lo que no se ganará por la incapacidad sobreviniente, el monto del salario que tenía el trabajador accidentado multiplicado por todos los años que le faltaban para jubilar. Pero los jueces han decretado que la probable vida útil del accidentado es insuficiente para evaluar el *lucro cesante*. Asimismo, los jueces han insistido que para que el *lucro cesante* sea indemnizable, debe tratarse de privación de ganancia cierta y no de la mera posibilidad de su obtención en el largo plazo, para lo cual debe considerarse la pérdida efectiva de capacidad del afectado. También ha servido para denegar o disminuir el monto de compensación por *lucro cesante*, que el afectado sea titular de una pensión por invalidez parcial o que el hijo que demanda *lucro cesante* por su parte muerto, esté percibiendo una pensión de orfandad.

Recientemente, algunos fallos de apelación han promovido la tendencia a objetivizar, en parte, la estimación del *lucro cesante* para su compensación, proponiendo criterios específicos que permitirían su apreciación: La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que "se deberán considerar la edad, remuneración y las labores desarrolladas por al demandante, para proyectar las consecuencias de la incapacidad sufrida, por un período coherente con lo normal y previsible (C. Apelaciones Stgo. Rol 1367-99). Esta misma Corte ha considerado que el grado de invalidez del trabajador demandante determinado por el COMPIN, señalando "es útil para evaluar el *lucro cesante* a reparar. El porcentaje de incapacidad legalmente determinado debe ser referente para determinar perjuicio patrimonial que pretende el actor, como ingresos que dejará de percibir durante su vida activa como consecuencia del accidente sufrido" (C. A. Stgo Rol 3398-07)

5.4.- El Daño Moral.[15]

Está constituido por el padecimiento que involucra para el accidentado, enfermo o cualquiera persona, enfrentar un siniestro que produce aflicción y conmoción.

Tradicionalmente la jurisprudencia chilena fue reacia a conceder compensación de tales sufrimientos, pero lentamente se impuso la doctrina de que sí deben compensarse. En la actualidad no se discute que el daño moral sea indemnizable y que no requiere ser probado, quedando entregada la fijación del mismo al mérito del proceso y al prudencial criterio del juez, entendiéndose por tal el sufrimiento, dolor o afección psicológica que lesione el espíritu, manifestándose en pesadumbres y depresiones de ánimo, dolor y pesar

La cuantía de la compensación por *daño moral* es prudencialmente tasada por el juez, usualmente de monto reducido y no está necesariamente asociado a la envergadura o gravedad del daño físico sufrido por el trabajador accidentado. En realidad, incide la magnitud del accidente, el monto del salario del afectado y su capacidad para seguir generando ingresos para sí y sus familiares.

Uno de los casos en el que fue fijada una de las compensaciones por *daño moral* más altas, fue especialmente dramático: un trabajador subcontratado de 23 años, que se desempeñaba en labores de aseo, fue requerido por el personal de la empresa en la que prestaba servicios para arreglar una falla en el suministro eléctrico, recibiendo cuando lo hacía, una descarga eléctrica que lo mató en el acto. Su viuda, hijo y madre, demandaron reparación de *lucro cesante* y *daño moral*, alegando que el trabajador fallecido era su único sustento económico, pese a recibir un sueldo muy bajo -apenas el ingreso mínimo -. Tal situación fue considerada por los jueces, especialmente por la Corte Suprema, que además remarcó que los demandantes no percibían ninguna pensión o beneficio. Finalmente, el monto de la compensación de *daño moral* se fijó en 60 millones (US$ 121.210 aprox.) para el hijo, 30 millones (US$ 60.600 aprox.) para la viuda y 15 millones (US$ 30.300 aprox.) para la madre.

Fallos recientes han comenzado a aludir a diversas manifestaciones del *daño moral*, más

[15] .- María Sara Rodríguez Pinto. Tendencias en el Daño moral por muerte o lesión corporal de una trabajador en la jurisprudencia Civil y Laboral . Cuadernos de extensión Jurídica U. de los Andes N°20 2011 pag. 81-101

sofisticadas que la sola mención al dolor o padecimiento, las que también pueden ser compensadas con la resolución judicial: "...El grado de invalidez ocasionado al actor accidentado -además de su incapacidad total para el trabajo- le ha creado incapacidad para realizar funciones naturales que entorpecen gravemente el desarrollo normal de su vida personal y la de relaciones sociales, incluida su relación conyugal; todo lo que le ha causado graves sufrimientos (...)atendida la extraordinaria gravedad de dicho daño, (se)aumentará el monto de la indemnización". "En efecto, al *pretium doloris* de la persona afectada se suman otros aspectos del daño moral, como lo son el daño estético, el cambio en las circunstancias y modos de vida, las limitaciones que experimentará el resto de su vida, el posible daño sexual, entre otros"

6- **CONTENIDO DEL DEBER DE PROTECCIÓN ARTÍCULO 184 DEL C. DEL TRABAJO**[16]

El artículo 184 del Código del Trabajo señala: *El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.*

Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica.

El artículo 184 del CT establece el deber general de protección de la vida y la salud de los trabajadores, norma que se encuentra incorporada a todo contrato, siendo un elemento de la esencia de éstos.

De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 1547 inciso 3º del Código Civil, aplicable en la especie, incumbe la prueba de la diligencia o cuidado al que ha debido emplearla y la del caso fortuito al que lo alega. Los artículos 7 y 8 del DS.76, expresan claramente la idea del legislador

[16] . Marcelo Barrientos zamorano / La obligación de seguridad en la subcontratación laboral: previsibilidad del hecho y del daño *revista chilena de derecho,* vol. 39 n0 1, pp. 77 - 111 [2012].

en cuanto a la preocupación que la empresa principal o dueña de la obra aplique la normativa vigente sobre seguridad ocupacional en especial el artículo 184 del Código del Trabajo.

Señalan las disposiciones del DS 76:

Articulo 7°.- *La empresa principal deberá implementar en la obra, faena o servicios propios de su giro un Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo o Sistema de Gestión de la SST, para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores, pudiendo incorporar a la respectiva obra, faena o servicios al Sistema de Gestión que tenga implementado para toda la empresa.*

Artículo 8°.- *Se entenderá por Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo al conjunto de elementos que integran la prevención de riesgos, a fin de garantizar la protección de la salud y la seguridad de todos los trabajadores.*

En aquellas obras, faenas o servicios en que el número total de trabajadores, sin importar su dependencia, sea más de 100, el Departamento de Prevención de Riesgos de Faena, dará la asesoría técnica que se requiera para la implementación y aplicación de este sistema de gestión.

En aquellas obras, faenas o servicios en que el número total de trabajadores, sin importar su dependencia, sea más de 50 y hasta 100 y la empresa principal cuente con un Departamento de Prevención de Riesgos Profesionales, éste dará la asesoría técnica que se requiera para la implementación y aplicación de este sistema de gestión. En caso que la empresa principal no cuente con dicho departamento, podrá solicitar la asistencia técnica de su organismo administrador de la Ley N°16.744.

Se debe aclarar además, que el articulo 3 de este cuerpo legal dispone que en ningún caso los empleadores directos puedan eludir su responsabilidad en materia de seguridad ocupacional. ***Artículo 3°***.- *Las disposiciones de este reglamento, en caso alguno, eximirán a la empresa principal, así como tampoco a las empresas contratistas y subcontratistas, de sus obligaciones individuales respecto de la protección de la seguridad y salud de sus trabajadores, para lo cual deberán cumplir con las normas legales vigentes en dichas materias.*

Ahora bien, nuestros Tribunales de Justicia han establecido, a través de sus dictámenes, cuales son los aspectos que comprende el deber de protección establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo. Al respecto podemos señalar lo siguiente:

-La **Corte de Apelaciones de Santiago**, 03.11.97 señala "que las normas de seguridad impuestas *por imperativo social al empleador no se agotan ni satisfacen con la sola existencia de un formal reglamento de seguridad ni de anuncios, exhortaciones ni prevenciones hechas a la sola buena voluntad de los trabajadores*, sino que sólo han de tenérselas por existentes cuando el empleador mantiene elementos materiales constantes y supervigilancia auténtica en cuanto a la forma como deba o haya de desarrollarse la actividad de los trabajadores especialísimamente en faenas peligrosas como las de que se trata."

