

# La responsabilidad subsidiaria del comitente en los contratos y subcontratos de obras y servicios

Un intento de precisar su fundamento y extensión



**Claudio Palavecino Cáceres**

Abogado

## Introducción

La responsabilidad subsidiaria que la ley impone al “dueño de la obra, empresa o faena” respecto de obligaciones laborales y de seguridad social de sus contratistas y subcontratistas (arts. 64 y 209 CT) viene llamando la atención de la dogmática laboral chilena desde hace más de una década.<sup>1</sup> Pero, con alguna excepción,<sup>2</sup> el tema ha sido tratado de manera tangencial o bien centrándose en sus aspectos procesales-adjetivos, soslayando el planteamiento –y, por tanto, la respuesta– de las cuestiones sustantivas que su escueta regulación legal

<sup>1</sup> Francisco WALKER ERRÁZURIZ: “El vínculo laboral entre la empresa contratista y sus trabajadores y la responsabilidad subsidiaria de la empresa principal”, *Revista Laboral Chilena*, N° 10, diciembre de 1992, págs. 63-66; Francisco TAPIA GUERRERO y Roberto TORRES DÍAZ: “La responsabilidad subsidiaria en el contrato de trabajo (Ley N° 19.250)”, *Revista Laboral Chilena*, N° 1, enero de 1994, págs. 70-75; Diego LÓPEZ FERNÁNDEZ: “La subcontratación y la precarización del empleo”, *Revista Laboral Chilena*, N° 8, agosto de 1996; José Luis UGARTE CATALDO: “Suministro de trabajadores y trabajo temporal. ¿Empresas sin trabajadores?”. *Revista Laboral Chilena*, N° 6, junio de 1998; Francisco WALKER ERRÁZURIZ: “Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque institucional”, *Revista Laboral Chilena*, N° 7, julio de 1998, págs. 69-78 (1ª parte) y N° 8, agosto de 1998, págs. 71-77 (2ª parte); Juan Sebastián GUMUCIO RIVAS: “Responsabilidad subsidiaria. Notas sobre el art. 64 del Código del Trabajo”, *Revista Laboral Chilena*, N° 8, agosto de 1999, págs. 59-65; José Luis UGARTE CATALDO: “La descentralización productiva: la nueva moda en las relaciones laborales”, *Revista Laboral Chilena*, N° 1, enero de 2001, págs. 57-64; Alejandro MEJÍA CORREA: *La responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena y sus aspectos sustantivos*, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2002. También se encuentran referencias sobre el tema en algunos manuales: William THAYER ARTEAGA y Patricio NOVOA FUENZALIDA: *Manual de Derecho del Trabajo, tomo II, derecho individual de trabajo*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, págs. 369-373; Felipe SÁEZ CARLIER Y Cristián MELIS VALENCIA: *Derecho del Trabajo, tomo I*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 2000, págs. 319-331; Irene ROJAS MIÑO: *Manual de Derecho del Trabajo/Derecho individual*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2004, págs. 68-71. Finalmente, desde la perspectiva de la dogmática civil, toca el tema Hernán CORRAL TALCIANI: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág. 256.

<sup>2</sup> Paula Beatriz MILLON LORENS: *La responsabilidad subsidiaria en la legislación laboral*, editorial ConoSur, Santiago de Chile, 2001.

suscita. Como veremos, la responsabilidad subsidiaria es problemática en su totalidad, tanto en su fundamento como en su extensión subjetiva, objetiva y temporal.

Esta responsabilidad surge directa y objetivamente de la ley, que altera el efecto relativo del contrato de trabajo imponiendo una comunicación de responsabilidades entre comitente, contratista y subcontratistas. El "dueño de la obra, empresa o faena" o, mejor dicho, el comitente en los contratos y subcontratos de obras y de servicios, no concurre con su voluntad a la generación del contrato de trabajo y, sin embargo, le son oponibles obligaciones que tienen su fundamento en este acto jurídico. ¿Por qué se le puede exigir esa responsabilidad? La respuesta más simple es que el comitente se halla en el supuesto factual de la norma legal. La celebración de un contrato de obra o de servicio llevaría implícita una infiltración de derecho necesario absoluto que conecta el contrato civil (o mercantil, según el caso) con derechos y obligaciones de terceros, sin que la voluntad del comitente juegue aquí papel alguno para efectos de la atribución de tal responsabilidad. Pero esta solución formalista y autoritaria no es satisfactoria. Y es que la cuestión de fondo, a la que no responde la simple invocación de la fuente de la obligación, consiste en determinar cuál es el fundamento que justifica un tratamiento de esta clase. Tal respuesta apremia, porque la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo (art. 19 N° 16 inc. 2° CPR). "En su esencia este derecho asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador".<sup>3</sup> ¿Y no se opera, acaso, en virtud de la responsabilidad subsidiaria, la imposición *ex lege* de un trabajador al comitente?

Esta cuestión no ha sido siquiera vislumbrada por la doctrina científica chilena. Ello explica que nuestra doctrina iuslaboralista ofrezca unas respuestas más bien pobres a la pregunta acerca del fundamento de la responsabilidad subsidiaria: se prescinde con demasiada ligereza de la voluntad jurídico-negocial del comitente, sin hacerse cargo de las implicancias constitucionales que entraña semejante omisión. De la crítica a la fundamentación tradicional de la responsabilidad subsidiaria y del desarrollo de una construcción más sólida para explicar su procedencia, que denomino "subordinación de segundo grado", me ocupo en el apartado 4 de este artículo.

Por otra parte, una lectura atenta de los autores chilenos que se ocupan del tema pone de manifiesto que muchos de ellos poseen una visión peyorativa o patológica de la descentralización productiva, la cual condiciona su inter-

<sup>3</sup> Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, sesión 199, de 7 de abril de 1976, págs. 13 a 17, citada por Enrique EVANS DE LA CUADRA: *Los Derechos Constitucionales*, tomo III, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 11 (el destacado en cursiva es mío).



prestación de las normas sobre responsabilidad subsidiaria. Por tal motivo, he considerado útil recordar la total legitimidad y licitud de la decisión descentralizadora, su cobertura constitucional y la necesidad de justificar su limitación (apartado 3).

Pero los mayores problemas que plantea la responsabilidad subsidiaria son de orden práctico y los crea la indeterminación de su regulación legal. Esta vaguedad de la fórmula legal se manifiesta en primer lugar en una terminología inapropiada y confusa para referirse al responsable subsidiario y, enseguida, en la ausencia de una definición legal de la subcontratación y del tipo de contrato o contratos que son el soporte jurídico de la responsabilidad. Algunos han recurrido con demasiada prisa al Diccionario de la Lengua Española para buscar allí esas definiciones, obviando que se trata de conceptos técnicos prefigurados desde hace tiempo en el campo de la economía y de la dogmática civil. Razón por la cual consideré necesario dedicar el apartado 2 de este trabajo a los presupuestos de la responsabilidad subsidiaria.

