

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRINCIPAL POR LAS OBLIGACIONES PREVISIONALES DE SUS CONTRATISTAS Y SUBCONTRATISTAS

LIABILITY OF THE MASTER COMPANY FOR THE WELFARE OBLIGATIONS OF ITS CONTRACTORS AND SUB CONTRACTORS

JORGE L. WONG BARREDA¹

RESUMEN

Las modificaciones introducidas por la Ley Nº 20.123 de 2006 al régimen de subcontratación laboral contemplado en los artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo y de seguridad laboral contenido en la Ley Nº 16.744, ha originado una importante innovación en el tratamiento del tema, ya que en el primer caso, ha previsto un sistema dual de responsabilidad para la empresa principal, cuyo alcance y contenido referido a las obligaciones laborales y previsionales de dar, presenta un panorama más acotado y aparentemente más restrictivo, pero cuya extensión, en los hechos, será de mucha controversia en el futuro. Por su parte, en el ámbito de la seguridad social, se abre una importante vertiente para comprometer la responsabilidad directa de la empresa principal frente al deber de protección eficaz de la vida y salud de todos los trabajadores que laboren en su obra, empresa o faena, prescindiendo incluso de su dependencia efectiva.

Palabras claves; *Subcontratación laboral, obligaciones previsionales, obligaciones de la seguridad social.*

¹ Wong Barreda, Jorge, Abogado Universidad de Concepción; Magíster (C) en Derecho, Universidad de Concepción; Profesor Derecho de la Seguridad Social USS.

ABSTRAC

The amendments, passed by the Law N° 20,123 of 2006 to the regimes of labor sub hiring contemplated in 64 article 64 and bis of the Labor Code and of contained Social Security statute in the Law N° 16,744, has originated an important innovation in the treatment of this matter. In the first case, the amendments has created a dual liability regime for the master company, which scope and substance referred to labor and welfare obligations presents a narrow and, apparently more restricted vision. However, it scope, in fact, will be quite controversial in the future. On the other hand, in the field of welfare, the amendments open an important stream to compromise the master company liability related to duty of effective protection to life and health of all workers which labor at its workplace or business, disregard even of its effective dependence relation.

Key words: *labor subcontract, Welfare obligations, Social Security obligations*

INTRODUCCION

El Derecho del Trabajo ha sido objeto de una enorme presión como consecuencia de las importantes transformaciones que han experimentado las relaciones laborales, a raíz del influjo e influencia de los nuevos modelos de producción, que imponen a esta rama del Derecho la carga de aceptar abiertamente estas nuevas formas de contratación y nuevos vínculos jurídico-laborales que den cuenta del fenómeno de descentralización productiva, que se traducen en la sustitución del trabajo asalariado, garantizado por disposiciones legales, por nuevas formas de contratación que excluyen algunos de los elementos consubstanciales de la relación laboral clásica, generando, en la práctica, un vínculo contractual de inferior calidad o más precario, que se adapta mejor a las nuevas formas de producción.

Esta realidad, sin embargo, de mayor flexibilidad de las formas de contratación, desde la perspectiva protectora del Derecho Laboral, imponen necesariamente al dueño de la obra, empresa o faena, un deber de resguardo o supervisión, en lo referente al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de parte de aquellos colaboradores que intermedian entre él y el prestador efectivo de los servicios personales, subordinados y dependientes. La responsabilidad, que podrá revestir el carácter de subsidiaria o solidaria, según la legislación imperante, importará para el dueño de la obra, empresa o faena asumir una carga que podría afectar su patrimonio, alcanzando límites impensados para el legislador que previó tal responsabilidad.

En nuestro país, frente a la ausencia de una legislación que regulara detalladamente el fenómeno de la tercerización laboral y en especial la subcontratación, no obstante su incipiente reconocimiento en los arts. 64 y 64 bis del Código del Trabajo (C. del T.), correspondió a la jurisprudencia de nuestros tribunales asumir la labor de precisar el alcance de esta eventual responsabilidad, prevista inicialmente como una de naturaleza subsidiaria exclusivamente, buscando determinar el verdadero sentido del contenido de las obligaciones laborales y previsionales que prevenían estas normas. Esta tarea, no ha estado exenta de divagaciones, por cuanto fue materia de discusión, por ejemplo, la búsqueda de la definición o noción de empresa, la determinación del fundamento y justificación de la responsabilidad de la empresa principal, y el intento por limitar el concepto de contratista y subcontratista, a la luz del criterio del legislador y su necesaria adecuación a las nuevas formas de contratación laboral existentes.

La discusión descrita permitió descubrir la necesidad de reglamentar el régimen de subcontra-

tación en nuestro país, que tras concluirse un largo proceso, no exento de controversias, ha dado como resultado una regulación que se tradujo en la derogación de los arts. 64 y 64 bis del C. del T., producto de la nueva sistematización propuesta a la materia, a través de la incorporación de un nuevo Título VII al Libro Primero del mismo cuerpo legal, por la Ley N°20.123 publicada en el Diario Oficial (D.O.) de fecha 16 de octubre de 2006, que lleva por epígrafe “*Del trabajo en régimen de subcontratación y del trabajo en empresas de servicios transitorios*”.

Esta normativa, constituida por los artículos 183-A a 183-E de la ley antes citada, viene a resumir gran parte de la discusión planteada, por la doctrina de los autores de nuestro país y especialmente en nuestros foros, sobre el contenido y alcance de la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, llamada ahora principal, en relación con el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de sus contratistas y subcontratistas respecto de sus trabajadores, pero que plantea nuevos desafíos en cuanto a la determinación de cual es la regla general en materia de responsabilidad o el alcance de la misma.

Sin embargo, precisaremos el objeto de estudio de esta ponencia al intentar dilucidar la siguiente interrogante ¿Cuál es el real contenido de las llamadas obligaciones previsionales, cuyo incumplimiento por parte de los contratistas o subcontratista, puede poner en movimiento el régimen de responsabilidad radicado en el dueño de la empresa, obra o faena?.

LA DETERMINACIÓN Y ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD PREVISIONAL DE LA EMPRESA PRINCIPAL

Dado que en el régimen de subcontratación nos enfrentamos a una realidad de pluralidad de deudores (empresa principal – contratista – subcontratista), para determinar como responderán todos ellos frente a los trabajadores que vean incumplidos sus derechos previsionales por parte de sus empleadores directos, deberá estarse a si uno u otro ha ejercido los derechos de información y de retención que el propio C. del T. previera en el art. 183-C.

Así, si se ejercen tales derechos, los eventuales responsables no responderían de la misma forma ni en el mismo tiempo, teniendo lugar lo que se ha llamado “*responsabilidad vertical o en cascada*”, esto es, en una consecuencia ininterrumpida y gradual de uno a otro”². En este escenario, el principal responsable de las obligaciones previsionales será el contratista o el subcontratista quien es el directo empleador de los trabajadores en conflicto, y sólo en caso de incumplimiento total o parcial o mora, en su caso de ser requerido, se hará exigible la prestación subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena o empresa principal o contratista, según corresponda.

Por su parte, si en la ejecución de la obra, empresa o faena, interviene un subcontratista, esta responsabilidad subsidiaria también alcanzará a la empresa principal, como lo previene expresamente el Código del ramo, al señalar en su art. 183-D que “*Si la empresa principal hiciera efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas a favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral*”.

A su vez, la responsabilidad solidaria de que habla el art. 183-B del C. del T., entrará a operar toda vez que estemos frente a un incumplimiento de obligaciones previsionales, por parte de subcontratistas o contratistas, por los cuales podrá responder finalmente la empresa principal, toda vez que ésta no haya recurrido, previamente, a las facultades de que trata el art. 183-C del mismo cuerpo legal. Igual responsabilidad tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas.

² Millón L., Paula: “La responsabilidad subsidiaria en la legislación laboral”. Edit. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2001, p.97.

Como ya lo enunciáramos, las normas que establecen el régimen de responsabilidad en el ámbito de la subcontratación laboral de nuestro C. del T., ya sea solidaria o subsidiaria, que pueden llegar a afectar a la empresa principal, disponen que éstas abarcan o comprenden *“las obligaciones laborales y previsionales de dar... , incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral”*.

Para realizar el estudio del contenido y alcance de las llamadas *“obligaciones previsionales.”*, proponemos efectuar el siguiente distinguo:

1. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS

Para determinar el sentido y alcance de la expresión *“obligaciones previsionales de dar”* que constituirían el contenido de la responsabilidad subsidiaria o solidaria, según el caso, podemos postular que recurramos a las reglas de interpretación de la ley, en particular el art. 20 del C.C., en el sentido que las palabras deberán entenderse *“en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”*, sentido que se encontraría en el Diccionario de la R.A.E.

Así, serían obligaciones previsionales, aquellas que provienen del vocablo previsión, y según el Diccionario de la R.A.E., previsión es la *“acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles”*. De este modo, *“todo aquello que se pueda disponer para cubrir contingencias o necesidades previsibles que puedan afectar a la persona del trabajador durante sus labores, conformarían obligaciones previsionales del empleador”*. Dentro de esta obligación quedarían comprendidos, en principio, no sólo el pago o declaración de las cotizaciones previsionales o de salud sino que también la obligación de prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Con la finalidad de dar luces sobre el punto, durante la vigencia de los arts. 64 y 64 bis del C. del T. la Dirección del Trabajo sostuvo mediante Dictamen de fecha 02 de febrero de 2004, que *“son obligaciones previsionales todas las relacionadas con el integro o declaración de las cotizaciones de seguridad social, y con la prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, respecto de los mismos trabajadores empleados en la obra, empresa o faena”*.³

Detallando el contenido de este concepto el mismo órgano fiscalizador indicó, en este mismo Dictamen, que *“Entre tales obligaciones se podría comprender no sólo el pago o declaración de las cotizaciones previsionales, de acuerdo al artículo 22 de la Ley N°17.322, en general, y artículo 19 del D.L. N°3.500, de 1980, para las A.F.P., y 30 de la Ley N°18.933, para las ISAPRE, corresponde efectuar al empleador, sino con ellas se prevé la cobertura de contingencias o necesidades previsibles del trabajador, sino además, la obligación que le asiste de prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Estas últimas medidas serían las consagradas en la Ley N°16.744, de Seguro Social contra los Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, citada en el Título III del Libro II del Código del Trabajo, “De la protección de los trabajadores”. De esta manera, serían obligaciones previsionales, exigibles subsidiariamente del dueño de la obra, empresa o faena, o del contratista, según el caso, tanto el pago o declaración de las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores ocupados en ellas como las vinculadas a la higiene y seguridad en el trabajo para la prevención de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”*.⁴

Asimismo constituyó un aporte para clarificar este concepto, lo resuelto por nuestra C.S. al sostener en la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2004, que *“...si la ley habla de obligaciones... previsionales, sin excluir a ninguna en particular, ni referirse a alguna en especial, deben entenderse*

³ Dictamen N°544/32, de la D. del T. de fecha 02 de febrero de 2004.

⁴ Dictamen N°544/32, de la D. del T. de fecha 02 de febrero de 2004.

en sentido amplio e incluir en ellas los deberes, imposiciones o exigencias esenciales a la vinculación de naturaleza laboral, cualquiera sea su fuente". Planteó también que "Deben, además, considerarse las obligaciones nacidas en las contingencias de la seguridad social, dado que "donde la ley no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir". Estas últimas, sin duda, involucran la prevención de las contingencias sociales y la cobertura de siniestros propiamente tales, esto es, sistema de pensiones a través de las Administradoras de Fondos de esa naturaleza y la salud, por intermedio de las Instituciones respectivas como, asimismo, la afiliación y cotización, es decir, el acto por el cual un particular se integra al régimen de seguridad social y la cuota con la que, obligatoriamente, trabajadores o empleadores deben concurrir a los regímenes de seguridad para financiar sus fines".⁵

Si embargo, esta amplitud conceptual a la cual arribó, tanto nuestra jurisprudencia administrativa como judicial, bajo el régimen de los ya referidos arts. 64 y 64 bis del C. del T., contrasta con los claros términos previstos en los actuales arts. 183-B y 183-D del mismo cuerpo legal, que se refieren a "las obligaciones previsionales de dar".