- Rol Nº 4.313-97 (Corte Suprema, 27.05.99) establece: **"**El empleador es un deudor de seguridad de sus trabajadores. La Obligación de otorgar seguridad en el trabajo, bajo todos sus aspectos, es una de las manifestaciones concretas del deber general de protección del empleador.
- Rol N° 08/2010 Corte Apelaciones Antofagasta, Considerando Séptimo: "*En efecto, dicha responsabilidad solidaria tiene su fuente en la interpretación armónica de las normas contenidas en los artículos 183 B y 183 E del texto del ramo, el primero, al fijar los requisitos que le dan vida y el segundo, que asigna a la empresa principal, -en la especie Codelco- la responsabilidad en comento, conforme prescribe en su inciso primero: "deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboren en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la Ley N° 16.744 y en el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud "*

6.1. Naturaleza Jurídica del Deber de protección establecido en el articulo 184.

Respecto a este punto estimamos que estamos frente a una nueva configuración de la obligación de seguridad. Las obligaciones de seguridad e higiene, que están en la base de un incumplimiento que provoca un accidente o enfermedad en un trabajador, son más estrictas luego de la reforma de 2007, por ello traen aparejada una extrema diligencia, por las características de los bienes jurídicos que se tratan de proteger, esto es, vida y salud de los trabajadores. De este modo lo han afirmado nuestros tribunales, señalando: *" El artículo 184 del Código del Trabajo contiene sin duda una obligación de seguridad que debe cumplir el*

empleador hacia sus trabajadores dependientes, lo que significa que está obligado a velar por su seguridad e integridad a todo evento y es, en consecuencia, el empleador quien debe probar el cumplimiento de dicho deber, máxime que en este caso, en el ámbito de la responsabilidad contractual, la culpa se presume, acorde a lo previsto en el inciso tercero del artículo 1547 del Código Civil"

No es de extrañar, entonces, que la normativa de seguridad e higiene se asemeje a una responsabilidad objetiva o en grado de culpa levísima al menos. La propia noción de culpa pareciera quedar como implícita en la conducta de quien debiendo no cumple con su obligación. La diligencia obligada y su inobservancia conllevan, en gran parte de los casos, una negligencia en el cumplimiento de la prestación. Pese a lo anterior, al contratista no puede exigírsele que garantice que el accidente laboral no se va a producir. Si así fuera estaríamos exigiendo un comportamiento más allá de lo razonable, una auténtica contradicción jurídica. Lo que sí puede pedírsele es que lo prevea en el hecho que potencialmente lo causaría y en la mitigación de los daños una vez que se produzca.

Lo que queremos significar, es que la obligación de seguridad en estos casos ha salido fortalecida y es más exigente. Esta severidad en la nueva ley coloca una carga rigurosa de prueba al empleador o contratista. No es una culpa derivada, en segundo plano o a consecuencia de otra, sino una responsabilidad por culpa propia o *directa.*

Luego, si hay accidente, todo pareciera indicar que se debe responder, tal y como señala la jurisprudencia reciente. Ahora bien, si se adoptan todas las medidas, no debiera concurrir responsabilidad de la empresa principal, aunque si el daño se produce, pareciera difícil, a la luz de los precedentes judiciales, eludir la responsabilidad directa de la empresa principal.

<u>a) Naturaleza Contractual del deber de Protección</u>. Estos deberes son recíprocos, es decir obligan tanto al empleador como al trabajador. Sin embargo, a nivel derecho comparado se plantea una dualidad de fundamentación que alguna parte de la doctrina la ha trasladado a nivel nacional, señalando que encuentra su razón de ser en el contrato de trabajo.

En cuanto al carácter contractual tenemos al artículo 1546 del Código Civil en relación al artículo 1 de la Constitución Política de Chile. Es así que la Jurisprudencia de nuestros

tribunales ha entendido que "*si la demanda es de un trabajador contra su empleador, se trata de una acción de naturaleza contractual, cuya competencia queda entregada a los Juzgados del Trabajo en razón del Art. 420 del Código del Trabajo letra f.*

b) Naturaleza legal del deber de Protección. Para algunos autores el fundamente esta dado por una norma de jerarquía constitucional, cual es, el Derecho a la Vida y a la Integridad Física y Síquica, que se reafirma en materia laboral a través de las normas establecida en el Articulo 184 y en materia de subcontratación en el Articulo 183 E, es por ellos que estos gozan de una doble vertiente de protección constitucional y legal.

De ahí que surge la necesidad de establecer si el Deber de dar protección a los trabajadores es una Obligación de medios o actividad o de resultado.

La doctrina y el derecho comparado no se han puesto de acuerdo en establecer si este tipo de deberes son de resultado, es decir, el deber del empleador de garantizar la vida y la salud, luego de la ocurrencia de un daño, o si por el contrario solo obligan al empleador a respetarlos, poniendo la diligencia razonable a las circunstancias del caso, esto es poner los medios para que esto no se produzca.

En el caso Chileno podemos decir por la redacción del Artículo 184, al señalar textualmente "proteger eficazmente", lo que implica que está exigiendo algo más que respetar y entregar medios, sino que está exigiendo un resultado.

La jurisprudencia ha señalado al respecto "*Con las medidas de seguridad no se están protegiendo valores patrimoniales, sino ulteriores, por lo que la ocurrencia de un accidente de trabajo pone de manifiesto un fracaso en las medidas que ha debido adoptar el empleador para proteger ambos bienes. O no se han adoptado las medidas necesarias o las puestas en ejecución han sido ineficaces. Es por ello que el empleador responde de culpa levísima. Ya que tiene la obligación que nada ocurra a sus trabajadores mientras estos prestan sus servicios.* "L*a mera existencia de un reglamento interno y el posible conocimiento de su contenido pudiera tener el trabajador no es suficiente para estimar satisfecha la obligación a la que alude el Articulo 184.* (C. de Apelación de Concepción)

Luego el empleador deberá probar en juicio el cumplimiento de los deberes de seguridad, de modo tal que pueda exonerarse de responsabilidad y en caso de no ser posible ello, atenuarla.

Pero para alguna parte de la doctrina nacional poner en esta posición extrema el deber de protección vendría a vulnerar el articulo 19 N°26 de la Constitución Política de Chile, es decir, ejercer el legitimo derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Por lo cual un sistema de seguridad en el trabajo que implique o garantice evitar todo tipo de accidentes resulta a la vez un imposible.

Por razones que extralimitan nuestro estudio no veremos aquí las cuestiones que se plantean por la culpa o el hecho de la victima frente a la pretensión indemnizatoria.

Es preciso señalar, que la aplicación del artículo 183-E, tiene una interpretación contra corriente. Si bien es cierto, para ampliar su cobertura de respaldo el trabajador víctima de un accidente, puede demandar a su empleador directo, quien por la aplicación de la ley de Subcontratación no se ha eximido de forma alguna de la responsabilidad derivada del artículo 184 del Código del Trabajo, en relación al artículo 69 de la ley 16.744 y, al contratista, conjuntamente con el principal, tal acción procesal, derivaría en una concluyente impertinencia formal, si por decisión propia se limitara a demandar al principal, basado que éste es responsable directo conforme lo expresa en el citado artículo 183-E. En este sentido, el todo procesal laboral no pasa a ser la suma de las partes, respecto a la aplicación del artículo 183-E. Tal hipótesis se basa en disposiciones orgánicas como son las de competencia, señaladas en el Código del Trabajo respecto a las demandas por accidentes del trabajo que quiera enderezar el trabajador víctima contra su empleador y, se encuentra ordenado por el articulo 420 letra f) del Código del Trabajo. Obviamente, el principal no es su empleador, ergo, no cabría a su respecto, sino la acción por responsabilidad extracontractual cuyo procedimiento es el civil.
Es por lo cual plateamos, que no es posible asilarse en una interpretación ajena al sentido protector del Derecho Laboral, al propósito tenido en vista por el legislador y a la circunstancia que ha sido el estudio de una realidad incuestionable que le ha obligado a generar una proposición jurídica con claro sentido de justicia laboral y social.

A modo de Conclusión.-

Si el espíritu que motivo el cambio en la a Ley 20.123, de clara esencia protectora del Derecho Laboral y la fuerza que entraña el principio de la realidad que emerge de las relaciones de producción, que fueron tenidas en vista para la dictación de la Ley que regula el régimen de

subcontratación, se puede afirmar que las responsabilidades que emergen de la Ley, desbordan la simple división dualista de lo contractual y extracontractual. En el caso del articulo 183-E del Código del Trabajo, es la Ley quien dispone la forma y el modo de conocer por la jurisdicción, las demandas resarcitorias originadas en el incumplimiento de la Legislación laboral, en especial, en el deber de cuidado del empleador o del principal o del contratista, quienes deben someterse, individualmente o en conjunto, al juicio laboral.