Como quedó dicho, la regulación legal no precisa con la debida claridad la extensión del mandato contenido en ella. Abandona tan importante cuestión a la casuística, lo cual da pie a interpretaciones verdaderamente insensatas. Así, por ejemplo, y aunque resulta evidente que esta responsabilidad subsidiaria no puede tener lugar indiscriminadamente a partir de cualquier contrato o subcontrato que celebren las empresas, se ha llegado a sostener "que el campo de la responsabilidad subsidiaria del dueño de una obra, empresa o faena es amplio y no se encuentra condicionado ni reconoce limitación alguna de carácter legal respecto del tipo de trabajo o prestación de servicios de que se trate".<sup>4</sup> En lo que respecta al objeto de la responsabilidad, sucede otro tanto, al no reconocerse por la doctrina ni la jurisprudencia límite alguno en relación con la naturaleza ni con la fuente de las obligaciones que se imputan al comitente, si bien se atempera esta desbordante amplitud con un criterio restrictivo temporal que atiende a la duración del contrato de obra o de servicio. Urge, pues, elaborar unos criterios delimitadores que acoten la extensión de la responsabilidad subsidiaria dentro de unos márgenes razonables. De ello me ocupo en el apartado 5 de este artículo.

Una síntesis de las tesis sostenidas en este trabajo puede hallarla el lector en el apartado final del mismo.

<sup>4</sup> Dirección del Trabajo, dictamen ordinario N° 3.171/86, 29 de abril de 1991.

## 1. Regulación legal

El art. 64 CT señala que: *“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente”*. Este inciso agrega que: *“En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos”*.

El art. 209 CT señala, por su parte, que *“el empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.744”*. Agrega el precepto que *“en los mismos términos, el dueño de la obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones que en materia de afiliación y cotización, afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas”*.

Como se ve, los arts. 64 y 209 CT desplazan la responsabilidad por obligaciones laborales y de la seguridad social que afectan al empleador hacia un tercero, ajeno formalmente al contrato de trabajo. Este tercero, a quien la ley denomina “dueño de la obra, empresa o faena” y al cual nosotros –más correcta y brevemente– preferimos llamar “el comitente”, sólo se halla vinculado por su voluntad a una de las partes del contrato de trabajo, el empleador, a través de un contrato de obra o de servicio de naturaleza civil o mercantil. Y, sin embargo, por disposición de la ley, el comitente responde subsidiariamente de las obligaciones laborales y de seguridad social que afectan a su contraparte en esos contratos extralaborales.

Esa responsabilidad que afecta directamente al contratista o subcontratista-empleador se va transfiriendo de manera ascendente a través de la cadena formada por subcontratistas y contratistas para llegar finalmente hasta el dueño de la obra, empresa o faena. La responsabilidad opera de una manera subsidiaria, vale decir, en defecto de cumplimiento de los inmediatamente obligados.



## 2. Presupuestos de la responsabilidad subsidiaria: La descentralización productiva y la subcontratación en sentido económico y jurídico-civil

Seguendo al profesor español BLAT GIMENO, podemos definir la descentralización productiva como "la transferencia al exterior de la empresa de actividades hasta entonces asumidas internamente o que, según el común modelo de organización empresarial, habrían sido directamente gestionadas".<sup>5</sup>

Los autores han elaborado prolijas tipologías para describir las distintas manifestaciones de la descentralización productiva. Aquí interesa especialmente uno de los mecanismos descentralizadores; aquel que los economistas denominan "subcontratación".<sup>6</sup> En sentido económico se entiende por tal "la operación en que una empresa (dadora de órdenes) confía a otra (tomadora de órdenes) el cuidado de ejecutarla para ella y bajo un cierto conjunto de especificaciones técnicas preestablecidas, una parte de los actos de producción o de servicios, sobre los cuales ella conserva la responsabilidad económica final".<sup>7</sup>

Se distingue, así, por un lado, una organización empresarial que reserva para sí cierto núcleo de funciones de su ciclo productivo consideradas como esenciales o estratégicas: la empresa "principal"; y del otro, las empresas que se encargan de realizar las demás funciones que han sido, por así decirlo, *expulsadas al exterior*<sup>8</sup> por aquélla: las llamadas empresas "auxiliares".

La empresa principal y las auxiliares actúan coordinadas entre sí por relaciones de subordinación, complementariedad, subsidiariedad o colaboración.<sup>9</sup> Jurídicamente estas relaciones de coordinación se canalizan a través de ciertos tipos contractuales del Derecho Civil y Mercantil, a saber: el contrato de ejecución de obra material o, como lo llama el Código Civil, el arrendamiento de obra (que es la figura paradigmática), el arrendamiento de servicios, la comisión o mandato mercantil, el contrato de transporte, y figuras más recientes y atípicas tales como el contrato de franquicia (*franchising*) y el de *engineering*.

<sup>5</sup> Francisco BLAT GIMENO: "El marco socioeconómico de la descentralización productiva", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratos. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2000, págs. 19 y 20.

<sup>6</sup> En Chile el fenómeno ha sido tratado tangencialmente, con una visión muy peyorativa y claramente ideológica, en los estudios sectoriales publicados por el Programa de Economía del Trabajo (PET): Rafel AGACINO *et al.*: *La industria del cuero y del calzado después de una década*, Santiago, 1993; Patricio ESCOBAR y Diego LÓPEZ: *El sector forestal en Chile: crecimiento y precarización*, Santiago, 1996; Rafael AGACINO *et al.*: *Capital transnacional y trabajo. El desarrollo de la minería en Chile*, Santiago, 1999.

<sup>7</sup> G. YOGUEL, citado por P. ESCOBAR y D. LÓPEZ: *El sector forestal en Chile: crecimiento y precarización*, PET, Santiago de Chile, 1996, pág. 101.

<sup>8</sup> De ahí que se llame también a este fenómeno *outsourcing*.

<sup>9</sup> Para más detalles y bibliografía, vid. BLAT: *Op. cit.*, págs. 27 y ss.

La empresa auxiliar puede cumplir directamente la obligación asumida con la empresa principal, en virtud de cualquiera de los precitados tipos contractuales, o bien celebrar un nuevo contrato de la misma naturaleza con otra u otras empresas para que sean éstas las que ejecuten por ella, en todo o en parte, la obligación contraída con la empresa principal. Esta operación de *duplicación contractual* dará lugar a una subcontratación en el sentido que confiere al término la dogmática civil.<sup>10</sup>

Las relaciones jurídicas –civiles o mercantiles– originadas en esta serie de contrataciones y subcontrataciones van a ser intervenidas por el legislador laboral, imponiendo a la parte que asume la posición de comitente en tales contratos una responsabilidad por obligaciones causadas en contratos de trabajo celebrados por su contraparte con terceros.