De lo anterior, es posible concluir que esta expresión envuelve un criterio más acotado, al momento de determinar el contenido y alcance de estas "obligaciones previsionales de dar", como lo sostiene la D. del T. al señalar que "Por lo que respecta a las obligaciones previsionales, cabe señalar que la circunstancia que el artículo 183-B... 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 dictamen N°544/32,... 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". Más adelante previene que "resulta aplicable respecto de la responsabilidad subsidiaria que nos ocupa, el alcance de la expresiones obligaciones... previsionales de dar, el de responsabilidad solidaria de la empresa principal y del contratista".⁶

Si embargo, el régimen de responsabilidad que afectaría a la empresa principal, no queda restringida sólo a las obligaciones previsionales de dar, y que guardan relación con "las cotizaciones previsionales"⁷, haciendo surgir para éste una responsabilidad solidaria o subsidiaria en los términos previstos en los arts. 183-B y 183-D del C. del T., sino que también habrá lugar a una responsabilidad directa, en materia de higiene y seguridad que pueda afectar a los trabajadores adscritos a un régimen de subcontratación laboral, como lo prevé el art. 183-E de nuestro C. del T.

A continuación analizaremos aquellos aspectos más relevantes que dan contenido a esta obligación de seguridad social.

2. LAS NORMAS PREVISIONALES

Los elementos que conforman cualquier relación jurídica en el ámbito de la seguridad social serán, la obligación de afiliación, las cotizaciones y las prestaciones.

Por obligación de afiliación podemos entender "al acto de voluntad en cuya virtud un particular se incorpora a un determinado régimen de seguridad social" o también, como aquella "declaración jurídica unilateral y ejecutiva por la que el organismo administrador tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva que provee de deberes y derechos a un particular".⁸

⁵ F. del M. N°529, sent. 1, p.3335 y sgts.

⁶ Dictamen N°141/05, de la D. del T. de fecha 10 de enero de 2007.

⁷ Lizama, Luis y Ugarte, José Luis: "Subcontratación y suministro de trabajadores", Edit. LexisNexis, 2ª edic. Santiago, 2007, p.48.

⁸ Recio, Fernando: "Apuntes de Clase", citado por Millón, Paula. Ob. cit. "La responsabilidad subsidiaria en la legislación laboral", p.106.

Por su parte la obligación de cotizar que surge coetáneamente con la de afiliación, consistirá en *“la dación periódica de sumas de dinero, que podrán consistir en una prima fija o un porcentaje de la remuneración del afiliado, de cargo del trabajador y de su empleador conjuntamente, o sólo del primero o del segundo, según el caso, con las que se financian los regímenes de cobertura de la seguridad social para garantizar su funcionamiento y el cumplimiento de sus fines”*

Finalmente, las prestaciones *“son los beneficios que los entes gestores de la seguridad social otorgan a sus afiliados, como contrapartida a las cotizaciones enteradas en los regímenes de cobertura que la integran, una vez cumplidos los requisitos para que sean exigibles, y que pueden consistir en beneficios en dinero, en especies o servicios”*.

Según lo dicho, el contenido básico de las obligaciones de seguridad social estará conformado, como lo ha señalado nuestra C.S., por *“la afiliación y cotización, es decir, el acto por el cual un particular se integra al régimen de seguridad social y la cuota con la que, obligatoriamente, trabajadores o empleadores deben concurrir a los regímenes de seguridad para financiar sus fines.”*⁹

2.1. *Obligación de afiliación*

En nuestro ordenamiento jurídico sobre Seguridad Social, no se dispone de un concepto general de afiliación aplicable a todos los regímenes de cobertura de los riesgos y cargas, conocidas genéricamente como contingencias sociales y que son calificadas como propias por esta rama del Derecho. Sin embargo, el profesor Humeres Noguera nos ayuda en este propósito sosteniendo que la afiliación es *“el acto jurídico por medio del cual la persona se integra al régimen pertinente, y que genera derechos y deberes, tanto para el afiliado como para el órgano gestor del sistema”*.¹⁰

A pesar de que la afiliación, constituye un vínculo jurídico básico para el surgimiento de todos los derechos y obligaciones que impone la Seguridad Social, desde el punto de vista de la clasificación de las obligaciones, esta obligación de afiliación corresponde a aquellas, que atendiendo al objeto, distingue entre obligaciones de dar, hacer y no hacer, siendo ella una especie de obligación de hacer, esto es, *“aquellas que tienen por objeto una prestación consistente en desarrollar cualquier actividad, corporal o intelectual”*.¹¹, por lo cual, no quedaría comprendida dentro de las obligaciones previsionales de dar, que pueden hacer surgir la responsabilidad solidaria o subsidiaria de la empresa principal, respecto de su incumplimiento por parte de sus contratistas y subcontratistas, en relación con los trabajadores de éstos.

El carácter de obligación de hacer de la afiliación y la circunstancia de que ella se impone al trabajador, como ocurre con el nuevo sistema previsional chileno, queda en evidencia esta circunstancia ya que esta obligación surge cada vez que se de inicio a una labor por parte de un trabajador no afiliado al sistema, la que reviste el carácter de automática, haciendo nacer con ella la obligación de cotización, según lo dispone el art. 2 inc. 1º del D.L. Nº3.500. Más aún, el carácter de carga para el trabajador queda demostrado con la obligación que se impone a éste según lo establece el inc. penúltimo del art. 2 del D.L. Nº3.500, al señalar que *“El trabajador deberá comunicar a su empleador la Administradora en que se encuentre afiliado o decida afiliarse, dentro de los treinta días siguientes a la iniciación de sus servicios. Si no lo hiciere, el empleador cumplirá la obligación a que se refiere el artículo 19 (se refiere a la obligación de declaración y pago), enterando las cotizaciones en la Administradora que determine en conformidad al Reglamento”*.

⁹ Edel M. Nº529, sent. 1, p.3335 y sgts.

¹⁰ Humeres, Héctor: “Derecho del trabajo y de la seguridad social”. Edit. Jurídica de Chile, Tomo III “Derecho de la seguridad social”, 17ª edic. Santiago, 2005, p.49.

¹¹ Troncoso, Hernán: “De las obligaciones”. Edit. LexisNexis, Santiago, 2004, p.43.

En este estado de cosas, es decir, en la etapa de afiliación, el empleador sólo queda con la carga de *“comunicar la iniciación o la cesación de los servicios de sus trabajadores, a la Administradora de Fondos de Pensiones en que éstos se encuentren afiliados, dentro del plazo de treinta días contados desde dicha iniciación o término”*, conforme lo dispone el inc. 5º del mismo art. 2º del D.L. N°3.500.

Por su parte, como consecuencia de la afiliación al sistema de previsión social, nace la afiliación automática al régimen de cobertura frente a los riesgos profesionales, contenidos en la Ley N°16.744¹², al disponerlo así su art. 4 que preceptúa que *“La afiliación de un trabajador, hecha en una Caja de Previsión para los efectos de seguridad social, se entenderá hecho por el ministerio de la ley, para este seguro, salvo que la entidad empleadora para la cual trabaje se encuentre adherida a alguna Mutualidad”*. Y como resultado de esta afiliación por el sólo ministerio de la ley, surge para el dueño de la obra, empresa o faena, una responsabilidad subsidiaria respecto de *“las obligaciones que, en materia de afiliación y cotización afecten a sus contratistas respecto de sus trabajadores. Igual responsabilidad afectará al contratista en relación con las obligaciones de sus subcontratistas”*. (inc. final del art.4 de la Ley N°16.744).

Tratándose de la incorporación al régimen de salud bajo la administración del Sistema Nacional de Servicios de Salud, tendrán la calidad de afiliados los trabajadores dependientes de los sectores público y privado, que se encuentren en algunas de las circunstancias previstas en el art. 5 letra a) de la Ley N°18.469¹³, y su incorporación según lo dispone su art. 7 *“...se producirá automáticamente al adquirirse cualquiera de las calidades indicadas en los artículos anteriores y se mantendrá mientras ellas subsistan”*.

Finalmente, la afiliación al denominado *“Régimen privado de salud”*, administrado por las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE) reguladas por la Ley N°18.933¹⁴, se concreta a través de la celebración del respectivo contrato de salud, con lo cual se origina jurídicamente la afiliación a la respectiva entidad previsional de salud. La afiliación aquí, es un acto complejo toda vez que conjuntamente con la suscripción del referido contrato de salud, deben otorgarse los documentos complementarios conformados por el formulario único de notificación, declaración de salud y condiciones particulares.

Conforme lo visto en este párrafo, analizaremos la obligación que por esencia le es atribuida al empleador directo o eventualmente, en carácter de responsable solidario o subsidiario a la empresa principal, y que dice relación con la carga de cotizar al régimen de seguridad y/o de resguardar el efectivo cumplimiento de esta obligación.

2.2. Obligación de cotización

Esta carga de cotización puede ser entendida como *“una forma coactiva, ordenada por la ley con respecto a determinados grupos, destinada a garantizar prestaciones de Seguridad Social”*.¹⁵

La existencia de la cotización se justifica, en el ámbito de la Seguridad Social, en la necesidad de enfrentar el problema del financiamiento de ella, para lo cual se han ideado a través del tiempo diversos mecanismos o regímenes de financiamiento: A saber, sistemas unipartitos, bipartitos y tripartitos de financiamiento.¹⁶

¹² Ley N°16.744, sobre “Seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”; D.O. de fecha 1 de febrero de 1968.

¹³ Ley N°18.469, que “Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud”; D.O. de fecha 23 de noviembre de 1985.

¹⁴ Ley N°18.933, que “Crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por Isapre y deroga D.F.L. N°3, de Salud, de 1981”; D.O. de fecha 9 de marzo de 1990.

¹⁵ Humeres, Héctor. Ob. cit. “Derecho del trabajo y de la seguridad social”, p.60.

¹⁶ En este sentido Lanata, Gabriela: “Manual de legislación previsional”. Edit. Jurídica ConoSur Ltda., 1ª edic. Santiago, 2004, p.42.

En nuestra realidad legislativa conviven restringidos sistemas bipartitos de financiamiento, como ocurre con el régimen de cotización adicional por trabajo pesado previsto en el art.17 bis en relación con el art.68 bis, ambos del D.L. Nº3.500, o con el seguro de desempleo regulado por la Ley Nº19.728¹⁷ y los vigorosos sistemas unipartitos, ya de cargo del trabajador afiliado, en el caso del régimen previsional administrado por el Instituto de Normalización Previsional (I.N.P.) o por las Administradoras de Fondos de Pensiones (A.F.P.) o en el ámbito de la cobertura de salud a través del Fondo Nacional de Salud (FONASA) y las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), o bien de responsabilidad exclusiva del empleador tratándose del seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, conforme lo estatuye el art. 15 en sus letras a) y b) de la Ley Nº16.744.

A continuación analizaremos brevemente algunos de los regímenes de cotización más relevantes de nuestro sistema de Seguridad Social y respecto de los cuales, podrá hacerse efectiva la responsabilidad de la empresa principal en caso de incumplimiento de las obligaciones de retención, declaración y pago, según corresponda, por parte del contratista y subcontratista, respecto de los trabajadores de éstos. Para un mejor análisis de la materia, proponemos efectuar el siguiente distingo:

2.2.1. Cotizaciones de cargo del trabajador

2.2.1.1. Cotizaciones para efectos previsionales

a) Cotizaciones en el régimen previsional tradicional.

De acuerdo al art.1 Nº2 del D.L. Nº3.502¹⁸ de 1980, se entregó al Instituto de Normalización Previsional (I.N.P.), la función de *“Administrar los regímenes de prestaciones encomendadas actualmente a cada una de las instituciones que se indican a continuación”*, pasando a individualizar en un listado a las denominadas instituciones tradicionales de previsión.