El sistema recogido en la Legislación chilena, es un sistema complejo, que introduce tesis civilista que son ajenas a la esencia protectora y a los principios del derecho laboral, que son ellos y no otros, los que debe tener el juez al momento de sentenciar.

Nuestro país, donde el modelo de flexibilidad laboral y de subcontratación hoy implica más del 35% de la fuerza laboral, se requiere una reforma que regule de manera sistemática un solo régimen de reparación integral en el sistema de responsabilidad por accidentes laborales de los trabajadores en régimen de subcontratación.

CAPITULO TERCERO.

1. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL CHILENO.

A continuación haremos referencia a fallos que indican ciertas tendencias doctrinarias.

a) Rol 3168-2007 Corte de Apelaciones de Santiago[17]

Contenido del Deber de Seguridad.

Esta sentencia trata dos temas: 1) Mandato de Art. 184 de Código del Trabajo implica la eficaz protección de salud 2) Empleador infringe deber de seguridad si mantiene a trabajador en sección que deteriora su salud.

Santiago, veintiocho de marzo de dos mil ocho. Vistos:

Y SE TIENE, ADEMÁS, PRESENTE:

[17] Rol 3168-2007 Corte de Apelaciones de Santiago esta sentencia fue muy importante es su momento porque estableció el contenido de la obligación de seguridad.

1°.- *Que el mandato del artículo 184 del Código del Trabajo apunta a la adopción de todas las medidas tendentes a proteger la salud de los trabajadores, las que, en lo que aquí interesa, deben apuntar, primeramente, a las condiciones de seguridad en las faenas y, luego, a la mantención de los implementos necesarios para prevenir enfermedades profesionales.* (Ver anexo, n° 1).

La importancia de este fallo es que establece una conducta positiva, un hacer en la obligación de proteger la vida, y sanciona al empleador principal y contratista por los trastornos en la salud, en específico la piel del trabajador al estar expuesta a solventes y químicos. En este fallo fue abogado integrante el profesor Francisco Guerrero Tapia Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Chile.

Fundamento de la responsabilidad del empleador.

En cuanto al fundamento de la responsabilidad establecida en la sentencia atacada, y su graduación, se hace necesario agregar que el precepto legal en que se apoya la acción intentada por el actor, el artículo 184 del Código del Trabajo, establece el deber general de protección de la vida y la salud de los trabajadores, impuesto por el legislador a los empleadores, en términos tales que éstos son deudores de seguridad para aquellos y tal obligación, bajo todos sus respectos, es una de las manifestaciones del deber general de protección, cuyo cabal e íntegro cumplimiento es de una trascendencia superior a la de una simple obligación a que se somete una de las partes de una convención y, evidentemente, constituye un principio que se encuentra incorporado a todo contrato, siendo un elemento de la esencia de éste, por lo que la importancia de su cumplimiento no queda entregada a la voluntad de las partes, sino que comprende una serie de pautas, cuyo contenido, forma y extensión se encuentran reguladas mediante normas de orden público.

b) Rol 257-11 Corte de Apelaciones de Valparaíso

Contenido del Deber de Seguridad. Esta demanda refiere a un accidente sufrido por un trabajador que se debió al incumplimiento de la empresa de su obligación de resguardar la vida y seguridad de sus trabajadores, puesto que no demarcó claramente la calzada donde debían transitar los operarios.

Señala la I. C. A Valparaíso, que corresponde rechazar el recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia que hizo lugar a la acción de indemnización de perjuicios por accidente del trabajo deducida por el trabajador demandante. Lo anterior, por cuanto el fallo recurrido razona correctamente, apreciando la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, al determinar que el accidente que sufrió el trabajador se debió al incumplimiento de la empresa de su obligación de resguardar la vida y seguridad de sus trabajadores, puesto que no demarcó claramente la calzada donde debían transitar los operarios, generando el accidente de tránsito en sus dependencias. (Ver anexo, en n° 2)

c) Rol 104-2010 Corte de Apelaciones de Concepción "El Empleador *es garante de la seguridad* de sus empleados y debe tomar las medidas para que no se produzcan accidentes laborales".

Señala la sentencia que el artículo 184 del Código del Trabajo introduce como obligación esencial del contrato de trabajo en lo que atañe a las cargas del empleador, el deber de dar seguridad efectiva a sus trabajadores, en términos de impedir que se dañe su vida o salud.

Más allá de pagar por el trabajo, el empleador es garante de la seguridad de sus empleados y, por ende, debe tomar las medidas para que no se produzcan accidentes. (Ver anexo, en n°3)

d) Rol 2892-2010 Corte Suprema Cuarta Sala (Especial) Empleador que adopta medidas de seguridad necesarias para proteger la salud de los trabajadores queda eximido de responsabilidad. En esta sentencia se establece que si no se hubiere acreditado la adopción de las medidas de seguridad necesarias para proteger la salud de los trabajadores que laboran en una empresa de la naturaleza de la demandada, el empleador debería responder de los perjuicios causados con motivo de la enfermedad profesional que afectó al demandante. (Ver anexo, en n° 4)

e) Rol 2009-2008 Corte de Apelaciones de Santiago Cláusulas de irresponsabilidad no son válidas al tratarse del cumplimiento de normas de seguridad y protección de las personas.

No cabe excusar a las demandadas de su responsabilidad, ni por el hecho de haber existido una empresa subcontratista a cargo directo de la obra y de quien era el actor trabajador

dependiente -la que también es responsable y contra la cual se podrá repetir-, ya que ello no impide que sean llamadas a juicio por sus propias responsabilidades y a elección del actor; ni por las reiteradas cláusulas de irresponsabilidad que contienen los contratos respectivos, pues ellas no son válidas en un caso como el presente y respecto del actor, atendido que se trata del cumplimiento de normas de seguridad y protección de las personas -trabajadores o no-, las que tienen el carácter de orden público en nuestro actual ordenamiento constitucional y legal, por lo que su respecto se impone de manera objetiva, Más allá de lo pactado en contratos que vinculan sólo a las partes, convenios que, además, suelen ser de adhesión

F) Rol 8755-2009 Corte de Apelaciones de Santiago

Contratista es solidariamente responsable de indemnización del daño producido como consecuencia del accidente laboral.

En lo relativo a la solidaridad demandada, el artículo 183 B del Código del Trabajo establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal con las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos. La responsabilidad del contratista en este caso emana del incumplimiento de una obligación del contrato de trabajo, por ende, de una obligación laboral; empero, la ley se refiere aquí a obligaciones laborales o provisionales. En este caso la empresa principal lleva una responsabilidad propia y directa conforme el artículo 183 E, es decir, responde por sí misma y de sí misma. De lo dicho se sigue que existe en la especie pluralidad de obligados para con un mismo acreedor, siendo el objeto Debido uno mismo: la indemnización del daño producido como consecuencia del accidente laboral de que se trata **(**Ver anexo, en numero 5)

g) Rol 8501-10 Cuarta Sala Corte Suprema.

El deber de protección en la subcontratación.

Señala este fallo que el régimen de subcontratación no exime no releva al empleador del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 184 del Código del Trabajo, debiendo adoptar las medidas necesarias para proteger

2. JURISPRUDENCIA DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO.

1.- Contrato de Trabajo en el Régimen de Subcontratación. Responsabilidad de la empresa responsabilidad solidaria.

DICTAMEN Dirección del Trabajo. —*Responsabilidad solidaria de empresa principal y contratista. "El legislador hace solidariamente responsable a la empresa principal y al contratista, de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a contratistas y a los subcontratistas, en su caso, en favor de sus trabajadores, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que corresponda pagar al término de la relación laboral.*

La aludida responsabilidad se encuentra limitada o circunscrita al lapso de tiempo durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal, como también, que esta última deberá responder de las mismas obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad de su empleador directo.

El trabajador podrá demandar tanto a su empleador directo, como a todos aquellos que de conformidad a las normas que regulan el trabajo en régimen de subcontratación, estén obligados a responder de sus derechos.