### **3. Plena legitimidad y licitud de la decisión descentralizadora. Su amparo constitucional y la necesidad de justificar su limitación**

Parece difícil controvertir que los distintos mecanismos de descentralización productiva son útiles –y acaso imprescindibles– para el desarrollo, eficiencia y competitividad de la actividad empresarial. Coinciden los autores en que la descentralización productiva ha dejado de ser una solución coyuntural y de emergencia ante la crisis económica de los años setenta, pasando a constituirse en un fenómeno estructural, establemente incardinado en la economía con-

<sup>10</sup> Según el profesor Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, “el subcontrato es un nuevo contrato derivado y dependiente de otro contrato previo de la misma naturaleza”. Por lo tanto, para que se configure la subcontratación es preciso la coexistencia de dos contratos; los cuales deben nacer en forma sucesiva o derivada (de ahí que la doctrina italiana llame al subcontrato “contrato hijo” y al contrato primigenio “contrato padre”, denominación que también alude a la relación de dependencia que se suscita entre ambos); y, finalmente, los contratos deben tener igual naturaleza, esto es, los mismos elementos esenciales (*Los Contratos*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, tomo I, pág. 214.) Lo expuesto me permite afirmar que la “subcontratación laboral” no existe. Esta denominación, que por desgracia tiene cierto arraigo en nuestro medio, es inapropiada y equívoca. Convendría desterrarla cuanto antes del lenguaje jurídico, pues entraña un contubernio conceptual inaceptable, una contradicción en los términos. En cuanto el contrato de trabajo entraña una obligación personalísima para el trabajador –la de prestar servicios– que no puede éste delegar en terceros, jamás puede ser tal obligación objeto de subcontratación. Lo que existe es un fenómeno económico que es la descentralización productiva, una de cuyas variantes es denominada por la ciencia económica “subcontratación”. Y este fenómeno tiene una dimensión jurídica dónde no es el contrato laboral el que se duplica, sino el contrato civil o mercantil que liga a la empresa comitente con la empresa auxiliar que ejecuta la obra o servicio. Esta operación de duplicación contractual entre la empresa auxiliar y otras que ejecutan por ella todo o parte de su prestación es estrictamente una subcontratación en sentido civil. El Derecho del Trabajo nada tiene que agregar al respecto y se sirve simplemente de estos conceptos (contratistas, subcontratistas) tal cual han sido desarrollados en sus disciplinas de origen. Sobre la subcontratación como categoría contractual puede verse: María BAEZA CAMPOS: *La Subcontratación*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981; Ana LÓPEZ FRÍAS: *Los Contratos Conexos*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994; Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA: *Op. cit.*, tomo I.

temporánea. Tampoco se puede desconocer que la decisión descentralizadora se funda *normalmente* en legítimas razones de especialización y de racionalidad organizativa y comercial de las empresas.<sup>11</sup>

En consonancia con la legitimidad socioeconómica del fenómeno, nuestro ordenamiento jurídico no contiene actualmente ninguna prohibición que impida al empresario recurrir a la descentralización de funciones en cualquiera de sus modalidades. Antes al contrario, esta opción se encuentra amparada por el art. 19 N° 21 CPR, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el cual comprende, a su vez, dentro de su núcleo esencial, la libertad de organización de la acción productiva.<sup>12</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho del trabajo (arts. 64 y 209 CT) interviene la decisión descentralizadora imponiendo una comunicación de responsabilidades laborales y de seguridad social entre comitente y contratista. Al hacerlo configura un gravamen considerable sobre la subcontratación, que, por incidir sobre el precitado derecho, es preciso justificar debidamente.

De otra parte, la constatación de que esta responsabilidad subsidiaria viene a limitar garantías constitucionales, nos pone desde un principio en la necesidad de interpretar su alcance restrictivamente, no obstante la amplitud aparente del texto legal. Y es que a las conocidas y más que centenarias reglas de interpretación del Código Civil, se añade desde 1980 una nueva, que se desprende del art. 19 N° 26 CPR (la garantía de las garantías) y que obliga a interpretar restrictivamente los preceptos legales que limiten derechos constitucionales. Regla que en cierto modo viene a modificar la contenida en el artículo 23 del Código Civil.

---

<sup>11</sup> Lo que se busca con esta nueva forma de organización de la actividad empresarial es la especialización en la ejecución de determinadas funciones y una adaptación más rápida a las condiciones cambiantes del mercado; especialización y adaptación que son determinantes para la consecución de una mayor competitividad.

<sup>12</sup> Barrera infranqueable para cualquier intento de regresión a las limitaciones que alguna vez estableciera nuestro ordenamiento jurídico al régimen de contratistas. Recuérdese que la Ley 16.757, de 20 de febrero de 1968 (derogada en 1979 mediante el D.L. N° 2.950), restringía y en ciertos casos penalizaba la descentralización. Su art. 1° rezaba:

“Los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria, o de reparación o mantención habituales de sus equipos y que no sean de los tratados en los incisos segundo y tercero de este artículo, no podrán ser ejecutados a través de contratistas o concesionarios.

“Sin embargo, la disposición del inciso anterior no se aplicará cuando los referidos trabajos constituyan una labor especializada, que se encomiende a una empresa o industria establecida que pague patente como tal, cuyo giro principal sea, precisamente, ejecutar tales labores o manufacturar elementos, partes, piezas, o repuestos por orden de terceros.

“No se aplicará esta disposición a la actividad de la construcción”.

El art. 2° sancionaba las infracciones al artículo 1° con multa a beneficio fiscal de 5 a 100 sueldos vitales mensuales.

## 4. Fundamento de la responsabilidad

### 4.1. Crítica de la fundamentación tradicional

Hasta ahora, se ha venido justificando la irradiación de la responsabilidad por obligaciones laborales y de seguridad social desde los contratistas y subcontratistas-empleadores hacia el comitente-no empleador, en la finalidad de prevenir la insolvencia de aquéllos y tutelar los derechos de sus trabajadores, proporcionando a éstos uno o más patrimonios adicionales en los cuales hacer efectivas sus acreencias. Frente a la pregunta de por qué es legítimo que el ordenamiento jurídico laboral transforme al comitente en garante de los derechos de trabajadores ajenos, se suele señalar que, aunque no siendo éste el empleador directo de esos trabajadores, igualmente se beneficia de su actividad laboral.<sup>13</sup> Pero esta explicación desatiende el carácter oneroso-conmutativo del contrato de obra o de servicio celebrado entre comitente y contratista. La actividad laboral de los trabajadores constituye el objeto de la obligación del contratista y la causa de la obligación del comitente de pagar un determinado precio, que se mira como equivalente. Si el comitente ya se obligó a pagar un precio justo por aquella prestación, no puede ser ésta la causa que justifique la asunción de obligaciones adicionales no consentidas. De manera que la teoría del beneficio no explica el *plus* de responsabilidad que le atribuye la ley al comitente.