El régimen impositivo de los organismos previsionales fusionados en el I.N.P., en virtud de la Ley Nº18.689¹⁹, fue fijado por las disposiciones contenidas en el D.L. Nº3.501²⁰.

El art.1 del D.L. Nº3.501 estableció el monto de las cotizaciones previsionales que serían asumidas como cargas impositivas, por los trabajadores dependientes afiliados al régimen tradicional de previsión. Con tal propósito el inc. 3 del art.1 del indicado cuerpo legal, ordenó que *“Dichas cotizaciones deberán ser deducidas por el empleador de las remuneraciones del trabajador y pagadas en las Instituciones de previsión respectivas, aplicándose para todos los efectos las disposiciones de la Ley Nº 17.322”*.²¹

b) Cotizaciones en el nuevo régimen previsional

La regla general se encuentra contenida en el art.17 del D.L. Nº3.500, que dispone en lo pertinente que *“Los trabajadores afiliados al Sistema, menores de sesenta y cinco años de edad si son hombres, y menores de sesenta años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el diez por ciento de sus remuneraciones y rentas impo-*

¹⁷ Ley Nº19.728, que “Establece un seguro de desempleo”; D.O. de fecha 14 de mayo de 2001.

¹⁸ D.L. Nº3.502, que “Crea Instituto de Normalización Previsional”; D.O. de fecha 18 de noviembre de 1980.

¹⁹ Ley Nº18.689, que fusionó en el Instituto de Normalización Previsional las instituciones previsionales que indica, modificando el texto del art.1 del D.L. Nº3.500; D.O. de fecha 20 de enero de 1988.

²⁰ D.L. Nº3.501, que “Fija nuevo sistema de cotizaciones previsionales y deroga disposiciones legales que indica”; D.O. de fecha 18 de noviembre de 1980.

²¹ Ley Nº17.322; que establece las “Normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad Social”; D.O. de fecha 19 de agosto de 1970.

nibles". *"Además, deberán efectuar una cotización adicional en la misma cuenta y calculada sobre la misma base que será determinada por cada Administradora y que estará destinada a su financiamiento, incluido el pago de la prima de seguro a que se refiere el artículo 59."*

Conforme lo anterior, la carga o peso impositivo para financiar las futuras pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia recae en el trabajador afiliado.

Como contrapartida, al empleador se le imponen las obligaciones previstas en el art.19 del D.L. N°3.500. En efecto, esta norma señala que *"Las cotizaciones... deberán ser declaradas y pagadas por el empleador... en la Administradora de Fondos de Pensiones a que se encuentre afiliado el trabajador, dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones..., término que se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente si dicho plazo expirare en día sábado, domingo o festivo"*.

Las obligaciones de declaración y pago, a su vez, imponen al empleador la facultad-carga prevista en el inc. 2° de la norma recién reproducida, conocido como "deber de retención", al disponer que *"Para este efecto, el empleador deducirá las cotizaciones de las remuneraciones del trabajador"*.

En caso de incumplimiento, por parte del empleador, de los deberes de retención, declaración y pago, ya referidos, hará acreedor a éste de las sanciones que se previenen en los incs. 3° y sgts. del referido art.19 del D.L. N°3.500.

2.2.1.2. Cotizaciones para efectos de salud

a) Cotizaciones para el régimen de libre elección administrado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA).

Según lo previene el art.7 inc.2° de la Ley N°18.469, *"Los afiliados deberán efectuar para el Fondo Nacional de Salud (FONASA) las cotizaciones destinadas a financiar las prestaciones de salud que se establecen en los Decretos Leyes N°s 3.500 y 3.501, de 1980, o en las respectivas leyes orgánicas de las entidades previsionales a las que pertenecen"*.

Por su parte, el art.84 del D.L. N°3.500 otorga a los afiliados al Nuevo Régimen Previsional el *"...derecho a las prestaciones de salud establecidas en las Leyes N°s 10.383 ó 16.781²²(Ley de Medicina Curativa), y en la Ley N°6.174²³(Ley de Medicina Preventiva)"*.

Como contrapartida a estos derechos el inc.2° de la norma, materia del comentario, dispone que *"Sin perjuicio de otros ingresos y del aporte fiscal que corresponda, para el financiamiento de dichas prestaciones, deberán enterar, en la respectiva institución de previsión, una cotización del siete por ciento de sus remuneraciones imponibles, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo anterior, la que quedará afecta a las disposiciones de la Ley N°17.322"*.

Para los efectos de la retención, declaración y pago de estas cotizaciones de salud, por parte del empleador del trabajador dependiente, debemos regirnos por las reglas contenidas en el art. 19 del D.L. N°3.500.

b) Cotizaciones a las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE).

La norma básica se encuentra contenida en el art.30 de la Ley N°18.933, que dispone: *"Las cotizaciones para salud de quienes se hubieren afiliado a una institución de salud previsional,*

²² Ley N°16.781; que "Otorga asistencia médica y dental a los imponentes activos y pasivos de los organismos que señala"; D.O. de fecha 02 de mayo de 1968.

²³ Ley N°6.174; que "Establece el servicio de Medicina Preventiva"; D.O. de fecha 09 de febrero de 1938.

deberán ser declaradas y pagadas en dicha institución por el empleador... dentro de los diez primeros días del mes siguiente a aquél en que se devengaron las remuneraciones... afectas a aquéllas, término que se prorrogará hasta el primer día hábil siguiente si dicho plazo expirare en día sábado, domingo o festivo". "Para este efecto el empleador..., deducirá las cotizaciones de la remuneración..."

En caso de incumplimiento de las obligaciones de declaración y pago, se observarán las reglas previstas y se aplicarán las sanciones contemplada en el inc.3° y sgtes. del art.30 y en el art.31, ambos de la Ley N°18.933.

2.2.2. Cotizaciones de cargo exclusivo del empleador.

En esta categoría queda comprendida la cotización para financiar el Seguro Social Obligatorio contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.²⁴

De conformidad a lo preceptuado en el art.209 del C. del T., *"El empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originen del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la ley N° 16.744". "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"*.

El art.15 de la Ley N°16.744, que reproduce en parte el art.211 del C. del T., dispone que el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se financiará, entre otros recursos, con las siguientes cotizaciones:

- Con una cotización básica general del 0,90% de las remuneraciones imponibles, de cargo del empleador.²⁵
- Con una cotización adicional diferenciada en función de la actividad y riesgo de la empresa o entidad empleadora, la que será determinada por el Presidente de la República y no podrá exceder de un 3,4% de las remuneraciones imponibles, que también será de cargo del empleador, y que se fijará sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 16.

Como vemos la carga impositiva se hace recaer en el empleador, para lo cual debe observarse la regla prevista en el inc.2° del art.17 de la Ley N°16.744, la que señala *"Las cotizaciones que deban integrarse en alguna Caja de Previsión, se considerarán parte integrante de su sistema impositivo, gozando, por lo tanto, de los mismos privilegios y garantías. Asimismo, el incumplimiento de enterar las cotizaciones tendrá las mismas sanciones que las leyes establecen o establezcan en el futuro para dicho sistema"*.

Por su parte, cuando estamos frente a un empleador afiliado a una Mutualidad de Empleadores, en caso de incumplimiento de la obligación de cotizar se observarán las reglas previstas en el art.18 de la norma legal en análisis.

²⁴ El art.1 de la Ley N°16.744 sobre "Seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales", D.O. de fecha 1 de febrero de 1968, dispone que "Declárase obligatorio el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, en la forma y condiciones establecidas en la presente ley".

²⁵ La cotización básica general de la Ley N°16.744 es de un 0,90% de la remuneración mensual imponible de cada trabajador, pero que ha sido incrementada en un 0,05% hasta el año 2008, según lo estableció la Ley N°19.969, D.O. de fecha 31 de agosto de 2004.

2.2.3. Cotizaciones conjuntas de cargo del trabajador y del empleador

a) Cotización adicional por trabajo calificado de pesado.²⁶

Según lo dispone el art.17 bis del D.L. N°3.500, "...los afiliados que desempeñen trabajos pesados deberán además, efectuar en su cuenta de capitalización individual, una cotización cuyo monto se determinará conforme se dispone en los incisos siguientes". "A su vez, los empleadores que contraten trabajadores para desempeñar trabajos pesados deberán enterar en las respectivas cuentas de capitalización individual un aporte cuyo monto será igual al de la cotización a que se refiere el inciso anterior". "La cotización a que se refiere el inciso primero precedente, será equivalente a un 2% de la remuneración imponible, según los términos que, para este concepto, establecen los artículos 11 y 16 de este decreto ley". "Sin embargo, la Comisión Ergonómica Nacional, al calificar una faena como trabajo pesado, podrá reducir la cotización y el aporte que se establecen en este artículo, fijándolos en un 1%, respectivamente".

Recordemos que esta cotización adicional puede habilitar al afiliado que desempeñe o hubiera desempeñado labores calificadas como pesadas y cumplan lo requisitos para obtener una jubilación anticipada de vejez conforme el art.68 del D.L. N°3.500, para lo cual deberá tenerse presente lo señalado en el art.68 bis del mismo texto legal.²⁷

b) Financiamiento del seguro de desempleo

Este beneficio de la seguridad social se encuentra previsto en la Ley N°19.728, que impone las siguientes cargas impositivas a los integrantes de la relación laboral²⁸:

- Cotización de cargo del trabajador equivalente al 0,6% de su remuneración mensual imponible, la cual será depositada en una cuenta especial denominada "cuenta individual por cesantía".²⁹
- Cotización de cargo del empleador, que ascenderá en total a un 2,4% de la remuneración mensual imponible del trabajador, que se desglosa en un 1,6% que será depositado en la cuenta individual por cesantía del afiliado, y el 0,8% restante será aportado al "Fondo de cesantía solidario".

Conjuntamente con el aporte patronal al Fondo de cesantía solidario, existirá una contribución anual al mismo fondo que efectuará el Estado, que ascenderá a un total 225.792 U.T.M.³⁰

Estas cotizaciones, de los afiliados como de sus empleadores, deberán ser pagadas en la Sociedad Administradora, según lo previene el art.10 de la Ley N°19.728, "por el empleador o por la entidad pagadora de subsidios, según el caso, dentro de los primeros diez días del mes siguiente a aquel en que se devengaron las remuneraciones o subsidios".

²⁶ El art.17 bis del D.L. N°3.500, fue incorporado por la Ley N°19.044 que introdujo modificaciones al D.L. N°3.500, de 1980, y dictó normas relativas a pensiones de vejez, considerando el desempeño de trabajos pesados; D.O. de fecha 21 de agosto de 1995. Según el inc.3° del art.17 bis del D.L. N°3.500, constituyen trabajos pesados "aquellos cuya realización acelera el desgaste físico, intelectual o psíquico en la mayoría de quienes lo realizan provocando un envejecimiento precoz, aun cuando ellos no generen una enfermedad laboral".

²⁷ Texto que corresponde al art. 68 bis del C. del T., que fuera incorporado por la Ley N°19.044 que introdujo modificaciones al D.L. N°3.500, de 1980, y dictó normas relativas a pensiones de vejez, considerando el desempeño de trabajos pesados; D.O. de 21 de agosto de 1995.

²⁸ Lanata, Gabriela: "Derecho Laboral, apuntes de clases". Talleres Dirección de Docencia, Universidad de Concepción, 1ª edic. Concepción, 2005, p.187.

²⁹ A ella se refiere el art.9 de la Ley N°19.728.

³⁰ A él se refiere el art.5 letra c) de la Ley N°19.728.

Finalmente, dado el carácter previsional de estas cotizaciones, de conformidad a lo preceptuado en el inc.8º del art.11 de la norma legal en comento, a los empleadores que no enteren las cotizaciones que hubieren retenido o debido retener a sus trabajadores, *“les serán aplicables las sanciones penales que establece la ley Nº17.322”*.