La responsabilidad que en ella se establece no procede en los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, siempre y cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

Precisado lo anterior, corresponde determinar que debe entenderse por obligaciones laborales y previsionales de dar a que alude el precepto en análisis, como también, el alcance de la responsabilidad solidaria de la empresa principal y del contratista en relación con las indemnizaciones por término de contrato y los límites en el tiempo de la misma.

En lo que dice relación con las aludidas obligaciones, debe señalarse que mediante Dictamen Nº 544/32 de 02.02.2004, en sus Nºs. 1) y 2), esta dirección fijó el alcance de las expresiones 'obligaciones laborales y previsionales' contenidas en el hoy derogado artículo 64 del Código del Trabajo, cuyas conclusiones resultan plenamente válidas a la luz de las nuevas disposiciones contempladas en el artículo 183-B de dicho cuerpo legal. Conforme al punto 1) del citado pronunciamiento jurídico, constituyen obligaciones laborales para los fines previstos en el referido artículo 64, todas aquellas que emanan de los contratos individuales o colectivos de trabajo de los dependientes del contratista o subcontratista, según

el caso, ocupados en la ejecución de la obra, empresa o faena, como asimismo, las que deriven del Código del Trabajo y sus leyes complementarias.

A su vez el punto 2) del mismo pronunciamiento, establece que revisten el carácter de obligaciones previsionales para los señalados efectos, las relacionadas con el integro de las cotizaciones de seguridad social y con la prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales respecto de los mismos trabajadores.

Armonizando todo lo expuesto, resulta dable afirmar que la responsabilidad solidaria que asiste a la empresa principal y al contratista por las obligaciones laborales de dar en favor de los trabajadores del contratista o subcontratista, según corresponda, alcanzará a todas aquellas obligaciones que, derivando de los contratos individuales o colectivos de trabajo o del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, consistan en el pago de una suma de dinero determinada.

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

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

A continuación, se hace necesario precisar las indemnizaciones por término de contrato, de cuyo pago es solidariamente responsable la empresa principal o el contratista, en su caso.

Al respecto, debemos tener presente que del propio tenor literal del artículo 183- B, antes transcrito, aparece que la aludida responsabilidad sólo corresponde hacerla efectiva tratándose de las eventuales indemnizaciones legales que procedan por tal concepto, excluyéndose así, aquellas de carácter convencional.

De este modo, en opinión de este servicio, la responsabilidad de que se trata sólo procederá respecto de las indemnizaciones que corresponde pagar cuando el término de la relación laboral se produce por aplicación de alguna de las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio escrito del empleador, comprendiéndose en ellas, la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163 y la sustitutiva del aviso previo, si correspondiere, prevista esta última en los incisos 2 del artículo 161 y 4 del artículo 162 del mismo código.

2.-Dirección del Trabajo.ORD. Nº 5267/2010

No resultaría conforme a derecho que la empresa Consorcio de Ingeniería, requiera al personal de ingenieros, suscripción de documento titulado

" **Exención de Responsabilidad**", referido a liberar de las obligaciones de seguridad e higiene laboral al empleador en caso de lesiones, accidentes y enfermedades que pudieren afectarles durante la estadía en la faena, documento que asimismo no podría ser invocado válidamente por el empleador **para eximirse de esta responsabilidad legal**, ni tampoco podría producir desprotección del trabajador de la aplicación de las normas legales previsionales que cubren tales situaciones

3.- Fiscalización del incumplimiento de la legislación laboral - Multas – Rol Nº 1185-06

Este fallo importa la competencia que tiene la Dirección del Trabajo para Multar por Incumpliendo a infracciones a la Seguridad.

1º) Que el artículo 474 del Código del Trabajo establece que La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación, corresponde a la Dirección del

Trabajo. Por su parte, el artículo 476, del mismo texto legal, otorga a los Inspectores del Trabajo, la facultad de aplicar administrativamente las multas por infracciones a la ley laboral o seguridad social. Igual facultad se reitera en el artículo 1º del DFL Nº2 de 1967 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, cuando en ella se establece que corresponde a la Dirección del Trabajo, entre otras funciones, la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral

3. JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA SUPERINTENDENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL (SUSESO).

1. Al respecto podemos mencionar, que referente al tema que nos aborda, esto es, la responsabilidad de la empresa mandante en los accidentes del trabajo sufridos por los trabajadores de la empresa subcontratada, la Superintendencia de Seguridad Social (en adelante SUSESO) menciona lo siguiente:

a. En Chile, existe una abundancia extrema en disposiciones a las que hay que atenerse en el cumplimiento de las exigencias laborales que ordenan el resguardo de la vida y la salud de los trabajadores. Además de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, aprobados por el Congreso nacional y por consiguiente, constituidos en leyes de la República, la propia Constitución se refiere a la Garantías Constitucionales entre las que destacan el Derecho a la Salud (física y síquica) y a la Vida; el Derecho a la Dignidad de la persona humana; el Derecho a la Seguridad Social, que involucra las políticas de Seguros Sociales en los que se encuentra el Seguro Social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Agreguemos los Derechos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; la garantía de la igualdad ante la Ley y todos los derechos fundamentales relacionados directamente con el trabajo.

La Ley de Accidentes del Trabajo y sus reglamentos, contienen exigencias similares relativas al control de los riesgos laborales. Entre otras, se impone al empleador la obligación de implementar todas las medidas de higiene y seguridad en el trabajo que les prescriban los servicios de salud o el respectivo organismo administrador; proporcionar los equipos e implementos de seguridad; informar de los riesgos laborales inherentes a las funciones de los

trabajadores y de las medidas de control de los mismos. Se le imponen además, condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, y otras exigencias contenidas en dispersas reglamentaciones para la prevención de los riesgos en actividades específicas, tales como, minería, puertos, faenas de almacenajes de combustibles, etc., todas ellas destinadas a regular el denominado "deber general" de protección del trabajador.

b. Ahora bien, la propia Ley Nº 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y enfermedades profesionales, en su artículo 69 prescribe, que cuando el accidente del trabajo o la enfermedad profesional se debe a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, en primer lugar, el Organismo Administrador que debió otorgar las prestaciones del Seguro Social, las mutualidades o el Instituto de Normalización Previsional (INP), podrán repetir en contra del responsable del accidente por *las prestaciones de Seguridad Social* que haya otorgado o deba otorgar, esto es, los valores de las prestaciones médicas integrales, el costo de los subsidios, indemnizaciones, pensiones de invalidez o de supervivencia, según corresponda.

En segundo lugar, esta misma disposición otorga a la víctima y a las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño, la facultad de reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, *las otras indemnizaciones* a que tengan derecho, de acuerdo al derecho común, incluso el daño moral. Respecto a esto ultimo, en el último tiempo, es cada vez más frecuente que los trabajadores que sufren accidentes no sólo exijan el pago de las prestaciones de seguridad social, sino que además demanden a sus empleadores el pago de una indemnización adicional con base al artículo 69 de la ley Nº 16.744, las cuales persiguen usualmente el pago de los daños morales que ocasionan las enfermedades o accidentes profesionales.

c)La ley no precisa quiénes tienen derecho a obtener estas indemnizaciones por daño moral y como por este se ha entendido que es el dolor o sufrimiento que le ocasiona al trabajador la ocurrencia de las lesiones y - en caso de que él fallezca -, el dolor o sufrimiento que le ocasiona a sus cercanos, los tribunales han aceptado indemnizar por este concepto al cónyuge sobreviviente, a los hijos, a veces a los padres, hermanos, e incluso convivientes, por lo que cuando fallece un trabajador es difícil determinar quién va a demandar dicha indemnización y los fallos que existen al respecto han generado situaciones complicadas.

d) La Superintendencia señala, en cuanto a que la calificación de los accidentes del trabajo, debe realizarse analizando las circunstancias y características de cada caso en particular, por lo que si bien existen conceptos generales aplicables a la mayoría de los casos, otros casos por sus características particulares o especiales pueden llevar a resolver en forma diferente. Aclarado lo anterior, se debe señalar que el inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 16.744, dispone que "para los efectos de esta ley se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo y que le produzca incapacidad o muerte". Los accidentes ocurridos "a causa del trabajo" tienen su origen inmediato y directo en el trabajo mismo, en términos tales que se enmarcan en las labores que desempeña el trabajador en el lugar y en las horas en que debe ejecutarlas y que, en aquellos acaecidos "con ocasión del trabajo", existe una ampliación del vínculo causal, ya que el siniestro tiene una relación indirecta o mediata con el trabajo realizado, pero en todo caso indubitable. A su vez, el inciso segundo del mismo artículo 5° dispone que son también accidentes del trabajo aquellos que ocurren en el trayecto directo, de ida o de regreso, entre la habitación y el lugar de trabajo.

e) En su informe final, la mesa de Revisión Normativa de la SUSESO señala que la Ley N° 20.123 (de Subcontratación), introduce modificaciones a la Ley N° 16.744en materia de seguridad y salud en el trabajo dirigida a la empresa (principal) que utiliza mano de obra en régimen de subcontratación. En particular, los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicio propios de su giro, deben vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa higiene y seguridad, debiendo para ello implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en conjunto agrupen a más de 50 trabajadores. Además, la empresa principal tiene la obligación de confeccionar un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas (destinado, esencialmente, a establecer las acciones de coordinación entre los distintos empleadores que concurren a la obra o faena) y velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario y un Departamento de Prevención de Riesgos para la obra o faena, cuando el número de trabajadores totales presentes en ésta sí lo indique.