Se ha querido fundamentar la responsabilidad subsidiaria del comitente en “una suerte de culpa *in contrahendo*”,<sup>14</sup> teoría que no resulta aplicable en la especie, ya que si el incumplimiento del contratista o del subcontratista-empleador se produce, aun a pesar de la actuación pre-contractual diligente del comitente-no empleador, este último debe responder de todos modos. Por lo demás esta teoría presupone –y por ende no explica– la posición de garante del comitente-no empleador respecto de los derechos de trabajadores ajenos.

También se afirma que “se trata de una responsabilidad objetiva en que no ha mediado culpa por parte del obligado”,<sup>15</sup> la cual tendría su fundamento en

<sup>13</sup> TAPIA GUERRERO y TORRES DÍAZ: *Op. cit.*, pág. 70.

En igual sentido una sentencia de la Corte Suprema de 4 de septiembre de 2003: “No se corresponde con el sentido de justicia hacer responsable al dueño de la obra, empresa o faena de las obligaciones de dicha naturaleza que hayan surgido con anterioridad a su vinculación con el contratista o de éste con el subcontratista o con posterioridad a la obra, empresa o faena de que se ha tratado y en cuyo proceso productivo el responsable subsidiario ha obtenido provecho de la fuerza laboral que exige o demanda la concretización de los derechos que la ley, el contrato o la práctica le han reconocido. Cabe aplicar aquí un aforismo que resume lo que se ha venido expresando. “donde está el beneficio, está la carga” (Rol N° 1.559-03, *Gaceta Jurídica* N° 282/2003, diciembre, pág. 259).

<sup>14</sup> Los profesores THAYER y NOVOA señalan que “compete al dueño de la obra, o al contratista, según el caso, adoptar los necesarios resguardos previos a fin de informarse bien sobre la calidad de la persona con quien contrata, su forma de cumplir sus obligaciones, y además puede convenir la adopción de medidas de fiscalización y control sobre la forma como el contratista o subcontratista esté dando cumplimiento a sus obligaciones laborales y previsionales” (*Op. cit.*, pág. 372).

<sup>15</sup> THAYER y NOVOA: *Op. et loc. cit.*

la teoría del riesgo-beneficio o en la teoría del riesgo creado.<sup>16</sup> Pero no se ve cómo la celebración de contratos y subcontratos de obra o de servicio pueda ser una actividad riesgosa en el sentido que lo predicen dichas teorías.<sup>17</sup> Si estimamos que el daño para estos efectos es el detrimento patrimonial que sufre el trabajador al no poder cobrar determinados créditos, resulta obvio que la única causa de ese daño es el incumplimiento de obligaciones del contratista o subcontratista-empleador. Resulta absurdo pretender que ese incumplimiento vendría determinado de algún modo por el riesgo creado por la actividad contractual civil o mercantil del comitente-no empleador.

4.2. Una nueva manera de justificar la responsabilidad subsidiaria: la subordinación de segundo grado; el dueño de la obra, empresa o faena como cuasi-empleador o empleador de facto.

La recién demostrada inadecuación de las teorías civilistas de atribución de responsabilidad, para fundamentar la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, nos mueve a buscar tal fundamento en las propias categorías del Derecho del Trabajo chileno. Concretamente, en la noción de empleador.

El art. 3º CT define al empleador como “la persona natural o jurídica *que utiliza los servicios* intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”.

Noción que viene a ser completada por el art. 7º CT, que, al definir contrato de trabajo, sitúa al empleador como sujeto activo de la relación de subordinación.

De manera que el concepto legal de empleador viene integrado por dos notas esenciales: la utilización de servicios personales y la posición activa del receptor de esos servicios en la relación de subordinación.

Ahora bien, como consecuencia de la celebración de contratos y subcontratos de obra o de servicio, un número importante de trabajadores son incorporados al proceso productivo de la empresa comitente de manera indirecta, a través de las empresas contratistas y subcontratistas. Lo cual genera, en cierto modo, una triangulación de la relación de trabajo, pues la empresa que utiliza los servicios del trabajador externo no ejerce simultáneamente sobre él la dirección y control directos, sino que tales poderes los administra la empresa auxiliar.

<sup>16</sup> Así MILLON LORENS, que además parece confundir ambas teorías (*Op. cit.*, pág. 101).

<sup>17</sup> Como dice LARENZ, “este riesgo debe ser específicamente derivado de la empresa o de circunstancias objetivas, no bastando aquel peligro general inherente a toda actividad humana” (citado en Gonzalo YUSSEF QUIRÓS: *Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva*, 1ª edición, Editorial la Ley Ltda., Santiago de Chile, 2000, pág. 171).

La ejecución de labores bajo la modalidad de contratos y subcontratos de obra o de servicio produce, pues, la destrucción de la sencilla ecuación: empleador = usuario de los servicios + sujeto activo de la relación de subordinación.

Este quiebre genera un problema sistemático, porque el art. 7º CT configura al contrato de trabajo como un acto jurídico estrictamente bilateral.<sup>18</sup>

Por tanto, uno de los elementos de aquella ecuación debe preponderar sobre el otro, a la hora de determinar quién reviste jurídicamente la calidad de empleador en supuestos de subcontratación. Y nuestro ordenamiento jurídico se inclina a favor del elemento subordinación, atribuyendo al contratista (o al subcontratista en su caso) la condición de empleador, por ser éste quien ejerce inmediatamente sobre sus respectivos trabajadores las facultades tradicionalmente asociadas a la posición de sujeto activo en la relación de subordinación (los poderes de dirección, control y disciplina).

Pero si bien la otra nota definitoria de la noción legal de empleador, la condición de usuario de los servicios –la cual se traslada a la empresa comitente– ha sido estimada jurídicamente insuficiente para dar a esta empresa principal la condición de empleadora, materialmente, sin embargo, la deja, en relación con los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas, en una posición –si cabe la expresión– de “cuasiempleadora” o de empleadora de facto. Posición ésta que no puede ser desconocida por la rama del Derecho que tiene como uno de sus principios básicos el de supremacía de la realidad. De ahí que nuestro Derecho del Trabajo reconozca esta situación puramente fáctica y la dote de una cierta eficacia contractual, atribuyendo a este comitente-empleador de facto una responsabilidad subsidiaria, en defecto de cumplimiento de quien es jurídicamente empleador, del directamente obligado, vale decir del contratista o del subcontratista, según el caso.<sup>19</sup>

Todavía se hace más nítida esta condición de cuasiempleadora de la empresa comitente, si profundizamos en la noción de subordinación desde una perspectiva distinta de la tradicional. Ya en una de nuestras primeras publicaciones<sup>20</sup> proponíamos que el concepto de subordinación, en cuanto elemento tipificante de la relación de trabajo, debía entenderse en la actualidad como

<sup>18</sup> De ahí la necesidad de una reforma legal para introducir en nuestro ordenamiento jurídico laboral las empresas de trabajo temporal.