2.3. Reglamentación destinada a la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas a las entidades empleadoras.

Como garantía del cumplimiento de las obligaciones de cotización, nuestra legislación de seguridad social implementó a través del mecanismo previsto en la Ley Nº17.322, una vía jurídica para perseguir el pago, en sede judicial, de las imposiciones, aportes y multas impuestas a los empleadores, por las instituciones de seguridad social, que no hayan cumplido sus cargas de retención, declaración y pago de las cotizaciones previsionales previstas en los regímenes de seguridad social existentes en nuestro sistema jurídico.

La regla básica, en la materia, se encuentra contenida en el art.20 de la Ley Nº17.322, cuyo texto puede ser objeto de los siguientes comentarios si tenemos presente lo dispuesto en los arts. 183-B y 183-D del C. del T.:

a) El régimen general de responsabilidad que se contiene en el inc. final del art.20, en comento, coincide con la realidad jurídica existente bajo la vigencia de los derogados arts. 64 y 64 bis del C. del T., esto es, la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena, respecto del incumplimiento de las obligaciones de seguridad social por parte de los contratistas y subcontratistas, y en relación con los trabajadores de éstos.

Sin embargo, esta situación contrasta, en nuestra opinión con el régimen general de responsabilidad que afectaría a la empresa principal, tras la modificación introducida por la Ley Nº20.123, ya que conforme el art.183-B, ésta es de carácter solidaria, que surge precisamente cuando el dueño de la obra, empresa o faena no hace uso de los derechos de información y de retención contemplados a su favor en el art. 183-C del Código Laboral.

La responsabilidad subsidiaria, según nuestro art. 183-D queda reservada para la empresa principal que ha actuado con diligencia, esto es, recurriendo y ejerciendo las atribuciones que consagra en su beneficio el legislador en el art. 183-C.

b) La responsabilidad solidaria, que se contempla respecto de las situaciones previstas en los incs. 1º y 2º del art.20 de la Ley Nº17.322, se vislumbra como una sanción frente al actuar negligente de parte del dueño de la obra, empresa o faena, ya que para que tenga lugar es menester que concurren las siguientes circunstancias:

- Debe tratarse de contratos de construcción de obra, reparación, ampliación o mejora.
- Deben existir garantías destinadas a cautelar el fiel cumplimiento o la correcta ejecución de las obras, o bien, estados de pago pendientes contra avance de obras, susceptible de ser retenidos por el empleador indirecto.
- Es menester que el dueño de la obra, empresa o faena no haya exigido los certificados a que hace mención la ley o no haya verificado el cumplimiento de las prestaciones previsionales, antes de hacer devolución de las cauciones retenidas al contratista o subcontratista incumplidor.
- Finalmente, es necesario que el contratista o subcontratista, no haya hecho pago previo de las obligaciones previsionales de que trata la ley.

En el caso de la solidaridad, prevista en el art. 183-B del C. del T., se estructura como una sanción de espectro más amplio, ya que para que tenga lugar sólo basta que la empresa principal no

haya ejercido los derechos de información y de retención previsto en el art. 183-C del mismo cuerpo legal, no siendo necesario la exigencia o la existencia previa de garantías destinadas a asegurar el fiel cumplimiento del contrato. Lo anterior, sin embargo, no tendrá lugar cuando quien encarga la construcción de edificaciones por un precio único, sea una persona natural.

Asimismo, esta sanción quedará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

3. LAS NORMAS DE COBERTURA DE OTRAS CONTINGENCIAS SOCIALES

Recordemos aquí, que de la noción amplia de obligaciones previsionales propuesta en el Dictamen N°544/32 de la D. del T., de fecha 02 de febrero de 2004, se planteaba que *“Entre tales obligaciones se podría comprender no sólo el pago o declaración de las cotizaciones previsionales,...sino además, la obligación que le asiste de prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”*. *“Estas últimas medidas serían las consagradas en la Ley N°16.744, sobre Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, citada en el Título III del Libro II del Código del Trabajo, “De la Protección a los Trabajadores”*³¹

Sin embargo, en virtud de la definición legal prevista en los nóveles arts. 183-B y 183-D del C. del T., a propósito de la responsabilidad solidaria y subsidiaria, al referirse a las “obligaciones previsionales de dar”, el mismo órgano administrativo ha sostenido que esta noción *“sólo alcanzará al pago de las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores de que se trata”*³², como ya lo analizáramos anteriormente.

Pero la conclusión anterior, no puede significar que nuestro legislador no haya contemplado responsabilidad alguna a la empresa principal o para el contratista en lo que se refiere a la obligación de hacer, como ocurre en materia de higiene y seguridad respecto de los trabajadores afectos a un régimen de subcontratación.

En este sentido, la D. del T. en su Dictamen de fecha 10 de enero de 2007, ha sentado su criterio en la materia señalando que a la luz de lo preceptuado en *“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 N°16.744, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales o de acuerdo al artículo 3° del Decreto Supremo N°594, de 1999, del Ministerio de Salud”*³³

De lo preceptuado en el art. 183-E del C. del T., y teniendo en vista el criterio sostenido por la D. del T., concordamos con el planteamiento de los profesores Lizama y Ugarte, en el sentido que *“la empresa principal tiene la obligación, junto al contratista, de disponer de todas las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores subcontratados en la faena respectiva”*³⁴

Por esta razón, los trabajadores de los contratistas y subcontratistas se encontrarían habilitados para exigir de sus empleadores directos (contratista o subcontratista), como también de la empresa principal, la adopción de todas las medidas necesarias para proteger eficazmente sus vidas y su salud en el lugar de trabajo.

³¹ Dictamen N°544/32; de la D. del T. de fecha 02 de febrero de 2004.

³² Dictamen N°141/05; de la D. del T. de fecha 10 de enero de 2007.

³³ Dictamen N°141/05; de la D. del T. de fecha 10 de enero de 2007.

³⁴ Lizama, Luis y Ugarte, José Luis. Ob. cit. “Subcontratación y suministro de trabajadores”, p.50.

En nuestra opinión, la responsabilidad que podrá alcanzar a la empresa principal, frente al incumplimiento de los empleadores directos (contratistas o subcontratistas), abarcará tanto lo relativo a la prevención de la ocurrencia de los riesgos profesionales como a hacer frente a las consecuencias, patrimoniales y/o morales que puedan derivarse del incumplimiento de ese deber de seguridad, en caso de ocurrencia de accidentes laborales y enfermedades profesionales, que afecten a los trabajadores de los primeros.

Para un mejor entendimiento, dividiremos el estudio de este apartado atendiendo a los siguientes criterios:

3.1. *Responsabilidad de la empresa principal frente al deber de prevención de la ocurrencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales que recae sobre sus contratistas y subcontratistas.*

Hoy, a propósito de la modificación introducida al C. del T. por la Ley N°20.123, que incorporó un nuevo art. 183-E, es evidente que el deber de seguridad de que hablábamos en la parte introductoria de este apartado se ha relevado a un primerísimo primer plano, dado que las acciones orientadas a la prevención de la ocurrencia de esta especie de riesgos o contingencias sociales, constituye una de las funciones que dan contenido al Principio de la Integridad que otorga fisonomía propia a la Seguridad Social frente al Derecho del Trabajo y a las otras ramas del Derecho Privado, junto a las acciones recuperadora, reparadora y readaptadora o rehabilitadora.

En efecto, la relevancia de la función preventiva se encuentra precisamente en la circunstancia de que ella está destinada a evitar la ocurrencia de las contingencias sociales, que eventualmente podrán situar al individuo afectado por ellas en un estado de necesidad o de carencia de bienes, lo que obliga a poner en movimiento toda la acción de protección de la seguridad social, precisamente, para enfrentar y superar ese estado de menor valer físico – psíquico en que se encuentre la persona en un momento de su vida.

La importancia de la prevención, en el ámbito de la protección de la vida y la salud para nuestro legislador, se ve reflejada en la decisión del Ejecutivo de introducir, vía indicación, un nuevo artículo al Proyecto de Ley, como asimismo la modificación de algunas disposiciones de la Ley N°16.744, durante su discusión en Segundo Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados. En esta instancia el Diputado Informante de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de dicha Corporación, al dar cuenta a la sala sobre las modificaciones al proyecto las resumió señalando que con ellas *“Se reenfoca el campo de la responsabilidad en materia de seguridad y prevención, al establecerse la faena como concepto ordenador de las responsabilidades. Así, el mandante tiene la obligación, junto al contratista, de disponer de todas las medidas necesarias para proteger la vida y la salud de los trabajadores subcontratados.”*³⁵

A la luz del texto final del art. 183-E en comento, creemos conveniente estudiar el real alcance y extensión de esta eventual responsabilidad directa que pudiere afectar a la empresa principal en relación con los trabajadores de sus intermediarios laborales:

3.1.1. *La implementación de políticas y la ejecución de acciones de prevención efectivas por parte de la empresa principal, respecto de los trabajadores de sus contratistas o subcontratistas.*

Como ya fuera planteado anteriormente el art. 183-E, impone a la empresa principal una importantísima carga, en lo que a medidas de protección y resguardo se refiere, al señalar

³⁵ Seguel Molina, Rodolfo; Diputado Informante de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social que analizó Proyecto de Ley modificado por Indicación del Ejecutivo, en su Segundo Trámite Constitucional, dando cuenta a la Sala en Sesión 67 de fecha 10 de enero de 2006, Legislatura 353.

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, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la Ley N° 16.744 y el artículo 3° del Decreto Supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud”.

De tal suerte, que en virtud de la remisión efectuada por la regla en análisis, sobre el dueño de la obra, empresa o faena o empresa principal, se hacen recaer las siguientes responsabilidades u obligaciones:

a) Deber de control superior.

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, para cuyo propósito se encuentra habilitado para adoptar las siguientes medidas:

- Implementación de un Sistema de Gestión y Salud en el Trabajo para todos los trabajadores involucrados, que en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores, cualquiera sea su dependencia. Este Sistema debe considerar según el art. 9 del Reglamento los siguientes elementos:³⁶

- Una política de seguridad y salud en el trabajo, que deberá establecer las directrices que orientarán todos los programas y las acciones en materias de seguridad y salud laboral en la obra, faena o servicios.
- Una organización, que deberá señalar la estructura organizativa de la prevención de riesgos en la obra, faena o servicios, indicando las funciones y responsabilidades en los diferentes niveles jerárquicos, en particular la correspondiente a la dirección de la o las empresas, el o los comité(s) paritario(s); el o los Departamentos de Prevención de Riesgos y los trabajadores.
- Una planificación, que deberá basarse en un examen o diagnóstico inicial de la situación y que habrá de revisarse cuando se produzcan cambios en la obra, faena o servicios.
- Una evaluación, que se realizará periódicamente sobre el desempeño del Sistema de Gestión.
- Finalmente, una acción en pro de mejoras o correctivas, que debe contar con los mecanismos para la adopción de medidas preventivas o correctivas en función de los resultados obtenidos en la evaluación definida previamente.

- La empresa principal, debe mantener en la faena, obra o servicios y por el tiempo que ésta se extienda, un registro actualizado de antecedentes, en papel y/o soporte digital, de todas aquellas informaciones, acciones o actividades que se describen en el art.5 del referido Reglamento.

- 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. En dicho reglamento se contemplarán también mecanismos que permitan verificar su cumplimiento por parte de la empresa mandante y las sanciones aplicables.³⁷

³⁶ D.S. N°76, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que “Aprueba Reglamento para la aplicación del artículo 66 bis de la Ley N°16.744 sobre gestión de la seguridad y salud en el trabajo en obras, faenas o servicios que indica”; D.O. de fecha 14 de diciembre de 2006.

³⁷ Sobre el particular ver Tit. III del D.S. N°76, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de fecha 14 de diciembre de 2006.

b) Deber de denunciar la ocurrencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

En lo que se refiere a la carga que pesa sobre todo empleador de denunciar, ante el organismo administrador del seguro social obligatorio contra los riesgos profesionales, la ocurrencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, también se hace recaer sobre la empresa principal, ya que en caso de accidentes del trabajo fatales y graves, debe informar inmediatamente a la Inspección del Trabajo y a la Secretaría Regional Ministerial de Salud que corresponda, acerca de la ocurrencia de cualquiera de estos hechos. Sobre la Superintendencia de Seguridad Social se hace recaer la responsabilidad de impartir las instrucciones para el cumplimiento de esta obligación.