1.- Dictamen : Fuentes Legales : Ley N° 20.123. Ley N° 16.744. D.S. N°76, de 2006, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

a) **Obligación de la empresa principal de notificar los accidentes fatales y graves y suspender la faena afectada**.

En cuanto a las obligaciones establecidas por los incisos cuarto y quinto del artículo 76 de la ley N° 16.744, los que fueron incorporados por el artículo 7° de la Ley N° 20.123, esa entidad solicita, en síntesis, un pronunciamiento respecto de si dichas obligaciones -las que comprenden la obligación del empleador de notificar inmediatamente cualquier accidente del trabajo fatal y grave y la obligación de suspender de forma inmediata la obra o faena afectada, permitiendo la evacuación de los trabajadores si fuere necesario- son o no exigibles, en el marco del trabajo en régimen de subcontratación, a la empresa principal tanto como al empleador directo del o los trabajadores afectados.

4.- REFORMAS PROPUESTAS POR LA ACTUAL ADMINISTRACIÓN.

Hemos creído de suma importancia dar conocer una serie de proyectos que se encuentran actualmente en tramitación en el Congreso en materias muy relevantes para nuestra investigación.

Tenemos:

1.- Moción de proyecto de ley que introduce sanciones para el caso de que un empleador no denuncie accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, en conformidad al Art. 76 LEY 16744.

El artículo 76 de la ley 16.744 establece la obligación al empleador de denunciar al organismo administrador inmediatamente un accidente o enfermedad que pueda ocasionar incapacidad para el trabajo o la muerte. Obliga, además, al organismo administrador de informar al Servicio Nacional de Salud los accidentes que les hayan sido denunciados.

*Las infracciones serán sancionadas con multa a beneficio fiscal de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los servicios fiscalizadores a que se refiere el inciso siguiente***.** (Ver anexo en numero 7)

2.- Moción que pretende ampliar la competencia de los Juzgados del Trabajo al conocimiento de las demandas de indemnización por responsabilidad extracontractual en caso de accidentes laborales.

Este proyecto de ley establece que, al carecer de competencia los juzgados laborales para conocer las demandas de indemnización de perjuicio fundamentadas en la responsabilidad extracontractual, cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo del empleador, por el tenor literal de la letra f) del artículo 420 del Código del Trabajo, es necesaria una judicatura especial en materia laboral porque es un derecho protector, que debe velar por restablecer la desigualdad obvia que existe entre trabajadores y empleadores, velando y protegiendo los intereses y beneficios de los trabajadores en todo su ámbito laboral, favoreciéndole a él ya que es una garantía constitucional el derecho del trabajo. En este sentido se exige una judicatura especializada, y se propone una modificación al artículo 420 del Código del Trabajo que entrega competencia a los Juzgados del Trabajo para conocer de los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador fundamentada en accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con independencia de si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual.

3.- Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Rincón y Alvear y señores Letelier y Pizarro, que modifica el artículo 420 del Código del Trabajo, confiriéndole competencia a los tribunales laborales para conocer de las contiendas en que los causahabientes del trabajador buscan hacer efectiva la responsabilidad del empleador, derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. (Ver anexo, en numero 9)

5.- BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.[18]

[18] Laura Zúñiga Rodríguez/ *Responsabilidad Penal Administrativa y Civil en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo. Universidad de Salamanca* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ARTÍCULOS ISSN 1695-0194

1. España. Uno de los países con más alto índice de siniestralidad en la comunidad europeay las terribles consecuencias de los accidentes del trabajo a obligado al legislador a sancionar más drásticamente las omisiones preventivas.

El Código Penal Español en los artículos comprendidos en el Titulo XV, que se refiere a "Los Delitos Contra Los Derechos De Los Trabajadores", expresa en su artículo 311: "Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.

Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado".

Artículo 312.: "Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual."

Artículo 313: "El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país."

Artículo 314: "Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una

etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses."

Artículo 315: "Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.

Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga."

Artículo 316: "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses."

Artículo 317: "Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado."

Artículo 318. "Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos

supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código."

Como podemos apreciar, el legislador español ha establecido que las infracciones a las normas de prevención de riesgo son un delito, lo que podríamos asemejar a la naturaleza de los delitos de peligro en Chile, como por ejemplo, el delito de conducir en estado de ebriedad.

En el caso, no es necesario que el resultado dañoso se produzca, basta con que el sujeto actúe en una forma típica omitiendo las medidas preventivas y poniendo de esa forma en peligro la vida y la salud física y psíquica del trabajador.
El artículo 317 del Código Penal Español, establece como delito culposo la omisión a las medidas preventivas, cuando este delito se cometa con negligencia grave.

Otro punto interesante es la responsabilidad penal de los representantes de la empresa o persona jurídica culpable del delito aludido precedentemente, expresando que serán los administradores o encargados del servicio que hayan debido tomar las medidas preventivas.

Todo lo anterior, aparece claramente de la más básica escala de valores que indica que la vida y la salud e integridad física y psíquica, son bienes superiores a toda posibilidad de ganancia y utilidad, y que dichos bienes son siempre y en cualquier caso superiores a los propósitos de lucro, de manera tal, que entre la existencia de una actividad con fines de enriquecimiento basada en la desgracia del trabajador y su familia, es de mayor fuerza ética estimar preferible la erradicación de dicha actividad.

De este modo, el legislador español ha reconocido penalmente a algunos de los más importantes derechos de los trabajadores permitiendo a los jueces sancionar como delito de peligro la omisión culpable de los empleadores respecto de las medidas de seguridad.

Distinta es nuestra situación legal. El artículo 184 del Código del Trabajo señala claramente cuales son las obligaciones del empleador. Con la expresión "todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores [...]", permite observar que el legislador ha exigido el máximo de exigencias y apunta además, a una obligación de

resultado. En otras palabras el trabajo no puede causar daño. Ninguna actividad del hombre, sea científica, recreativa, jurídica, económica o de cualquier naturaleza puede llevar implícita la idea de daño a las personas. La limitación de todas ellas son los derechos esenciales reconocidos por la sociedad y el Estado en nuestra Constitución, entre ellos, la salud física y síquica y por supuesto, la vida, elemento base de todo derecho.

Sin embargo, ni el Código del Trabajo, ni la Ley Nº 16.744, ni en ningún otro cuerpo normativo se señala que los empleadores tengan responsabilidad penal especial por la omisión de las medidas de seguridad e higiene. De tal modo que en la mayoría de los casos queda impune la acción negligente culpable que cause daño, ello por cuanto - si bien es cierto -, se configura un delito culposo, la determinación del responsable se hace muy difícil y corresponde probarla a la víctima o sus causahabientes.

Ahora bien, esta responsabilidad por las acciones u omisiones de los dependientes, cesa si el empleador prueba que no obstante haberse producido el hecho, había adoptado todas las medidas que estaban a su alcance con la autoridad y cuidado que su calidad le confiere, para impedirlo

2. ARGENTINA[19]

a) No existe una sola norma que regule por completo la relación de subcontratación. Por el contrario, son varias las normas que regulan aspectos parciales de tal relación entre una empresa principal y las contratadas por ella. Tal vez, esta ausencia y cierta indeterminación derivada de ella, haya alentado la multiplicidad de criterios para determinar condiciones igualitarias para los trabajadores contratados a partir de una relación establecida bajo estos criterios.

En adelante, transcribimos los aspectos más relevantes de la normativa que actualmente regula algunos aspectos de esta problemática.