<sup>19</sup> En el mismo sentido señala WALKER: “debe indicarse que la disposición legal vigente considera al dueño de la obra, en cierto modo, como empleador indirecto al establecer que el trabajador podrá notificar al dueño de la obra, al mismo tiempo que se demanda al contratista, con el objeto de hacer efectiva su responsabilidad subsidiaria en caso que el contratista no satisficiera el crédito” (“Las empresas contratistas y subcontratistas en el ámbito de las relaciones laborales en Chile. Enfoque institucional”, 2ª parte, *loc. cit.*, pág. 73).

<sup>20</sup> Vid. “La subordinación laboral: una relación en permanente cambio”, *Revista Laboral Chilena* N° 9-10, septiembre-octubre de 1999, págs. 76-80.



la incorporación del trabajador a un régimen heterónimo de organización productiva: la empresa.

Pues bien, los trabajadores de las empresas auxiliares quedan imbuidos no sólo en el ámbito organizacional de éstas, sino también en una organización productiva de una envergadura más amplia: la empresa principal o comitente. En tales casos, se configura entre la empresa principal y aquellos trabajadores formalmente ajenos o externos una relación de subordinación que podríamos denominar mediata, indirecta o, todavía mejor, de segundo grado.

La empresa principal ejerce un cierto control sobre la organización productiva de las empresas contratistas y subcontratistas.<sup>21</sup> Como observa el español GOERLICH, se trata de "la existencia de una verdadera jerarquía entre los diferentes intervinientes, de modo que el empresario principal se asemejaría, en cierto modo, a un empresario en sentido laboral de los empresarios contratistas y, en su caso, subcontratistas".<sup>22</sup>

Evidentemente la empresa contratista o subcontratista debe existir como tal, tanto formal como materialmente; vale decir, constituir una verdadera organización de capital y trabajo, de factores productivos. De lo contrario no estaríamos frente a una subcontratación, sino ante la mera cesión o suministro de mano de obra o ante una subcontratación fraudulenta por interposición de terceros.

Pero, a la vez, la dependencia suscitada entre las empresas contratistas y subcontratistas y la empresa comitente conlleva que ésta ejerza también una dirección y fiscalización o, cuando menos, una cierta coordinación, si bien mediatas o indirectas, sobre los trabajadores de aquéllas. Esta subordinación de segundo grado da lugar a una suerte de relación de trabajo fáctica entre estos trabajadores y la empresa comitente, en virtud de la cual es legítimo considerar a la empresa principal como una cuasiempleadora y, por ende, imputarle una responsabilidad subsidiaria –y precisamente subsidiaria– en relación con las obligaciones laborales y de seguridad social que competen directamente a las empresas auxiliares.

<sup>21</sup> Según ESCOBAR: "los escasos estudios realizados en torno al tema de la subcontratación develan una de las características esenciales del proceso, que se refiere a que los subcontratistas suelen a su vez subcontratar a otras empresas menores. Esto da curso a una red de subcontratistas y sub-subcontratistas vinculados jerárquicamente por relaciones de dependencia y controlados en última instancia por las empresas contratantes" (*El sector forestal en Chile... op cit.*, pág. 102).

<sup>22</sup> José María GOERLICH PESET: "Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios", en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia-España 2000, pág. 101.

## 5. Extensión de la responsabilidad

### 5.1. Ámbito subjetivo

El art. 64 CT establece una responsabilidad en cascada o escalonada. Cabe distinguir tres situaciones:

1<sup>a</sup>) El dueño de la obra, empresa o faena celebra un contrato de ejecución de obra o de servicio con un contratista que realiza directamente con sus trabajadores la obra o el servicio. En tal caso el trabajador debe dirigirse primero contra el directamente obligado, vale decir, contra el contratista-empleador. De no obtener el pago íntegro de lo adeudado, surge la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena.

2<sup>a</sup>) El contratista no realiza por sí mismo la obra o el servicio pactado, sino que la encarga todo o parte de su ejecución a un subcontratista, quien la realiza con sus trabajadores. El trabajador debe dirigirse primero contra el subcontratista, en su calidad de empleador directo. Si el subcontratista no cumple íntegramente con las obligaciones laborales y de seguridad social, responde subsidiariamente el contratista y, si tampoco pudiere éste satisfacer la totalidad de esos créditos, responde finalmente el dueño de la obra, empresa o faena.

3<sup>a</sup>) El subcontratista, a su vez, subcontrata todo o parte de la ejecución de la obra o el servicio. Aquí surge un primer problema: ¿la responsabilidad subsidiaria se comunica entre todos los eslabones que forman la cadena de subcontrataciones, sin importar cuán larga sea? En opinión de algunos autores la responsabilidad sólo se comunica entre dos eslabones y luego se interrumpe. Por consiguiente, el dueño de la obra, empresa o faena queda liberado de responsabilidad subsidiaria “cuando las obligaciones afecten en origen a subcontratistas de grado segundo o posterior, esto es, a subcontratistas de subcontratistas”.<sup>23</sup> Afirman estos mismos autores que la relación de tres grados del art. 64 CT también puede darse entre el subcontratista de primer grado y los de grado posterior en cualquier tramo de la cadena, puesto que nada impide que cualquiera de ellos asuma funcionalmente la posición y la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena. En cualquier caso, la responsabilidad subsidiaria pasaría solamente entre dos eslabones contiguos.

Ahora bien, este límite de la responsabilidad subsidiaria no está nada claro en el texto legal. La redacción del art. 64 CT es lo suficientemente ambigua al referirse a los “subcontratistas” en plural, como para entender que la intención del legislador ha sido llegar hasta final de la cadena de subcontrataciones.

<sup>23</sup> GUMUCIO RIVAS: *Op. cit.*, pág. 60; MEJIA CORREA: *Op. cit.*, págs. 30-31.

La única excepción explícita que contempla la ley dice relación con *los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, donde no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural* (art. 64 inciso final CT).

Pero además de este límite legal hay unos límites fácticos, que son los presupuestos de la responsabilidad y que dicen relación con el tipo de actividad subcontratada. Pese a su imprecisión, el art. 64 CT contiene algunos elementos normativos iluminadores. En efecto, la expresión “dueño de la obra, empresa o faena” y la exención de responsabilidad contenida en el inciso final nos conducen a la figura jurídica nuclear que el legislador tuvo en mente a la hora de configurar este sistema de responsabilidades: el contrato civil de arrendamiento de obra o, en una terminología más apropiada, el contrato de obra, pensado sobre todo para la construcción de edificios.