Asimismo, la empresa principal debe suspender de forma inmediata las faenas afectadas y, de ser necesario, debe permitir la evacuación de los trabajadores del lugar de trabajo. La reanudación de las faenas, tendrá lugar una vez practicada la fiscalización por el organismo de inspección competente y se verifique que se han subsanado las deficiencias constatadas.

La infracción a estas obligaciones, habilitan a los organismos fiscalizadores para aplicar multas a beneficio fiscal de 50 a 150 UTM.³⁸

c) Deber de disponer en los lugares de trabajo condiciones sanitarias y ambientales para proteger la vida y la salud de los trabajadores que se desempeñen en las faenas.

Sobre el particular el art.3 del D.S. N°594, estatuye que *“La empresa está obligada a mantener en los lugares de trabajo las condiciones sanitarias y ambientales necesarias para proteger la vida y la 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”*.³⁹

Esta carga es compatible con la que se le impone en virtud del art.184 del C. del T., al señalar que *“El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la 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”*.

3.1.2. *La obligación de constituir, al interior de la empresa principal, organismos especializados en prevención de riesgos.*

En lo pertinente, el inc. final del nuevo art.66 bis de la Ley N°16.744, incorporado por el art. 7 de la Ley N°20.123, dispone 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”*.⁴⁰

³⁸ Sobre el particular ver Circular N°2.345 de la SUSESO, que *“Imparte instrucciones respecto de las obligaciones impuestas a las empresas por los incisos cuarto y quinto del artículo 76 de la Ley N°16.744, en virtud de lo establecido en la Ley N°20.123”, de fecha 10 de enero de 2007.*

³⁹ D.S. N°594, del Ministerio de Salud, que *“Aprueba Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo”*; D.O. de fecha 15 de septiembre de 1999.

⁴⁰ El Reglamento a que hace referencia la norma, corresponde al D.S. N°76, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de fecha 14 de diciembre de 2006, que destina sus Títulos IV y V, a la regulación de la materia.

La regla transcrita puede ser objeto de los siguientes comentarios si la comparamos con el régimen general previsto en el art. 66 de la Ley N°16.744:

- Se amplía el ámbito espacial donde pueden constituirse los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad y/o Departamento de Prevención de Riesgos, al utilizar la expresión “faenas” y no restringirlas a las realidades u organizaciones económicas que contempla expresamente el señalado art. 66.

Por una parte, tratándose de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad se remite a la noción de “industria o faena”⁴¹ y para el caso de la constitución del Departamento de Prevención de Riesgos, esta amplitud se hace aún más evidente frente al tenor del inc.4° del art.66 de la Ley N°16.744, que la hace exigible cuando estamos frente a “empresas mineras, industriales o comerciales”.

Así, según el Diccionario de la R.A.E., se entiende por faena “El servicio que se hace a alguien”, o “Trabajo que se hace en una hacienda en horas extraordinarias”, de lo cual se desprende que se trata de una actividad económica y laboral de carácter transitoria, eventual, esporádica e incluso estacional, y no necesariamente una actividad de carácter permanente.

La noción anterior contrasta con la idea de industria, que según el mismo diccionario dice relación con un “Conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales” o también “Instalación destinada a estas operaciones” y más aún con el concepto de empresa, en los términos previstos en el art. 3 del C. del T., que analizáramos en su tiempo.

En nuestra opinión, hay un concepto especial que habilitará la constitución de estos órganos especializados en prevención mucho más amplio y menos riguroso, por cuanto no se exige la existencia de una estructura organizacional determinada de mayor complejidad.

- Los quórum exigidos, como regla general, para constituir los Comités Paritarios (industria o faena en que trabajen más de 25 personas) o los Departamentos de Prevención de Riesgos (aquellas empresas mineras, industriales o comerciales que ocupen más de 100 trabajadores), se computan atendiendo al número de trabajadores que laboren bajo condiciones de subordinación y dependencia en la correspondiente industria, faena, o empresa minera, industrial o comercial, según corresponda.

En cambio, para las faenas que recurren al régimen de subcontratación laboral, el quórum se computa atendiendo a “la totalidad de los trabajadores que prestan servicios en un mismo lugar de trabajo, cualquiera sea su dependencia”. Es precisamente por esta razón, que para constituir estos órganos se atiende al número total de trabajadores que laboran en un mismo lugar de trabajo, ya sea que se encuentren sujetos a un vínculo de subordinación o dependencia con la empresa principal, o con uno de los contratistas o subcontratista que preste servicio en el mismo ámbito espacial.

Los quórum exigidos se entienden cumplidos “cuando dicho número se mantenga por más de treinta días corridos”.⁴²

⁴¹ El art.1 del D.S. N°54, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece el “Reglamento de funcionamiento de Comités Paritarios”, D.O. de fecha 11 de marzo de 1969, utiliza las nomenclaturas de “empresa, faena, sucursal o agencia”, agregando más adelante que “Si la empresa tuviere faenas, sucursales o agencias distintas; en el mismo o en diferentes lugares, en cada una de ellas deberá organizarse un Comité Paritario de Higiene y Seguridad”.

⁴² Al respecto se refieren los arts.14 y 26 del D.S. N°76, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de fecha 14 de diciembre de 2006.

3.2. Responsabilidad de la empresa principal frente a la obligación de reparación del daño patrimonial y/o moral, derivada del incumplimiento del deber de cuidado de sus contratistas y subcontratistas en relación con los trabajadores de éstos.

Es importante tener presente que la Ley N°16.744, en su Tít. V, arts. 25 y sgts., contempla un régimen de indemnización tarifado, que se traduce en el otorgamiento de prestaciones propias del sistema de seguro social frente a la ocurrencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Como lo plantean los profesores Walter y Lanata, “Se trata en definitiva de un sistema que indemniza a la víctima de un accidente en forma independiente de las responsabilidades subjetivas que pudiesen existir”. Agregan los mismos autores, que además de las reparaciones que la misma ley ordena al sistema de seguro social “se reconoce la posibilidad de perseguir la responsabilidad civil del causante del accidente o enfermedad, a fin de obtener la reparación del daño no cubierto por el régimen general de prestaciones de seguridad social”.⁴³

El régimen general de responsabilidad en el ámbito de estos riesgos profesionales, se encuentra contenido en el art.4 inc. final de la Ley N°16.744 que dispone que “El dueño de la obra, empresa o faena, será subsidiariamente responsable de las obligaciones que, en materia de afiliación y cotización, afecten a sus contratistas respecto de sus trabajadores. Igual responsabilidad afectará al contratista en relación con las obligaciones de sus contratista”. Esta norma debe complementarse con lo establecido en el art.5 del D.S. N°101, del Ministerio del Trabajo.⁴⁴

Ahora, para hacer efectiva dicha responsabilidad, el trabajador afectado por el siniestro o sus causahabientes, pueden hacer uso de las facultades que enuncia el art. 69 de la Ley N°16.744, al disponer 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 podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral”.

La norma recién transcrita, ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia, tanto para intentar precisar cuales son las prescripciones de derecho común a que hace referencia el texto legal, como a su vez, cuales serían los alcances de los cambios introducidos por la Ley N°19.447⁴⁵, que vino a modificar las normas de competencias contempladas en el art. 420 del C. del T.

En efecto, la cuestión a dilucidar consistía en determinar el carácter u origen de la obligación del empleador de indemnizar los daños derivados del acaecimiento de un accidente del trabajo o de una enfermedad profesional. De modo que si se concluía que estábamos frente a una responsabilidad de origen contractual o extracontractual, no representaba un punto indiferente, ya que tal determinación lógicamente tendrá una influencia gravitante en la solución de la controversia.

Para precisar estos conceptos, el profesor Alessandri nos enseña que “la responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto”. Por su parte, la responsabilidad extracontractual, que denomina como responsabilidad delictual o

⁴³ Walter, Rodolfo y Lanata, Gabriela. “Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno – Estudio de las modificaciones introducidas por las leyes N°s 20.022, 20.023 y 20.087”, Colección Manuales. Edit. LexisNexis, 1ª edic. Santiago, 2007, p.65

⁴⁴ D.S. N°101, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, “Aprueba Reglamento para la aplicación de la Ley N°16.744, que establece normas sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales”; D.O. de fecha 07 de junio de 1968.

⁴⁵ Ley N°19.447; cuyo art.1 N°3 agregó una letra f) al art. 420 del C. del T.; D.O. de fecha 8 de febrero de 1996.

cuasidelictual civil, señala que es la que *“proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro. Esta responsabilidad no deriva de la inexecución de una obligación preexistente; ninguna existe entre la víctima y el autor del daño, y si la hay, éste se produjo al margen de ella y no resulta de su infracción”*.^{46 47}

Para determinar las normas sustantivas y adjetivas a la que debe sujetarse el actor, se sugiere realizar el siguiente distingo:

3.2.1. *La acción es deducida por el trabajador afectado por el siniestro laboral.*

Conforme los antecedentes de la discusión parlamentaria sobre la modificación del art.420 del C. del T., el proyecto de reforma pretendió consagrar expresamente la competencia de los Juzgados del Trabajo para conocer de la responsabilidad contractual derivada de los accidentes laborales y enfermedades profesionales, sin embargo, el Honorable Senador Thayer habría estimado que *“no sería conveniente hacer referencia expresa a la responsabilidad contractual, porque el solo hecho de que se celebre un contrato de trabajo, liga al trabajador y al empleador a toda la normativa legal que ampara la seguridad en el trabajo. No son responsabilidades que emanan de lo que han contratado las partes, sino que de lo dispuesto en la ley como consecuencia de existir un contrato de trabajo”*.⁴⁸

En la materia no cabe dudas, que la acción intentada por el trabajador siniestrado será regulada conforme las normas previstas para la responsabilidad contractual, y que el conocimiento de esta controversia será de competencia de los juzgados del trabajo.

A la conclusión anterior, es posible arribar si tenemos presente, por una parte, lo preceptuado en el art. 184 del C. del T., cuando señala que *“El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la 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”*. Asimismo, dan fuerza para sustentar el planteamiento anterior, los claros términos de los arts. 183-E del C. del T. y 66 bis de la Ley N°16.744, al sostener el primero que *“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 laboren en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia...”*. Por su parte, la segunda norma citada, plantea en lo pertinente 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, 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...”*.

⁴⁶ Alessandri, Arturo: “De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno”. Edit. Jurídica Ediar – ConoSur Ltda., T. I, Santiago, 1983, p.42.

⁴⁷ Ayuda a clarificar estos conceptos el fallo de la C. de A. de Concepción de fecha 26 de diciembre de 2003, dictada en Causa Rol N°1.899-03 “Jerez y otros con Empresa Traverso Limitada y Bosques Arauco S.A.”, ratificado por sent. de la C.S. de fecha 21 de abril de 2004, que rechazó el Recurso de Casación en el Fondo, en Causa Rol N°384-04, www.poderjudicial.cl.

⁴⁸ Diario de Sesiones del Senado. Legislatura N°331, ordinaria, Sesión 7°, Anexo de Documentos p.857, citado por Walter, Rodolfo y Lanata, Gabriela. Ob. Cit. “Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno – Estudio de las modificaciones introducidas por las leyes N°s 20.022, 20.023 y 20.087”, p.66 y 67.