[19] ISSN 1850-4159/ / CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO BOLETÍN TEMÁTICO DE JURISPRUDENCIA

Ley 25.013 Sancionada y Promulgada en 1998. Esta ley reforma la Ley 20.744 (de Contrato de Trabajo) y las leyes 24.013, 24.445 y 24.467. En su artículo 17 sustituye el segundo párrafo del Régimen de Contrato de Trabajo (de la Ley 20.744), que modifica el segundo párrafo de su art. 30, por el texto siguiente: "Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del código único de identificación laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia del pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgo del trabajo.

Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionados, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones, de la seguridad social".

b) Por otro lado, existe el Decreto 1694 que regula las empresas de servicios eventuales. Este decreto señala la necesidad de regular mayormente este tipo de empresas para evitar un uso abusivo o fraudulento de este tipo de contratación.

c. La ley 20 744 de Contrato de trabajo regula la subcontratación. Ella señala :

- Artículo 29.- Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, <u>serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación.</u> En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán **solidariamente** de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social. (sin negrita original)

- Artículo 29 BIS.- El empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con

aquélla por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término.

- Empresas subordinadas o relacionadas. Solidaridad

Artículo 31.- Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

3. COLOMBIA. [20]

a) Actualmente se está utilizando un sistema de contratación que es muy práctico para las empresas y es la contratación externa, a través de la cual la compañía realiza un proceso de licitación en el cual se presentan agencias de empleo, cooperativas, temporales y otras entidades que ofrecen sus servicios a través de propuestas por medio de las cuales pretenden ganar la licitación, compitiendo en calidad, economía y facilidades. Finalmente la entidad ganadora firma un contrato comercial para proveer determinado servicio por un plazo determinado.

b) Modalidades de tercerización. En Colombia, esto se ha dado a través de tres figuras, principalmente:

1. Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA)

Se encuentran reguladas por la Ley 79 de 1988. Para simplificar, podemos definirlas como aquellas empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales se conjugan tanto el trabajo personal, como los aportes económicos de los asociados. El objetivo de esto es la producción de bienes, la ejecución de obras, o la prestación de servicios mediante la autogestión. Los cooperados también asociados, tienen participación activa en los procedimientos, decisiones,

[20] Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.*BuenasTareas.com*. Recuperado 03, 2012, de http://www.buenastareas.com/ensayos/Accidentes-De-Trabajo-y-Enfermedades-Profesionales/3603578.html

y el funcionamiento en general de la Cooperativa; todo, con miras a cumplir con su objeto y satisfacer las necesidades y expectativas de asociados y eventuales contratantes

2. Empresas Asociativas de Trabajo (EAT). Organizaciones económicas productivas cuyos asociados aportan su capacidad laboral, por tiempo indefinido y algunos además entregan al servicio de la organización una tecnología o destreza, u otros activos necesarios para el cumplimiento de los objetivos de la empresa, que tienen como objetivo la producción, comercialización y distribución de bienes básicos de consumo familiar o la prestación de servicios individuales o conjuntos de sus miembros.

3 .Contratistas independientes

Entendemos por éste la contratación con una persona o empresa independiente, la cual maneja parámetros laborales respecto a las personas a través de las cuales presta su servicio. En otras palabras, se trata de personas o empresas que prestan servicios a otras empresas, con sus propios trabajadores y elementos de trabajo por regla general. El contratante, por ende no responde por los trabajadores de manera directa, sino solidariamente y siempre que se le demande junto con el contratista

d. Las Empresas de servicios temporales (EST). Se entienden todas aquellas que vinculan trabajadores, no para su propio servicio sino para el de terceras personas (jurídicas o naturales), de manera temporal y dentro de los supuestos y lineamientos señalados normativamente. Dentro de los mismos se encuentra la dirección y control de la actividad, por parte de quien se beneficie del servicio prestado por el trabajador comisionado por la EST.

Mediante la ley 50 se produce una modificación a la legislación laboral colombiana, regulando principalmente este tipo de empresa .Es dentro de este marco que se produce la reforma laboral, a través de la Ley 50 de 1990. Sus disposiciones más importantes, en lo tocante a nuestro tema, pueden resumirse así:

1. La salud ocupacional del temporal (y régimen de seguridad social, por extensión) corre por cuenta de su empleador: la EST (Art. 74, 75 y 78).

2. Define tres escenarios para contratación temporal, a través de esas empresas: cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias; cuando se deba reemplazar personal

en vacaciones, licencia o incapacidad; por razones de incremento productivo o temporadas especiales que requieren aumento de personal, sólo por un período de seis meses prorrogables por otros seis (Art. 77).

3. Confiere a los trabajadores en misión iguales derechos prestacionales, que los empleados de la empresa usuaria (con quien contrató la EST). Sin embargo, el salario ordinario percibido por el empleado temporal, es similar (no igual) al de los otros trabajadores de la empresa usuaria.

4. El trabajador en misión sí goza de los beneficios ofrecidos por el usuario a sus trabajadores, en materia de recreación, transporte y alimentación (Art. 79). Estas prerrogativas son taxativas, y así debía entenderse pese a que el Decreto 024 de 1998 pretendió ampliar los criterios rígidos de la norma legal.

5. El control ejercido por el entonces Ministerio de Trabajo se limita a la concesión de autorizaciones para funcionamiento, previo cumplimiento de ciertos requisitos formales. Además, también contempla la obligación de las EST de comunicar toda reforma estatutaria, para efectos de control (Art. 82 a 90). No obstante, se consagra el deber de hacer inspección a las EST y de sancionar a las que operen sin autorización legal (art. 91 a 93). Así se configuró allí la potestad policiva del Ministerio, respecto a las EST.

6. La actividad de intermediación laboral es gratuita, para los trabajadores que accedan a ella. Solamente se debe prestar por personas jurídicas o naturales autorizadas por el Ministerio. Esto se ha dicho desde tiempos atrás, y retoma la predilección de la OIT por la gratuidad en los servicios laborales.

6. CONCLUSIONES

El problema de la responsabilidad del mandante en los accidentes del trabajador subcontratado en nuestra legislación adolece de profundas y graves desigualdades que atentan contra un Derecho fundamental establecido en nuestra Constitución como lo es la Igualdad Ante la Ley en el ejercicio de los Derechos.

De las doctrinas y jurisprudencia analizada podemos arribar a las siguientes conclusiones finales.

1.- La necesidad de establecer una competencia Única en sede laboral para conocer de todos los casos de responsabilidad contractual o extracontractual derivada de los siniestros laborales, ya sea que el propio trabajador o cuando sus herederos intenten la acción, y nos parece en ese sentido muy positivo el proyecto de modificación al artículo 420 letra F, que en su texto actual excluye la competencia laboral tratándose de perseguir la responsabilidad extracontractual.

2.- Desde otra óptica la OIT en las "Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo" propone como parte de la política nacional de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, la necesidad de establecer principios y procedimientos para "asegurar que a los contratistas y a sus trabajadores, y a los trabajadores eventuales, se les aplica el mismo nivel de exigencia en materia de seguridad y salud que a los trabajadores empleados directamente por la organización" "fomentar en el lugar de trabajo una concientización de la seguridad y de los riesgos para la salud, e impartir capacitación al contratista y a los trabajadores de este último, antes o después de que termine el trabajo, según sea necesario" Al mismo tiempo, las Directrices señalan la necesidad de "supervisar periódicamente la eficiencia de las actividades de la seguridad y la salud del contratista en el lugar de trabajo. Estas normas han sido recogidas, sin embargo se requiere de mayores atribuciones para la Dirección del trabajo en su rol de Fiscalizador y sancionador.

3.-Sancionar penalmente las omisiones comprobadas sobre medios, medidas o prevención de riesgos en las faenas. No persiguiendo solamente al autor directo, sino al empresario que tiene el deber legal de cuidado de los trabajadores. Hoy las omisiones de los empresarios se le imputan penalmente a quienes se encuentran directamente dirigiendo la obra: tales como, ingenieros, supervisores, prevencioncitas, capataces, etc.

4.- Aprovechar los recursos y especialización de la Reforma Laboral en estas materias que le son propias, estableciendo de esta forma un sistema legal de reparación de infortunios laborales .

BIBIOGRAFIA.

1. Aylwin Chiorrini, Andrés (2010): *"Responsabilidad de la empresa principal por obligaciones laborales y previsionales en la subcontratación laboral*".