Este contrato se caracteriza por la existencia de una obligación de resultado: la obra que el contratista se obliga a realizar a cambio de un precio cierto y determinado. Tal obra puede obtenerse mediante el trabajo personal del contratista o mediante el trabajo de sus dependientes.

Pues bien, de acuerdo a la terminología del Código Civil, “dueño de la obra” es quien la encarga, esto es, el comitente, y “empresario” quien toma a su cargo su ejecución aplicando a ella una dotación de trabajadores.<sup>24</sup>

En una primera aproximación, podemos afirmar que quien encarga a un empresario la ejecución de una obra material responde subsidiariamente de las obligaciones laborales y de seguridad social que tenga éste con sus trabajadores.

Pero nuestra tarea delimitadora está todavía inconclusa. Si bien las expresiones dueño de la “obra” o “faena” que emplea el Código del Trabajo aluden claramente a la ejecución de una obra material y circunscriben de esa manera el objeto de los contratos y subcontratos relevantes, tal delimitación viene a quedar anulada por la expresión “dueño de la empresa”, que no es asimilable a las anteriores ni ofrece, por tanto, ningún criterio delimitador en cuanto a la actividad que puede ser objeto de contratos y subcontratos entre ese “dueño de la empresa” y sus contratistas y subcontratistas. El alcance de la responsabilidad subsidiaria se expande, pues, al extenso ámbito de las obras inmateriales

---

<sup>24</sup> Y es precisamente aquí donde surge por vez primera la responsabilidad laboral del comitente. En efecto, si la obra consiste en la construcción de edificios, el citado cuerpo legal establece, en su art. 2003 regla 5ª, una responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra en relación con “las pagas” de los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio, cuando éstos no han contratado directamente con él, sino con el empresario y hasta concurrencia de lo que el dueño deba a este último.

o servicios. Pero aun cuando el contrato que sirve de soporte a la comunicación de responsabilidades puede ser tanto el arrendamiento de obra como el de servicios, e inclusive otros contratos que tengan por objeto la prestación de un *facere* específico, no se puede sostener que “la responsabilidad subsidiaria del dueño de la empresa, obra o faena opera frente a la labores desarrolladas por el contratista *sin considerar su naturaleza*”.<sup>25</sup> Aquí es preciso recordar que la norma legal está limitando garantías constitucionales y que por tanto debe excluirse una interpretación que extienda este gravamen a toda actividad empresarial, pues tal inteligencia del precepto importaría darle a éste un alcance atentatorio contra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19 N° 21° CPR).

Debemos pues leer la norma del art. 64 CT en conexión con el fundamento o justificación de la responsabilidad subsidiaria, esto es, la posición de cuasi-empleador o de empleador de facto en que se coloca el empresario principal respecto de los trabajadores externos.

Sólo en cuanto el contrato o subcontrato permita vehiculizar la incorporación de trabajadores externos al ámbito organizacional de la empresa comitente surgirá la responsabilidad subsidiaria de ésta.

En mi opinión hay tres condiciones fundamentales que permiten configurar esta situación fáctica: a) el contrato o subcontrato debe referirse a una obligación de hacer; b) la actividad contratada o subcontratada debe estar vinculada al ciclo productivo de la empresa principal; y c) la actividad contratada o subcontratada debe desarrollarse al interior de la empresa principal.

Cada una de estas condiciones opera sucesivamente en el orden expuesto y, cual círculos concéntricos, cuya extensión va de mayor a menor, permiten acotar la noción de contrato y subcontrato relevante para efectos de la comunicación de responsabilidades.

a) Como quedó dicho, la figura jurídica nuclear a partir de la cual se construye el régimen de responsabilidad subsidiaria es el contrato de ejecución de obra referido a la construcción de edificios. Aunque, acto seguido, aclaramos que no es el único tipo contractual que sirve de presupuesto a la responsabilidad subsidiaria. Hay otras figuras, típicas y atípicas, que pueden dar lugar a la incorporación de trabajadores a un ámbito organizacional ajeno, en cuanto comparten un mismo trasfondo material con el contrato de obra. Ese trasfondo común está configurado por una relación en la que una de las partes encarga a la otra una prestación de hacer, un *facere*, que comprende, desde luego, las

<sup>25</sup> MEJIA CORREA: *op. cit.*, pág. 96 (el destacado en cursiva es mío).

obras (vale decir, la producción de un nuevo bien material o la alteración de otros preexistentes), pero también los servicios (esto es, una vasta gama de actividades que no consisten principalmente en la transformación de la materia).

De acuerdo con esta primera determinación, quedarían excluidos como supuestos del régimen de responsabilidad subsidiaria aquellos contratos cuyo objeto sea meramente un *dare*, como la compraventa y el suministro.

La explicación de esta distinción y consiguiente exclusión me parece clara a partir del fundamento de la responsabilidad subsidiaria. Los contratos que tienen por objeto una obligación de hacer, ya se trate de ejecutar una obra o un servicio, suponen la sujeción del contratista a un conjunto de instrucciones dadas por el comitente y, por tanto, una injerencia de éste en la forma en que ha de llevarse a cabo la obra o el servicio encomendado. No hay tal injerencia, en cambio, en los contratos que tienen como objeto únicamente una prestación de dar, donde el obligado lo es a transferir el dominio de un bien con determinadas características, sin que emane para el adquirente el derecho a una actividad interventora en el proceso productivo de la cosa objeto de la obligación.

Es precisamente esa posibilidad de influencia en un ciclo productivo ajeno que admiten los contratos que tienen como objeto un *facere* y que no admiten los contratos que tienen como objeto un *dare*, el primer germen o presupuesto de la subordinación de segundo grado, que justifica la responsabilidad subsidiaria del comitente.

b) Además, para que pueda darse esta subordinación de segundo grado, es preciso que exista una estrecha conexión funcional entre la empresa-comitente y la empresa-contratista. Las actividades subcontratadas relevantes a la hora de imputar la responsabilidad subsidiaria son únicamente aquellas vinculadas al ciclo productivo de la empresa principal, esto es, al conjunto de operaciones básicas, ordinaria y directamente encaminadas a la obtención del fin productivo.

Tal determinación es posible extraerla del concepto económico de subcontratación: la empresa principal confía a la auxiliar una parte de los actos de producción o de servicios, sobre los cuales ella conserva la responsabilidad económica final. Esta modalidad de descentralización supone, por definición, una externalización de funciones propias del ciclo productivo de la empresa principal.

Pero, además, sólo cuando tal conexión funcional se da en la realidad, es posible decir con propiedad que los trabajadores del contratista se "incorporan" en la organización productiva del empresario principal; circunstancia que constituye

la razón justificante de la imputación a dicho empresario de las obligaciones propias del empleador.