De este modo, si a consecuencia del incumplimiento de este deber de cuidado o de seguridad que se impone al empleador, sea este el subcontratista, contratista o la empresa principal, el trabajador sufre un siniestro de naturaleza laboral, quedará habilitado para perseguir la responsabilidad del o los infractores ante el Juzgado de Letras del Trabajo que sea competente conforme las reglas de la competencia relativa, según lo previene el art. 420 letra f) del C. del T.⁴⁹

En respaldo de la tesis anterior, esto es, que nos enfrentamos aquí ante una responsabilidad de naturaleza contractual que afectaría al empleador, se ha pronunciado nuestra C.S., como sucede con el fallo de fecha 14 de mayo de 1996, donde sostuvo que *"...el examen de la cuestión debatida, consiste en el pago de una indemnización de perjuicios materiales y morales, sufridos por un trabajador con ocasión de concurrir al cumplimiento de una orden dispuesta por su empleador, relativa a ir a depositar una suma de dinero sin enviarlo con los resguardos debidos, para evitar o precaver un asalto, permite sin duda encuadrarlo dentro de la disposición legal citada. Es una cuestión suscitada entre un trabajador y su empleador, consistente en cobrar una indemnización de perjuicios por daños materiales y morales sufridos a consecuencia de un accidente, esto es, por aplicación de normas laborales; norma que no es otra que la del artículo 171 (actual 184) de ese cuerpo legal, que imponen al empleador el deber de resguardo de sus asalariados y la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores"*⁵⁰.

Por su parte, la competencia radicada en los Juzgados de Letras del Trabajo para conocer de estas materia, ha sido también sustentada por nuestro máximo tribunal al señalar que *"... los actores accionan en virtud del deber de protección que consagra el artículo 184 del Código del Trabajo, razón por la cual es evidente que resulta competente para conocer de dicha acción un tribunal del trabajo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 420 f) del Código del ramo, norma de carácter procesal, vigente a la época de la decisión"*. Agrega el mismo tribunal que *"...son los juzgados del trabajo los llamados a conocer y fallar las causas en que se deduce una acción que tiene por fundamento el deber de protección y seguridad, impuesto por el legislador al empleador, deber que se encuentra consagrado en la norma citada y que constituye un elemento esencial de los contratos de trabajo"*.⁵¹

Sin embargo, es importante destacar que ya, bajo la vigencia de los derogados artículos 64 y 64 bis del C. del T., se previó que esta responsabilidad, por falta de cuidado y de seguridad, también podía llegar a comprometer la responsabilidad de la empresa principal, como lo sostuvo la sentencia de la C. de A. de Valparaíso, al resolver que la falta a este deber de seguridad impuesto al empleador directo puede también comprometer la responsabilidad de la empresa principal, cuando se dan las circunstancias de que *"...tomando en consideración que la demandada principal no desvirtuó que el accidente se produjo por falta de las medidas de seguridad, que la naturaleza de la función lo exigía, incumpliendo la obligación de tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, como lo exige el artículo 184 del Código del Trabajo, se configura la responsabilidad subsidiaria que consagra el artículo 64 de ese cuerpo legal, puesto que las obligaciones de higiene y seguridad se enmarcan dentro de las llamadas obligaciones laborales a que alude esa disposición, careciendo de relevancia las alegaciones hechas, por dicha demandada en cuanto a que no estaba en condiciones de ejercer*

⁴⁹ El art.420 letra f) del C. del T. dispone que "Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo: f) los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Nº16.744".

⁵⁰ RDJ. T. 93 Nº 2, secc. 3ª, p. 60 y sgts.

⁵¹ RDJ. T. 96 Nº 2, secc. 3ª, p. 147 y sgts.

una fiscalización en el cumplimiento por parte del contratista de esas medidas de seguridad y protección para los trabajadores, punto respecto del cual, además, no rindió ninguna prueba y, la de considerar que INGELMEC estaba obligada a observar el Reglamento de Prevención de Riesgos sobre seguridad de contratistas, porque la norma precitada es de orden público y como tal su contenido no puede ser alterado, sin que el contrato que celebró la demandada principal con la subsidiaria sea oponible al trabajador, quien no concurrió a su otorgamiento”.⁵²

En conclusión, podemos sostener que es posible perseguir la falta de este deber de cuidado y de seguridad en materia de higiene y salud, en la empresa principal, si tenemos a la vista los claros términos previstos en el art.183-E del C. del T. en relación con lo prescrito en el art.66 bis de la Ley N°16.744, que finalmente imponen a éste una responsabilidad directa en la materia.

Pero aquí es necesario tener en cuenta, en nuestra opinión, algunas circunstancias que pueden limitar la exigibilidad de esta responsabilidad, cuando concurren algunas de las siguientes situaciones:

a) La circunstancia de producirse un accidente de trayecto, conforme lo define el inc.2° del art. 5 de la Ley N°16.744.

En este sentido, se han pronunciado nuestros tribunales superiores de justicia. Así, en un fallo de fecha 08 de mayo de 2002, la C.S. dictaminó que tratándose de un accidente del trabajo ocurrido en el trayecto directo entre el lugar de trabajo y la habitación de un trabajador, se le eximió de responsabilidad directa al empleador y consecuentemente quedó liberado de la responsabilidad subsidiaria el demandado subsidiario, ya que *“...en este tipo de accidentes, es decir, de trayecto, el empleador no puede ejecutar, ya sea por imposibilidad física y material, el deber de protección a sus asalariados, razón por la cual el artículo 184 del Texto Laboral sólo le impone al ente patronal la carga de cuidado, de sus asalariados, en las obras o faenas y, en consecuencia, por regla general, no puede asumir responsabilidad en este tipo de imprevistos laborales”*. Finalmente concluye el Tribunal de Casación, *“...si el empleador, por regla general, no responde de la obligación que sobre él pesa de proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores cuando éstos no se encuentran en la obra o faenas, es decir, cuando se desplazan ya sea de ida o regreso a su habitación; mal puede sostenerse que ésta debe ser asumida de manera subsidiaria por el dueño de la obra o faena, con respecto de los dependientes de su contratista o subcontratista”*.⁵³

b) La concurrencia de la eximente de responsabilidad prevista en el art.70 de la Ley N°16.744.⁵⁴

La C. de A. de Concepción, en un fallo de fecha 27 de septiembre de 2002, ratificado por la C.S. en sentencia de 09 de diciembre del mismo año, se refirió a la materia sosteniendo que si *“...el accidente que afectó al actor se debió a que éste ejecutaba su trabajo en una forma distinta a la establecida por la empresa, no operando con los mecanismos implementados por el empleador, sino que, por el contrario, sin hacer uso de ellos, laborando, entonces, en condiciones*

⁵² En este sentido, sent. Causa Rol N°262-05, “Melo con Ingeniería INGELMEC S.A. y Refinería de Petróleo Concón S.A.”, www.poderjudicial.cl.

⁵³ RDJ. T. 99 N°2, secc. 3ª, p.101 y sgts.

⁵⁴ El inc.1° del art.70 de la Ley N°16.744, dispone que “Si el accidente o enfermedad ocurre debido a negligencia inexcusable de un trabajador, se le deberá aplicar una multa, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 68, aun en el caso de que él mismo hubiere sido víctima del accidente”.

de alto riesgo, situación que el empleador no pudo prevenir ni evitar, por cuanto no se le puede exigir su presencia o la de un encargado de seguridad en todo lugar en que se desarrolla una faena”, “Que proporcionando el empleador todas las condiciones e implementos necesarios para garantizar seguridad en la ejecución de las faenas y habiéndose producido el accidente por no haber el actor dado cumplimiento a los procesos productivos ni a las medidas de seguridad dispuestas por el empleador, no resulta posible estimar que el siniestro que afectó al demandante se haya debido a culpa del empleador, ni menos a dolo de su parte, por lo que no resulta procedente el pago de indemnización alguna”.⁵⁵

3.2.2. La acción es deducida por los herederos del trabajador fallecido a consecuencia del accidente del trabajo o de una enfermedad profesional.

Sin lugar a dudas, este debe ser uno de los aspectos más controvertidos en lo que a reparación de los daños materiales o morales, se refiere, particularmente cuando éstos se originan de la ocurrencia de un accidente del trabajo o enfermedad profesional y las acciones civiles son deducidas por los parientes o herederos del trabajador fallecido.

La problemática aquí estará orientada a precisar, por una parte, si la responsabilidad que se pretende perseguir en la materia tendrá el carácter de contractual o extracontractual, y por otra, si la competencia absoluta para conocer de estas controversias quedará radicada en los juzgados de letras del trabajo, o por el contrario, su conocimiento será entregado a los juzgados civiles.

Para dilucidar estas controversias debemos tener presente lo preceptuado en el art.420 letra f) del C. del T., que parte estableciendo la competencia de los juzgados de letras del trabajo, para conocer los juicios en que se pretende hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivadas de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, pero excluye de tal competencia al señalar *“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 su parte, el señalado art.69 de la Ley N°16.744 dispone en lo pertinente 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: b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso en daño moral”*.

Como lo sostiene el profesor Thayer, es evidente que la responsabilidad extracontractual *“tiene que estar excluida de la competencia de los Tribunales del Trabajo, por cuanto su determinación requiere de un juicio de lato conocimiento y debe por su naturaleza estar entregada a las prescripciones del derecho común, puesto que en ella puede haber terceros involucrados como responsables del accidente, dando lugar a otras indemnizaciones”*.⁵⁶

De las opiniones vertidas por Thayer, los autores Walter y Lanata, han podido colegir que al emplear el art.69 de la Ley N°16.744 la expresión *“también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.”*, se estaría *“haciendo efectiva la responsabilidad extracontractual, a la cual le serían aplicables las*

⁵⁵ En este sentido, sent. Causa Rol N°1958-01, ratificado por sentencia de la C.S. de fecha 09 de diciembre de 2002, que rechazó el Recurso de Casación en el Fondo, en Causa Rol N°4331-02, www.poderjudicial.cl.

⁵⁶ Diario de Sesiones del Senado. Legislatura N°331, ordinaria, Sesión 7ª, Anexo de Documentos p.857, citado por Walter, Rodolfo y Lanata, Gabriela. Ob. Cit. “Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno – Estudio de las modificaciones introducidas por las leyes N°s 20.022, 20.023 y 20.087”, p. 67.

normas del derecho común y, además habría quedado fuera del ámbito de la competencia de los juzgados laborales, por expreso mandato del artículo 420 letra f) y ello, no obstante los grandes inconvenientes prácticos que tal situación implica.⁵⁷

Pero en nuestra opinión, la cuestión no queda esclarecida suficientemente con la sentencia anterior, si nos encontramos frente a la posibilidad de ejercicio de la acción para obtener la indemnización de los perjuicios causados a la víctima, incluso el daño moral, en aquella circunstancia en que la víctima ha fallecido sin haber intentado la acción de reparación correspondiente. Problema que los autores llaman *"el de la transmisibilidad de la acción por daño moral"*.⁵⁸

En tal circunstancia, si se aceptara la tesis que sería procedente la transmisibilidad de la acción para obtener la reparación del daño moral, en los términos previstos en el ya señalado art.69 letra b) de la Ley N°16.744, los herederos estarían, en principio, habilitados para deducir tal acción, por cuanto sostienen Walter y Lanata, aquí *"los herederos estarían demandando....el dolor del trabajador fallecido, por lo que resulta forzoso concluir que se estaría frente a una responsabilidad de origen contractual, aunque quienes demandan, obviamente, son los herederos. La competencia corresponde, entonces, a los Juzgados del Trabajo"*.⁵⁹

De lo anterior es posible concluir, a contrario sensu, que si no se acepta la transmisibilidad de este derecho a accionar o los herederos intentar obtener la reparación de sus propios sufrimientos, aflicciones o dolores, originados precisamente del padecimiento de un siniestro laboral por parte de su pariente fallecido, estaremos en presencia de una responsabilidad extracontractual y el conocimiento de tal juicio correspondería a los juzgados civiles, según se desprende del art.420 letra f) del C. del Trabajo.

Es necesario destacar que la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia se han orientado fijando doctrina en uno y otro sentido, para cuyo estudio hemos efectuado el siguiente distingo:

- a) Acción deducida por los herederos del trabajador fallecido en su calidad de sucesores y continuadores de la personalidad del mismo.