2. Miño Rojas, Irene (2001): *El Peculiar Concepto de Empresa para Efectos Jurídico Laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva, en Ius et Praxis*, año 7 n° 2 408-422.

3. Gamonal Contreras, Sergio (2008): *Fundamentos de derecho laboral.* LexisNexis, Chile

4. Palavecino Cáceres, Claudio (2010): *"La responsabilidad solidaria en la subcontratación. Algunas consideraciones sobre su naturaleza y efectos"* en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol 1, N °1, 17-27

5. Muños Alvarez, Marcelo (2012): "*La responsabilidad por accidente del trabajo en régimen de subcontratación"*

6. Jiménez Torres, Jonatan (2010): "*Seguridad en el trabajo, Empresa unica"* en UCyMAT

7. Ramón Domínguez Águila Dr. en Derecho U. de Concepción *Los accidentes de trabajo Historia y visión General Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes N°* 20 paginas 21 -36 año 2011 .

8. Claudio Palavecinos Cáceres Revista de Derecho del trabajo y seguridad social V.1 N1 2010 Paginas. 17-27/ "La responsabilidad solidaria en la subcontratación laboral: Algunas consideraciones sobre su naturaleza y efectos".

9. Pedro Zelaya Etchegaray. *La responsabilidad solidaria de la empresa principal frente a los daños experimentados por el trabajador del contratista* /Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales › Núm. 1-2006, Junio 2006 /

10 José Luis Diez Schwerter *Responsabilidad civil derivada de accidentes del Trabajo y enfermedades profesionales Aspectos Relevantes de su regulación actual.. Universidad de Concepción Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* /XXXI (Valparaíso, Chile, 2o Semestre de 2008) [pp. 163 - 185].

11. Bruno Caprile Biermann /*Responsabilidad por Muerte o Incapacidad del trabajador en la Jurisprudencia aspectos relevantes. Bruno Caprile Biermann. Cuadernos de extensión jurídica Universidad de los Andes N° 20 pag 103-146 año 2011.*

12.- Alfredo Sierra Domínguez, *La Responsabilidad del empleador por enfermedades profesionales de sus trabajadores Cuadernos de extensión Jurídica U. de los Andes N°20 2011 pag 37.46*

13.- María Sara Rodríguez Pinto. *Tendencias en el Daño moral por muerte o lesión corporal de una trabajador en la jurisprudencia Civil y Laboral . Cuadernos de extensión Jurídica* U. de los Andes N°20 2011 pag 81-101

14.- Laura Zuñiga Rodriguez /*Problemas de responsabilidad Penal , Administrativa y Civil Ámbito empresarial se loa accidentes de trabajo. Universida de Salamanca.*

15. Marcelo Barrientos zamorano /La obligación de seguridad en la subcontratación laboral: previsibilidad del hecho y del daño *revista chilena de derecho,* vol. 39 n0 1, pp. 77 - 111 [2012].

16.- Fallos Corte Suprema .

e) Rol 2892-2010 Corte Suprema Cuarta Sala (Especial)

g) Rol 8501-10 Cuarta Sala Corte Suprema.

17.- *Fallos Corte Apelaciones*

a) Rol 3168-2007 Corte de Apelaciones de Santiago

b) Rol 257-11 Corte de Apelaciones de Valparaíso

c) Rol 104-2010 Corte de Apelaciones de Concepción

d) Rol 2009-2008 Corte de Apelaciones de Santiago

e) Rol 2009-2008 Corte de Apelaciones de Santiago .

f) Rol 8755-2009 Corte de Apelaciones de Santiago

18.- Dictámenes de la Dirección del trabajo en Materia de Subcontratación

a) *Dictamen Nº 544/32 de 02.02.2004, en sus Nºs. 1) y 2).*

b) ORD. Nº 5267/201 Sobre Clausulas de eximición de responsabilidad de Codelco a las empresas Contratistas.

c) . Fiscalización del incumplimiento de la legislación laboral - Multas – Rol Nº 1185-06

19.- Jurisprudencia SUCESO.

20. Codigo del Trabajo

ANEXOS

1. Al referirse a la mantención de los implementos que prevengan enfermedades profesionales, el legislador enfatiza la obligación recurriendo al adjetivo necesario, lo que quiere decir que en el lugar de trabajo ha de proveerse cuanto menester para que por causa del mismo no se enferme profesionalmente algún dependiente.

Pero la norma ahonda en la exigencia. Las medidas de protección no sólo han de ser las necesarias -lo que ya es bastante- sino todas las que revistan ese carácter, de manera que no existe un techo o límite a la carga en examen, la que, por tanto, habrá siempre de comprender lo que se precise o haga falta para alcanzar el fin de erradicar atentados a la salud.

El mandato del artículo 184 se extiende a la eficaz protección de la salud.

2. Que, en relación con la vulneración de las reglas reguladoras de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, que supone la recurrente, en lo que respecta a las conclusiones a que se arriba en el fallo impugnado, tanto en cuanto se tiene por incumplida, por parte de la demandada, la obligación de seguridad que impone el artículo 184 del Código del Trabajo al empleador, así como en lo que respecta a la acreditación de las secuelas en base a las cuales el tribunal del grado calculó la indemnización por daño moral que otorga al trabajador demandante, habrá de señalarse que la recurrente sólo indica, de forma genérica, que la sentenciadora a quo habría vulnerado los principios de la lógica formal, en el sentido que todos los elementos del silogismo lógico que debería haber seguido para llegar a tales conclusiones deben ser coherentes entre sí y homogéneos en su aplicación, debiendo utilizarse el mismo razonamiento para preciar toda la prueba y fallar los puntos sometidos a la decisión del tribunal, reprochando a la juez del grado el haberse alejado de la prueba rendida otorgándole un sentido y creando elementos de prueba que ni siquiera se pueden construir a título de presunción, y en ello radicaría la infracción a las normas de la sana crítica que por el presente arbitrio se denuncia.

3. El artículo 184 del Código del Trabajo, dispone que "el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales". Esta norma introduce como obligación esencial del contrato de trabajo en lo que atañe a las cargas del empleador, el deber de dar seguridad efectiva a sus trabajadores, en términos de impedir que se dañe su vida o salud (. . .)

Más allá de pagar por el trabajo el empleador tiene la obligación de que nada le ocurra a sus operarios mientras prestan sus servicios". Hizo bien la sentenciadora en aplicar este artículo. El empleador es garante de la seguridad de sus empleados y, por ende, debe tomar las medidas para que no se produzcan accidentes.

4. Rol 2892-2010 Corte Suprema Cuarta Sala (Especial. Si no se hubiere acreditado la adopción de las medidas de seguridad necesarias para proteger la salud de los trabajadores que laboran en una empresa de la naturaleza de la demandada, el profesional, conclusión a la que acertadamente se llega en el fallo impugnado, si que en ella se haya producido vulneración alguna a las reglas de la sana crítica, contrariamente a lo que afirma el recurrente,a quien extraña la dolencia del actor, pero es dable que éste presentara una mayor sensibilidad a los solventes a los que se vio expuesto, circunstancia que no puede ser imputada al empleador y obligarlo a indemnizar, porque tal resarcimiento carecería de causa, a lo que cabe agregar que se dio cumplimiento también a la normativa sobre seguro que regula para estos casos la Ley Nº 16.744.empleador debería responder de los perjuicios causados con motivo de la enfermedad profesional que afectó al demandante. En el caso, la demandada dio cumplimiento a su deber, de modo que queda eximida de responsabilidad en los resultados Dañosos causados al actor por la anotada enfermedad

5. Rol 8755-2009 Corte de Apelaciones de Santiago. . Entonces el acreedor tiene dos deudores y hay solidaridad entre ellos, porque la ley a pesar de establecer la responsabilidad directa del dueño de la obra, empresa o faena, lo hace solidario de las obligaciones laborales

que afecten al empleador (contratista) y esto se explica porque puede estar en riesgo la vida o la integridad física o psíquica del trabajador (en términos de capacidad para el trabajo), vale decir, por la superior entidad del bien jurídico que se propone proteger. Que la empresa individual tenga una responsabilidad directa, no significa otra cosa

En este contexto, que se la puede demandar independientemente del contratista por su propia responsabilidad, pero no elimina la solidaridad pasiva que la ley estableció respecto de las obligaciones laborales y previsionales que ésta adquiere. Por tal razón no es una obligación simplemente conjunta.