Corolario de lo anterior es que cierto tipo de contratos o subcontratos, no obstante enmarcarse en el contrato para la ejecución de una obra o un servicio o de compartir sus elementos esenciales (esto es, tener como objeto la prestación de un *facere* específico), no deberían dar lugar a la responsabilidad subsidiaria del comitente. Me refiero a las contrataciones y subcontratas extravagantes, esto es, aquellas que tienen por objeto obras o servicios ajenos al ciclo productivo de la empresa comitente, desconectadas de su finalidad productiva y de las actividades regulares de la misma. A modo de ejemplo, no quedarían sujetas a responsabilidad subsidiaria de la empresa comitente las contrataciones relativas a servicios de aseo, vigilancia y alimentación; salvo, claro está, que cualquiera de éstos sea precisamente el giro de la empresa principal.

c) Los criterios precedentemente enunciados son todavía insuficientes para configurar un ámbito seguro y cierto de aplicabilidad de la responsabilidad subsidiaria. Porque la empresa principal puede externalizar funciones propias de su ciclo productivo sin que se suscite, ni siquiera mediatamente, la incorporación de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas al ámbito organizacional y directivo de aquélla. Así, por ejemplo, una empresa que fabrica computadoras envía los discos duros en proceso de fabricación a otra para que les añada unos determinados chips. Como quiera que se encuadre jurídicamente esa externalización de funciones, conlleva una prestación de hacer y, de otra parte, está innegablemente vinculada al ciclo productivo de la empresa comitente. Sin embargo, constituiría un exceso evidente endilgarle a la empresa principal la responsabilidad subsidiaria respecto de los derechos de trabajadores sobre los cuales no ejerce ninguna clase de control.

De ahí que sea necesario aplicar un tercer criterio a fin de acotar todavía más el ámbito subjetivo de esta responsabilidad: el criterio locativo, geográfico o espacial. Es preciso que los trabajadores externos ejecuten la obra o realicen los servicios en el ámbito espacial que el empresario principal organiza y dirige: desde luego el o los centros de trabajo, pero también lugares exteriores a ellos, cuando la naturaleza de la actividad productiva desarrollada por la empresa comitente así lo exige, por tratarse, precisamente, de una actividad geográficamente dispersa (caso típico de las empresas de suministro de gas o electricidad o de transporte, o aquellas que realizan ventas puerta a puerta, encuestas, etc.).

Como observa el español RODRÍGUEZ-PIÑERO, “es la inmediatez de la prestación de trabajo en la empresa principal la que genera esa especie de relación mediata que justifica incluso, por la existencia de un margen de control del

empresario principal, las responsabilidades y cargas que a éste se le imponen frente a los trabajadores del contratista sobre los que, por así decirlo, tiene algún tipo de acceso".<sup>26</sup>

En resumen, podemos señalar que la responsabilidad se comunica desde el empleador al comitente cuando ambos son partes de un contrato de ejecución de obra o de servicio o de cualquiera otro, típico o atípico, que entraña la prestación de un determinado "hacer"; siempre que esa prestación tenga por objeto actividades propias del ciclo productivo de la empresa comitente y se desarrolle en un espacio físico controlado por ella.

## 5.2. Ámbito objetivo

De acuerdo con el art. 64 CT, el objeto de la responsabilidad subsidiaria del comitente son *las obligaciones laborales y previsionales* que afecten a los contratistas y subcontratistas a favor de sus trabajadores. Los autores han colegido de la indistinción de la norma que la extensión objetiva de la responsabilidad es amplísima, "toda vez que no excluye ninguna de las obligaciones que nacen en virtud de una relación laboral".<sup>27</sup> La Corte Suprema se ha pronunciado recientemente en el mismo sentido:

*"...si la ley habla de obligaciones laborales y previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, deben entenderse en sentido amplio e incluir en ellas los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente, es decir, legal, contractual e incluso, según el caso, nacidas de la aplicación práctica que se haya consentido por las partes".<sup>28</sup>*

No obstante, hay un dato normativo que podría dar pie a una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de la responsabilidad subsidiaria circunscribiéndola a una especie de obligaciones. En efecto, el art. 64 se encuentra ubicado dentro del capítulo VI del Título I del Libro I del Código del Trabajo, capítulo denominado "de la protección de las remuneraciones". De modo que, de acuerdo a la propia sistemática del Código, la responsabilidad subsidiaria sería un mecanismo de protección de esta clase de obligaciones y no de otras. Así opinó el voto disidente del fallo precitado, según el cual "no resulta posible (...) extender la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra o faena al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo, de los años servidos y de la compensación de feriados".<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 ET", *Relaciones Laborales* 1996-I, pág. 32.

<sup>27</sup> MEJIA CORREA: *Op. cit.*, pág. 96. En el mismo sentido, MILLON LORENS: *op. cit.*, pág. 98.

<sup>28</sup> Rol N° 1.559-03, Gaceta Jurídica N° 282/2003, diciembre, pág. 258.

<sup>29</sup> *Idem*, págs. 260-261.

Lo cierto es que a partir del fundamento que hemos dado para justificar la responsabilidad subsidiaria no surge ningún límite en relación con su objeto. Antes al contrario, si estimamos que el comitente es un empleador *de facto*, parece razonable y justo que responda de las mismas obligaciones que el empleador *de iure*.

CORRAL plantea la cuestión de si dentro de la expresión "obligaciones laborales" se hallarían contempladas las obligaciones de responder por los accidentes del trabajo. Sostiene que los accidentes laborales son materia de la seguridad social, y que la regulación de la eventual obligación de indemnizar del empleador está entregada al derecho común o civil. Concluye que:

*"las obligaciones propias de la responsabilidad por daños causados en el desempeño laboral (sean contractuales o extracontractuales) son verdaderas obligaciones civiles y no laborales. Si el legislador hubiera querido imponer un régimen de responsabilidad subsidiario y de carácter objetivo, lo habría hecho de un modo expreso y no de una manera tan difuminada".<sup>30</sup>*

A mi juicio, la cuestión viene zanjada por el art. 209 CT. Esta disposición señala que "el empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.744". Agrega el precepto que "en los mismos términos, el dueño de la obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones que en materia de afiliación y cotización afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas".

Lo primero que cabe preguntarse es ¿qué función cumple esta nueva imputación de responsabilidad subsidiaria?

Una primera respuesta podría ser que... ninguna. Se trataría de una mera reiteración de lo que ya dice el art. 64 CT, puesto que las obligaciones de afiliación y cotización al seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales son especies de las *obligaciones previsionales* genéricamente aludidas en aquél artículo.