El criterio aquí es que los parientes del trabajador fallecido, al ejercer su acción de reparación del daño patrimonial o moral, en su caso, conforme lo autoriza el referido art. 69 letra b) de la Ley N°16.744, pueden invocar como fundamento de la acción, el incumplimiento del deber contractual de seguridad contemplado en el art.184 del Código Laboral que le ha sido transmitido por el trabajador siniestrado, resultando de lo anterior, por una parte, que pone en movimiento el régimen de responsabilidad contractual, y por otra, que el tribunal competente para conocer de dicho libelo es precisamente el Juzgado de Letras del Trabajo.

Así, en sentencia de la C.S. de fecha 08 de agosto de 2000, al rechazar el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia dictada por la C. de A. de Santiago, dispuso que *"...el precepto legal en que se apoya la acción intentada por los actores, como sucesores y actuando en representación del trabajador fallecido, es el artículo 184 del Código del Trabajo el que 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 el empleador es un deudor de seguridad en el trabajo, bajo todos sus aspectos, es una de las manifestaciones de aquel deber general de protección ya citado, cuyo cabal e íntegro cumplimiento es de una trascendencia superior a la de una*

⁵⁷ Walter, Rodolfo y Lanata, Gabriela. Ob. Cit. "Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno.

⁵⁸ Walter, Rodolfo y Lanata, Gabriela. Ob. Cit. "Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno.

⁵⁹ Walter, Rodolfo y Lanata, Gabriela. Ob. Cit. "Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno – Estudio de las modificaciones introducidas por las leyes N°s 20.022, 20.023 y 20.087", p.69.

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 éstos y 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 regulados mediante normas de orden público". Agrega más adelante la sentencia de casación que *"...ha de concluirse que el incumplimiento de las obligaciones genera para las partes la subsecuente indemnización de perjuicios, como lógica consecuencia de la falta o mora en que ha incurrido uno de los contratantes, cuyo es el caso y aun más si se considera que el deber de protección encuentra su fuente inmediata en la ley laboral".* "Que, en esta línea de deducción, resulta que el legislador, ante el incumplimiento por parte del empleador de una de las obligaciones de la esencia de un contrato laboral, ha previsto el subsiguiente resarcimiento para el o los afectados, consagrando la acción pertinente en la Ley N°16.744, ...específicamente en su artículo 69".⁶⁰

La misma opinión ha sido recogida en otros fallos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, que al resolver sobre la incompetencia absoluta de los tribunales del trabajo para conocer de la acción de reparación patrimonial y moral deducida por parientes de la víctima invocando su propio perjuicio, han planteado que dicha competencia si tendría lugar cuando la acción de los parientes se funda, precisamente, en cuanto actúan invocando su calidad de continuadores legales de la personalidad del trabajador fallecido. Así, nuestra C.S. sentenció en su fallo de fecha 28 de septiembre de 2005, que *"También, en este caso, sirve de base a su accionar el incumplimiento del contrato en que habría incurrido el empleador respecto de la obligación legal, incorporada al contrato de trabajo, contenida en el artículo 184 del Estatuto Laboral, ya analizada. Consecuencialmente,....en el caso que ahora se examina, se trata de una situación distinta, pues aquí se pretende hacer efectiva una responsabilidad de carácter contractual, mediante una acción ejercida por quienes entienden ser sus legítimos titulares. Y, habiéndose concluido en que para conocer de esta acción y resolver acerca de su procedencia resulta competente el Juez de Letras del Trabajo, debido la existencia de un vínculo contractual de naturaleza laboral que existió entre el empleador y un dependiente, el cual, según se arguye, les habría transmitido a los demandantes el derecho a ejercer la acción indemnizatoria"*.⁶¹

b) Acción deducida por los herederos invocando el daño directo o personal sufrido como consecuencia de la muerte de un pariente por consanguinidad o afinidad.

En una situación distinta nos encontraríamos, si la acción de reparación fuera deducida por quienes se sienten afectados por daño por repercusión, y ponen en movimiento la actividad de los tribunales de justicia argumentando su propio daño o perjuicio material o moral.

Sin embargo, aún en este caso ha habido en la jurisprudencia de los tribunales un cambio de criterio, originado, precisamente, de la mayor precisión en el análisis de la calidad, en cuya virtud, accionan los parientes del trabajador fallecido.

En efecto, existen fallos que han reconocido este derecho a accionar por parte de los parientes de la víctima fallecida, que por el sólo hecho de invocar una supuesta violación al deber de cuidado o de seguridad contemplado en el art. 184 del C. del T., situaba a sus acciones dentro de la órbita de la responsabilidad contractual y consecuentemente les confería competencia a los juzgados del trabajo para conocer y resolver tales libelos. Así,

⁶⁰ RDJ, T. 97 N°2, secc. 3ª, p. 152 y sgts.

⁶¹ En este sentido, sent. Causa Rol N°1.831-04 "Amestoy Klenner, María y otros con Transportes Calafquén Ltda.", www.poderjudicial.cl.

lo sostuvo el fallo de nuestra C.S., que data del año 2000, que al pronunciarse sobre una demanda de indemnización por daño moral deducida por los padres de un trabajador fallecido, sin precisar si dicha acción era interpuesta, invocando la calidad de sucesores legales o reclamando su propio daño, el Tribunal de Casación resolvió que *“...de la simple lectura del escrito de la demanda, aparece evidente que se demanda el daño moral que emana del incumplimiento contractual en que incurrió la empleadora, y el precepto legal en que se apoya la acción intentada es el artículo 184 del Código del Trabajo, el que 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”*. Concluye el tribunal, *“Que de este modo, el fundamento sobre el que se sostiene la sentencia impugnada, es erróneo, puesto que como se dejó establecido en el motivo anterior, los actores accionan en virtud del deber de protección que consagra el artículo 184 del Código del Trabajo, razón por la cual es evidente que resulta competente para conocer de dicha acción un tribunal del trabajo, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 420 f) del Código del ramo”*.^{62 63}

Sin embargo, el criterio actual de la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, señala que la referida acción de reparación que se pone en movimiento según lo autoriza el art.69 de la Ley N°16.744, deberá sujetarse a las reglas de la responsabilidad extracontractual, conforme el procedimiento previsto para el Juicio Ordinario regulado en el C.P.C. y deducirse ante los tribunales que ejerzan jurisdicción en materia civil y no ante los juzgados del trabajo.

Participa de este criterio la C. de A. de Concepción, que en su fallo de fecha 26 de diciembre de 2003, planteó que *“Que, en relación con lo que se viene de consignar, se hace imperioso dejar establecido que, en la especie, si bien entre el trabajador fallecido y su ex empleador existió un contrato de trabajo, no puede estimarse que la responsabilidad del empleador derive propiamente de esa convención, sino que al celebrarse un contrato de naturaleza laboral, los contratantes quedan obligados por todas las leyes que rigen la materia, siendo la legislación laboral la que establece el deber u obligación de seguridad para el empleador”*. *“Que resulta inconcuso que los demandantes – si bien padres y cónyuge de la víctima del accidente – han sido ajenos a la relación contractual laboral que existió entre el trabajador fallecido y el demandado principal. No se trata entonces de una cuestión entre trabajador y empleador, de aquellas que el artículo 420 letra a) del Código del Trabajo entrega al conocimiento de los tribunales del trabajo. Por otra parte, tampoco los demandantes han ejercido su acción en calidad de sucesores de la víctima, según resulta inequívocamente del tenor del epígrafe 2 de la demanda. En efecto, el análisis del citado acápite denota que los actores comparecen ejerciendo acciones propias, derivadas del daño personal que, por repercusión, han sufrido a raíz del fallecimiento de su hijo y cónyuge, siendo independiente su acción de la que habría correspondido al trabajador si hubiere sobrevivido a los hechos. Es decir, ciertamente – entonces – los padres y la cónyuge del trabajador fallecido pretenden hacer efectiva una responsabilidad extracontractual, desde que, como ya se dijo, ninguna vinculación los ha unido al demandado principal, no pudiendo, por ende, considerarse en este caso, que los proteja la obligación que recae sobre el empleador en orden a adoptar las medidas de seguridad pertinentes”*.

Finalmente el tribunal penquista concluyó que *“...si bien, en la demanda de autos, los actores argumentan que la responsabilidad que persiguen deriva del incumplimiento por parte*

⁶² RDJ. T. 97 N°2, secc. 3ª, p. 91 y sgts.

⁶³ En el mismo sentido RDJ. T. 97 N°2, secc. 3ª, p. 119 y sgts.

*del empleador de su hijo fallecido del deber de seguridad establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo, tal mención resulta insuficiente para hacer competente al juzgado del trabajo ya que, como se dijo, ningún nexo de naturaleza laboral los unió al demandado, no actúan tampoco como sucesores del afectado y porque los derechos propios que invocan no derivan del contrato de trabajo que existió entre la víctima y el empleador”.*⁶⁴

Manteniendo el mismo criterio la C.S. en fallo de fecha 31 de marzo de 2005 postuló que “...según aparece del libelo presentado, las demandantes son terceros que no tienen ni han acreditado relación contractual alguna con el demandado. No se trata de una cuestión entre trabajador y empleador, ni tampoco se ha ejercido acción en calidad de sucesores del dependiente afectado. Es decir, ciertamente entonces, las hijas del trabajador fallecido pretenden hacer efectiva una responsabilidad de naturaleza extracontractual, ya que ninguna vinculación las ha unido a la demandada, por ende, no puede considerarse, en este caso, que los proteja la obligación que recae sobre el empleador de adoptar las medidas de seguridad pertinentes”. Termina sosteniendo que “...ha de estimarse que la acción deducida en estos autos tendiente a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del trabajador fallecido, a título personal, por las hijas de ese trabajador, no es de la competencia de los Juzgados laborales, de manera que no procedería acoger a tramitación la demanda intentada, ya que se trata, en la especie, de incompetencia absoluta”.⁶⁵

Asimismo, el Tribunal de Casación de nuestro país, en una sentencia dictada con fecha 28 de septiembre de 2005 dispuso que “..., es posible concluir en que los demandantes al reclamar el resarcimiento de daños propios, mediante el ejercicio de la acción deducida, lo que realmente persiguen es hacer efectiva una responsabilidad de carácter contractual, en la que habría incurrido el empleador al obrar de la manera como se afirma. En efecto, planteados los hechos en que se funda esta acción... y atendidos los fundamentos legales..., sólo cabe convenir en que los demandantes carecen de todo nexo de naturaleza contractual con el empleador demandado. En consecuencia, respecto del derecho propio que invocan para legitimar su accionar éste resulta improcedente, pues ningún efecto jurídico se ha podido derivar a su respecto del contrato de trabajo que existió entre la víctima y este último. De modo que, como corolario de lo ya dicho, y como reiteradamente se ha decidido por esta Corte, en cuanto a la materia del juicio, ..., no cabe dudas que los demandantes tienen la condición de terceros ajenos al vínculo contractual, por lo que ha de concluirse que accionan en este litigio tratando de obtener la reparación de daños derivados de una responsabilidad que debe ser calificada como de carácter extracontractual”. “... establecida la naturaleza de la responsabilidad..., esto es, de carácter extracontractual, ha de asentarse, acorde a la invariable jurisprudencia de esta Corte en esta materia, que los Juzgados Laborales no son competentes para conocer de las acciones persecutorias de esta especie”.⁶⁶

En conclusión, dada la relevancia que se ha dado a la modificación legal al C. del T. y a la Ley Nº16.744, introducida por la Ley Nº20.123, principalmente en lo referido al deber de seguridad e higiene, prevista como una responsabilidad directa, es posible sostener que los causahabientes del trabajador fallecido tras verse afectado por un accidente del trabajo o enfermedad profesional, no sólo se encuentran habilitados para perseguir la responsabilidad civil del empleador directo, ya recurriendo a las reglas sobre responsabilidad contractual o extracontractual, y ante los Juzgados del Trabajo o los Juzgados Civiles, según corresponda, atendiendo a lo analizado precedentemente, sino que también podrán dirigirse en contra

⁶⁴ En este sentido, sent. Causa Rol Nº1.899-03 “Jerez y otros con Empresa Traversa Limitada y Bosques Arauco S.A.”, ratificado por sent. de la C.S. de fecha 21 de abril de 2004, que rechazó el Recurso de Casación en el Fondo, en Causa Rol Nº384-04, www.poderjudicial.cl.