6. Rol 8501-10 Cuarta Sala Corte Suprema. Sexto: Que, sin perjuicio que los razonamientos precedentes resultan suficientes para rechazar el arbitrio en análisis, esta Corte estima necesario consignar además que la circunstancia que las partes hayan estado sometidas a un régimen de sub-contratación, no exime ni releva al empleador del cumplimiento de las obligaciones que le impone el artículo 184 del Código del Trabajo, esto es, adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores. Así se corrobora, por lo demás, con el contenido de las mismas normas que ha denunciado como infringidas, esto es, los artículos 66 bis de la Ley 16.744 y 183 E del Código del Trabajo, ya que si bien ellas dan cuenta de las obligaciones que debe asumir la empresa principal en un régimen de sub- contratación, igualmente el empleador debe cumplir aquéllas que le impone la ley con ocasión de la existencia y vigencia de un contrato de trabajo, y entre ellas, la supervigilancia del desarrollo de la obra, lo que no se demostró que aconteciera. Juicio Fallo Favorable al Trabajador

7. "Artículo 76: La entidad empleadora deberá denunciar al organismo administrador respectivo, inmediatamente de producido, todo accidente o enfermedad que pueda ocasionar incapacidad para el trabajo o la muerte de la víctima. El accidentado o enfermo, o sus derecho-habientes, o el médico que trató o diagnosticó la lesión o enfermedad, como igualmente el Comité Paritario de Seguridad, tendrán también, la obligación de denunciar el

hecho en dicho organismo administrador, en el caso de que la entidad empleadora no hubiere realizado la denuncia.

Las denuncias mencionadas en el inciso anterior deberán contener todos los datos que hayan sido indicados por el Servicio Nacional de Salud.

Los organismos administradores deberán informar al Servicio Nacional de Salud los accidentes o enfermedades que les hubieren sido denunciados y que hubieren ocasionado incapacidad para el trabajo o la muerte de la víctima, en la forma y con la periodicidad que señale el reglamento.

8. PROYECTO DE LEY

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 63 y 65 de la Constitución Política de la República; lo prevenido por la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y lo establecido por el Reglamento de la H. Cámara de Diputados, los diputados abajo firmantes vienen en presentar a esta Honorable Cámara de Diputados el siguiente

Artículo único: modificase la letra f) del artículo 420 del Código del Trabajo de la siguiente manera:

Se reemplaza la "," existente después de la palabra profesionales por la letra "y".

Se reemplaza la frase "con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la ley N.° 16.744", por la siguiente: "aquellos en que se demanden los perjuicios a que se refiere la letra) del artículo 69 de la ley N.° 16.744".

9. Proyecto de ley:

Que la reforma a la justicia procesal del trabajo, ha tenido un indudable éxito en entregar a los trabajadores mejores y más eficientes herramientas para hacer cumplir los derechos individuales, colectivos y principalmente los denominados derechos fundamentales provenientes del mundo laboral, así lo han señalado tanto la doctrina especializada, como los

operadores del derecho del trabajo y los mismos trabajadores a quienes ha beneficiado. Ese éxito, desde otra perspectiva, ha develado una serie de falencias hacia el mundo del trabajo que es necesario investigar, observar, identificar y solucionar a cuatro años de vigencia de la reforma laboral, para de esa forma ayudar y contribuir a aprovechar de mejor manera la potencialidad enorme de esta reforma vigorosa para el mundo del Derecho del Trabajo. Todo, con el objetivo de afinar algunos de los detalles que quedan pendientes luego de la puesta en marcha de una reforma de esta envergadura.

Que uno de los grandes beneficios que ha traído aparejada la reforma procesal laboral, es la notable disminución en los tiempos de tramitación de las causas laborales, lo que ha redundado en mejores y más eficientes derechos para los justiciables, sin embargo, este cambio de paradigma para el derecho laboral, no es igualitario para todos los sectores que buscan en la justicia laboral una forma de mitigar las vulneraciones a sus derechos.

Que en nuestra opinión, todavía existe un amplio sector de la población, que ha visto cómo sus derechos de naturaleza laboral, deben ser ejercidos en sedes que naturalmente no tienen la misma vinculación con el derecho del trabajo, como lo son los Juzgados Civiles, para los casos de demandarse los daños producidos a la familia, como resultado de una accidente del trabajo con resultado de muerte. Este sector constituido fundamentalmente por las viudas de los trabajadores, sus hijos y las familias que sobreviven accidentes del trabajo del padre, se ven obligados a acudir a la justicia civil para obtener soluciones a sus demandas, justicia que conocemos es lenta y no permite resarcir los daños con la prontitud y oportunidad que permiten los procesos laborales, produciendo un deterioro de proporciones en el núcleo familiar que, estamos convencidos, es necesario abordar.

Que la mujer en ese contexto, es fuertemente discriminada, pues en sede laboral sus problemas tendrán solución estadísticamente en menos de 90 días, en cambio, lo que obtienen de la justicia interpretando las normas laborales, es que las obligan a litigar en sede civil, cuyos tiempos de tramitación exceden por mucho los tiempos de los litigios laborales, Ilegando a demorar varios años en obtener una sentencia que resarza los perjuicios

provocados. Lo descrito genera una serie de dificultades, principalmente relativas al acceso a la justicia y al desincentivo para demandar, pues los costos de mantener un litigio por tantos años son -para esas familias-, tremendamente alto. Sabemos, pues las estadísticas así lo demuestran, que son los trabajadores (varones) los que con mayor frecuencia tienen accidentes de tipo fatal y que en consecuencia, sus esposas, hijos y especialmente los que están por nacer requieren, exigen y merecen una justicia de calidad y que con celeridad le entregue lo que en derecho le corresponde, beneficios que no entrega la comentada litigación en sede civil. Sin duda alguna la mejor forma, la más efectiva y la que entrega más garantías a las familias sobrevivientes de estas tragedias, para reparar eficaz y prontamente el daño provocado es la reformada justicia laboral.

Que es dable recordar que actualmente, los Tribunales Laborales, tienen competencia legal para conocer los juicios de accidentes del trabajo de trabajadores que sobreviven a estas experiencias, es decir, a la justicia laboral que ya sabemos es rápida y eficaz, pueden recurrir los trabajadores siempre que sobrevivan al accidente del trabajo. Así las cosas, no se divisan buenas razones para excluir a los Tribunales Laborales del conocimiento de las demandas interpuestas por los causahabientes de un trabajador accidentado en una faena, cuando el daño reclamado provenga de la responsabilidad contractual que tiene el empleador. Que, aún más, la hipótesis de que el Juzgado del Trabajo no es competente para conocer de estos casos, no es compartida por la unanimidad de la doctrina y de la jurisprudencia, por lo que un ajuste en la norma, se torna a esta altura del debate como la mejor forma de solucionar prontamente una discusión que sólo tiene que ver con la competencia para conocer de un determinado tipo de juicio, en que claramente hay derechos de tipo laboral en juego, como el derecho a saber, el deber de protección eficaz de la vida y salud del trabajador y el deber de reparar los perjuicios ocasionados par parte del empleador.

Que por tanto, en virtud de lo anterior, proponemos modificar el artículo 420 del Código del Trabajo, con la finalidad de proteger los intereses de la familia del (la) trabajador(a) fallecido(a), sin distinción de ninguna naturaleza. Creemos que el juzgador laboral, es el más cercano al ámbito del trabajo en que se desenvolvió el trabajador, conoce de obligaciones de

tipo laboral, especialmente en todo lo que tiene que ver con seguridad e higiene en el trabajo y está imbuido en la dinámica de los accidentes del trabajo, pues los falla constantemente. Por lo anterior, la competencia de los tribunales laborales debe incluir la de conocer las causas cuyos titulares son las familias sobrevivientes de estas tragedias en tanto ellos tienen derecho a demandar por la responsabilidad contractual, con todos los conceptos que ello implica, al que fue el empleador del trabajador fallecido en una sede que permita agilizar sus derechos, como ciertamente lo es la sede del Tribunal Laboral.

Por tanto los abajo firmantes vienen en presentar el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

Introdúzcase la siguiente modificación al Código del Trabajo:

Reemplácese la letra f) del artículo 420 del Código del Trabajo, por el siguiente:

"f) los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, ya sea propia del trabajador o de sus causahabientes, derivada de los daños producidos por responsabilidad contractual; respecto de la extracontractual, se seguirán las reglas del artículo 69 de la Ley 16.744, y". P

Proyecto en tramitación estado Primer trámite constitucional.