Ahora bien, si se lee con atención el art. 209 CT, se puede constatar que el legislador omitió establecer aquí una responsabilidad en cascada, como sí lo hace en el art. 64 CT. Sólo habría responsabilidad subsidiaria por las obligaciones de afiliación y cotización al seguro, para el dueño de la obra, empresa o faena en defecto del cumplimiento del contratista. Como el precepto no se pone en el caso de incumplimiento de los subcontratistas, el contratista no respondería

<sup>30</sup> *Op. cit.*, pág. 256.

subsidiariamente en caso de incumplimiento de aquéllos. Al interrumpirse la cadena, tampoco el dueño de la obra, empresa o faena tendría responsabilidad en defecto del cumplimiento de los subcontratistas.

Pero esta lectura, aunque formalmente admisible, no resiste una mínima exigencia de razonabilidad. Y es que no se vislumbra ningún motivo que justifique excluir las obligaciones de afiliación y cotización al seguro de contingencias profesionales del régimen general de responsabilidad en cascada establecido por el art. 64 CT.

En mi opinión el precepto debe leerse del siguiente modo: En materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales la responsabilidad del comitente es subsidiaria y objetiva sólo en relación con las obligaciones de afiliación y cotización al seguro. Respecto de las demás, esto es, de las obligaciones de prevención de riesgos y, en caso de siniestro, la de reparación, la responsabilidad es directa y subjetiva y se rige por las normas del Derecho Civil. Hay que tener en cuenta que los trabajadores externos prestan sus servicios en el ámbito espacial que el comitente organiza y dirige. De manera que parece lógico y apropiado que sea éste quien deba adoptar *todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores (art. 184)* y, en su caso, responda civilmente por las consecuencias dañosas del incumplimiento culposo de esta obligación.

Así lo ha entendido el Ejecutivo al dictar el Decreto Supremo N° 594, de Salud,<sup>31</sup> que aprueba el Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales en los lugares de trabajo, y modifica la actual normativa, establecida en el D.S. N° 745, de Salud, de 1992. La nueva reglamentación establece la obligación del empleador de mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales para proteger la vida y la salud de los trabajadores que en ellos se desempeñen, sean dependientes suyos o *de terceros contratistas que realicen actividades para él.*

### 5.3. Ámbito temporal

Como acabamos de ver, el objeto de la responsabilidad subsidiaria comprende las obligaciones laborales y previsionales contraídas por los contratistas y subcontratistas a favor de sus trabajadores. ¿Pero contraídas cuándo? ¿antes, durante o después de la contrata? El art. 64 CT no lo precisa. Pero si hemos venido justificando esta responsabilidad en la subordinación de segundo grado que el empresario-comitente ejerce sobre los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, lo consecuente es limitar la extensión temporal

<sup>31</sup> Diario Oficial de 29 de abril de 2000.

de la responsabilidad subsidiaria al período en que los trabajadores externos prestan servicios para aquél. De manera que el comitente sólo responderá subsidiariamente por las obligaciones laborales y de seguridad social devengadas durante el lapso en que utiliza los servicios del trabajador externo. Este límite temporal de la responsabilidad subsidiaria ya había sido elaborado, aunque con otros fundamentos, por la jurisprudencia administrativa<sup>32</sup> y judicial.<sup>33</sup>

Aquí –como en tantos otros lugares– la nulidad de despido por deuda previsional<sup>34</sup> complica las cosas. La cuestión es la siguiente: Si el contratista o subcontratista-empleador despide al trabajador adeudándole cotizaciones previsionales, ¿las consecuencias de la nulidad de ese despido son también imputables al comitente? A mi juicio sí, en tanto los supuestos fácticos de dicha nulidad (laguna previsional y despido) se hayan producido durante la vigencia del contrato o subcontrato. En tal caso, mientras esa deuda no quede solucionada o no transcurran los seis meses que ha fijado como límite la jurisprudencia, se incorporan al objeto de la responsabilidad subsidiaria las remuneraciones y demás prestaciones contractuales, aunque el trabajador haya dejado ya de prestar servicios en el ámbito controlado por el empresario comitente.

## 6. Conclusiones y reflexión final

Los párrafos precedentes pueden sintetizarse en siete ideas fundamentales:

- 1) La descentralización productiva es una actividad lícita y está garantizada constitucionalmente por el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.
- 2) La responsabilidad subsidiaria que grava la subcontratación afecta garantías constitucionales, por lo que debe interpretarse restrictivamente.
- 3) Dicha responsabilidad se fundamenta en la posición de cuasiempleador o empleador de facto en que se sitúa el comitente en relación con los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas.
- 4) Tal posición surge al quedar los trabajadores mediatamente incorporados a la organización productiva de la empresa principal, lo que denomino subordinación de segundo grado.

<sup>32</sup> “dicha responsabilidad, en cuanto al tiempo o periodo por el cual debe responder el dueño de una obra, empresa o faena debe, necesariamente, entenderse limitada a aquél durante el cual el o los trabajadores prestaron efectivos servicios para quienes se ejecuta la obra y en el que se originan aquellas obligaciones laborales y previsionales cuyo principal obligado es el contratista” (Dirección del Trabajo, Dictamen 5.393/236, 02/10/96).

<sup>33</sup> *Vid. supra*, nota 13.

<sup>34</sup> *Vid.* Claudio PALAVECINO CÁCERES: “El despido nulo por deuda previsional: Un esperpento jurídico”, *Ius et praxis*, Año 8 N° 2, Talca, 2002, págs. 557-573.

- 5) Esta incorporación se canaliza a través de un contrato civil o mercantil entre el comitente y el contratista, en que aquél encomienda a éste una prestación de hacer que tiene por objeto una actividad propia de su ciclo productivo y que el contratista desarrollará con sus trabajadores en un espacio físico controlado por el comitente.
- 6) La comunicación de responsabilidad se produce entre las partes de este contrato y afectará al comitente (y a quien ocupe una posición análoga en la cadena de subcontrataciones) en defecto de cumplimiento del contratista o subcontratista-empleador.
- 7) Responsabilidad que comprende todas las obligaciones laborales y previsionales devengadas en favor del trabajador externo durante su permanencia en el ámbito organizacional y directivo de la empresa comitente.

Podrá o no compartir el lector las tesis defendidas en este trabajo, pero creo que a lo menos una conclusión debiera resultar pacífica, a saber: que el Código del Trabajo regula con extrema parquedad y de manera técnicamente defectuosa la responsabilidad subsidiaria, generando con ello inseguridad en cuanto a su extensión subjetiva, objetiva y temporal, inseguridad que reclama una mayor determinación normativa de estos tres ámbitos.

Lo natural sería, entonces, finalizar este *excursus* con una invocación al legislador para que concretice la extensión de la responsabilidad subsidiaria. Sin descartar esa posibilidad, mas teniendo presente que ya se desperdició una oportunidad para hacerlo con la inoficiosa Ley 19.666, creo más factible en lo inmediato una determinación por la vía doctrinaria, susceptible de ser recogida por los tribunales, y de la cual este trabajo podría constituir un nuevo paso.