⁶⁵ En este sentido, sent. Causa Rol Nº4.096-04, “Ayala Silva y otras con Viña Tarapacá Ex Zavala S.A.”, www.poderjudicial.cl.

⁶⁶ En este sentido, sent. Causa Rol Nº1.831-04 “Amestoy Klenner, María y otros con Transportes Calafquén Ltda.”, www.poderjudicial.cl.

de la empresa principal, fundándose para ello en la violación del deber general de cuidado previsto en el art. 183-E en relación con el art. 184 del C. del T. o la desatención de la carga de vigilancia, control y de acción de protección directa que le impone al dueño de la obra, empresa o faena el art. 66 bis de la Ley N°16.744.

En respaldo del planteamiento anterior, podemos recurrir a la exposición del señor Ministro del Trabajo y Previsión Social, en su participación ante la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, en su Tercer Trámite Constitucional, al sostener que *"A propósito de riesgos, el proyecto de ley contribuye a una prevención reforzada de la accidentabilidad laboral con un criterio de equidad: Hoy en día en Chile mueren cientos de trabajadores por causa de accidentes de los que nadie se hace cargo. No queremos que en la práctica exista un estándar de primera para los trabajadores de las empresas mandantes y un estándar de segunda para los trabajadores contratistas. Esto es inaceptable desde el punto de vista ético. Debemos ser coherentes y actuar con equidad en nuestra defensa del valor de la vida"*. Concluye el Secretario de Estado sosteniendo que *"También en esta materia, es la empresa mandante la que está en la mejor posición para diseñar y aplicar un sistema de gestión de seguridad en faenas, que establezca condiciones seguras para todos los trabajadores que en ella laboran, sean propios o externos, dado que los riesgos no diferencian entre unos y otros"*.⁶⁷

Precisamente el no cumplimiento de esta mayor responsabilidad por parte de la empresa principal, es la que habilitará al trabajador o a su descendencia, ya sea que actúe en cuanto sucesora legal de la persona del trabajador fallecido o reclamando su propio perjuicio o daño, para obtener la reparación de los perjuicios patrimoniales o morales, en sede jurisdiccional de competencia civil o laboral, según corresponda.

3.3. Rol asignado a la Inspección del Trabajo en materia de prevención de riesgos profesionales.

La Ley N°20.123, incorporó importantes modificaciones al C. del T. y a la Ley N°16.744, que buscan fortalecer las facultades de fiscalización de la D. del T., que guardan relación con el régimen general de fiscalización como con el rol que se le asigna en virtud del régimen de subcontratación laboral, en especial.

Las normas se refieren a las siguientes materias:

3.3.1. Deber de información: *Del art.184 del C. del T., se coligen las siguientes obligaciones referidas a esta materia. A saber:*

- A la D. del T., le corresponde fiscalizar el cumplimiento de normas de higiene y seguridad en el trabajo, en los términos señalados en el art. 191, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros Servicios del Estado en virtud de las leyes que los rigen.

- La D. del T. debe poner en conocimiento del respectivo Organismo Administrador de la Ley N°16.744, todas aquellas infracciones o deficiencias en materia de higiene y seguridad, que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a las empresas. Copia de esta comunicación deberá remitirse a la Superintendencia de Seguridad Social. (SUSESO)

Por su parte, el referido Organismo Administrador dispone de un plazo de 30 días contados desde la notificación, para informar a la D. del T. y a la SUSESO, acerca de las medidas de seguridad específicas que hubiere prescrito a la empresa infractora para corregir tales

⁶⁷ Andrade Lara, Osvaldo; Ministro del Trabajo y Previsión Social, en su intervención ante la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, en su Tercer Trámite Constitucional, contenido en el Informe de la Comisión del que se dio Cuenta en Sesión 16 de mayo de 2006, Legislatura 356.

infracciones o deficiencias. Corresponderá a la SUSESO velar por el cumplimiento de esta obligación por parte de los Organismos Administradores.

En esta materia cobra especial relevancia las instrucciones dadas por la SUSESO.⁶⁸

3.3.2. *Deber de fiscalización de las normas de higiene y seguridad en el trabajo:* A la Inspección del Trabajo respectiva, le corresponde fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones que los arts. 66 bis y 76, de la Ley N°16.744, imponen a la empresa principal respecto de sus contratistas y subcontratistas, en las materias referidas a:

- La carga que se impone a los empleadores que contraten o subcontraten con otros la realización de una obra, faena o servicios propios de su giro, de vigilar el cumplimiento por parte de sus contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, como también, de la implementación del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados, cualquiera que sea su dependencia, cuando en su conjunto agrupen a más de 50 trabajadores.

Para la implementación de este sistema de gestión, la empresa principal debe haber confeccionado un reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas, en el que deben establecerse como mínimo las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas, para garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas. En dicho reglamento se deben contemplar también mecanismos que permitan verificar su cumplimiento por parte de la empresa mandante y las sanciones aplicables.

- Asimismo, le corresponderá fiscalizar que la empresa principal, cumpla con el deber – facultad de velar por la constitución y funcionamiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad y un Departamento de Prevención de Riesgos para tales faenas, según corresponda.

- También, se encuentra facultado el organismo fiscalizador, para velar que el empleador principal denuncie, ante el organismo administrador del seguro social obligatorio contra los riesgos profesionales, la ocurrencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales. Asimismo, debe fiscalizar que la empresa principal suspenda de forma inmediata las faenas afectadas por estos siniestros.^{69 70}

3.3.3. *Facultad sancionatoria:* Sobre el particular el Organismo Fiscalizador se encuentra facultado para aplicar las siguientes sanciones por vía administrativa:⁷¹

- Multa a beneficio fiscal, respecto del empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros. (art. 478 del C. del T.).

⁶⁸ Circular N°2.346 de la SUSESO, que "Imparte instrucciones a los organismos administradores de la Ley N°16.744 respecto de las obligaciones impuestas por los artículos 184 y 477 del Código del Trabajo, en virtud de lo establecido en la Ley N°20123", de fecha 12 de enero de 2007.

⁶⁹ D.S. N°76 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que "Aprueba Reglamento para 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", de fecha 14 de diciembre de 2006.

⁷⁰ Circular N°2.345 de la SUSESO, que "Imparte instrucciones respecto de las obligaciones impuestas a las empresas por los incisos cuarto y quinto del artículo 76 de la Ley N°16.744, en virtud de lo establecido en la Ley N°20123", de fecha 10 de enero de 2007.

⁷¹ Circular N°2.346 de la SUSESO, que "Imparte instrucciones a los organismos administradores de la Ley N°16.744 respecto de las obligaciones impuestas por los artículos 184 y 477 del Código del Trabajo, en virtud de lo establecido en la Ley N°20123", de fecha 12 de enero de 2007.

- Conforme el art. 477 inc. 7º del C. del T., tratándose de empresas de 25 trabajadores o menos, la D. del T. podrá autorizar, a solicitud del afectado, y sólo por una vez al año, la sustitución de la multa impuesta por infracción a las normas de higiene y seguridad, por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que motivaron la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo.

Dicho programa, según lo establece la norma *“...deberá implementarse con la asistencia técnica del Organismo Administrador de la Ley N° 16.744, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora y deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo”*.

- Aplicar una multa a beneficio fiscal de 50 a 150 UTM, en caso que se incumpla con el deber de denunciar la ocurrencia de accidentes del trabajo fatales y graves, a la Inspección del Trabajo y a la Secretaría Regional Ministerial de Salud y/o cuando se omita la obligación de suspender, de forma inmediata, las faenas afectadas por la ocurrencia por estos accidentes del trabajo, fatales y graves. (art. 76 inc. final del C. del T.).

CONCLUSIONES

El surgimiento de la subcontratación laboral, como también de otras formas de contratación, donde existe cambio o mutaciones en la persona del empleador, es una consecuencia del desarrollo e incremento del fenómeno de la tercerización de la actividad productiva, lo que ha impactado profundamente en el ámbito del Derecho del Trabajo, con el propósito de que esta rama del Derecho le reconozca eficacia jurídica.

Lo anterior, no sólo tiene importancia desde la respectiva de su regulación formal sino que lo central en este régimen de intermediación laboral, es la precisión y determinación del alcance del régimen de responsabilidad que surgiría para el dueño de la obra, empresa o faena como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte del contratista o subcontratista, en relación con los trabajadores de éstos.

Sin embargo, el régimen legal de la institución en comento, durante la vigencia de los arts. 64 y 64 bis del C. del T., no logró precisar con claridad, el alcance y contenido de la responsabilidad que pudiera afectar a la empresa principal, por lo cual su análisis y tratamiento ocupó la atención preferente de nuestra jurisprudencia y de la doctrina de nuestros autores.

En conclusión, el contenido de las denominadas “obligaciones previsionales dar”, si bien puede entenderse que quedará restringida, por el tenor de los arts. 183-B y 183-D del C. del T., sólo a las obligaciones de cotización ante los distintos regímenes de seguridad social existentes, ella sin embargo, presentará un alcance más amplio y directo, si nos enfrentamos a la obligación que pesa sobre la empresa principal frente al deber de proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, prescindiendo incluso de su dependencia efectiva, conforme lo estatuye el art. 183-E y las modificaciones introducidas a la Ley N° 16.744.

BIBLIOGRAFIA

- Alessandri, Arturo: "De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno". Edit. Jurídica Ediar – ConoSur Ltda., T. I, Santiago, 1983.
- Humeres, Héctor: "Derecho del trabajo y de la seguridad social". Edit. Jurídica de Chile, Tomo III "Derecho de la seguridad social", 17ª edic. Santiago, 2005.
- Lanata F., Gabriela: apuntes de clases "Aspectos modernos de la contratación laboral en Chile", "Magíster en Derecho, Universidad de Concepción", 2005.
- Lanata, Gabriela: "Manual de legislación previsional". Edit. Jurídica ConoSur Ltda., 1ª edic. Santiago, 2004..
- Lanata, Gabriela: "Derecho Laboral, apuntes de clases". Talleres Dirección de Docencia, Universidad de Concepción, 1ª edic. Concepción, 2005.
- Lizama Portal, Luis: "Derecho del Trabajo". Edit. LexisNexis, Santiago, 2003.
- Lizama, Luis y Ugarte, José Luis: "Subcontratación y suministro de trabajadores". Edit. LexisNexis, 2ª edic. Santiago, 2007.
- López F., Diego: "La subcontratación y la precarización del empleo". Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo N°93, 1996.
- Melis Valencia, Christian y Sáez Carlier, Felipe: "Derecho del Trabajo", T.I. Edit. Jurídica ConoSur Ltda., 2000.
- Millón Lorens, Paula: "La responsabilidad subsidiaria en la legislación laboral". Edit. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2001.
- Palavecino, Claudio: "Subcontratación – Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal". Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- Rojas Miño, Irene: "Manual de derecho del trabajo – Derecho Individual". Edit. LexisNexis, Santiago, 2004.
- Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio: "Manual de Derecho del Trabajo – T.II", "Derecho Individual del Trabajo". Edit. Jurídica de Chile, 3ª edic. Santiago, 1998.
- Troncoso, Hernán: "De las obligaciones". Edit. LexisNexis, Santiago, 2004.
- Ugarte Cataldo, José Luis: "El nuevo Derecho del Trabajo". Edit. Universitaria, Santiago, 2004.
- Walker Errázuriz, Francisco: "Derecho de las relaciones laborales". Edit. Universitaria; Santiago, 2003.
- Walter, Rodolfo y Lanata, Gabriela. "Régimen legal del nuevo proceso laboral chileno – Estudio de las modificaciones introducidas por las leyes N°s 20.022, 20.023 y 20.087", Colección Manuales. Edit. LexisNexis, 1ª edic. Santiago, 2007.
- Zavala O., José y Montecinos F, Carolina: "Nueva ley de subcontratación". Edit. PuntoLex S.A., Santiago, 2006.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia.
Revista Gaceta Jurídica.
Revista Fallos del Mes