

LA EMPRESA PRINCIPAL NO ES RESPONSABLE
DE LAS REMUNERACIONES ADEUDADAS
POR EL CONTRATISTA, PRODUCTO DE LA APLICACIÓN
DE LA NULIDAD DEL DESPIDO
(COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA
ROL N° 9669-2011)

EDUARDO YÁÑEZ MONJE*
Universidad de Chile

La Corte Suprema no extiende la responsabilidad de la empresa principal –en el contexto de la subcontratación– a la sanción por deuda de cotizaciones previsionales al momento del despido, consistente en el pago de las remuneraciones al trabajador mientras no se convalide dicho despido¹. Para comprender esto, citaremos los dos articulados correspondientes: el propio de la responsabilidad de la empresa principal consignada en el artículo 183-B del Código del Trabajo y el artículo 162 inciso 5° sobre nulidad del despido. A continuación citaremos los considerandos correspondientes de la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 9669-2011, de 1° de Agosto de 2012.

El artículo 183-B inciso 1° del Código del Trabajo, introducido por la Ley N° 20.123, de 16 de octubre de 2006, señala:

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

Este articulado hace solidariamente responsable a la empresa principal de todas las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores, lo que comprende, por ejemplo: sueldo, gratificaciones, semana corrida, asignaciones compensatorias de todo tipo (colación, movilización, pérdida de caja, degaste de herramientas, viáticos), las cotizaciones previsionales, asignaciones familiares y adicionalmente las indemnizaciones por término de contrato, como la indemnización por años de servicio y los recargos pertinentes ante la declaración judicial de despido injustificado, la indemnización sustitutiva del aviso previo, las indemnizaciones legales relativas al despido indirecto o autodespido, la compensación del feriado proporcional, u otros².

Luego, el artículo 162 incisos 5°, 6° y 7° del Código del Trabajo, establece que:

* Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ La convalidación consiste en el envío mediante correo certificado de comprobantes de pago de las cotizaciones previsionales adeudadas.

² Ver LIZAMA PORTAL, Luis; UGARTE CATALDO, José Luis. *Subcontratación y suministro de trabajadores*. –4ª edición–. Santiago, Chile: LegalPublishing, 2009, pp. 40-48.

“Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al despido, adjuntando los comprobantes que los justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo.

Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las cotizaciones morosas del trabajador, lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago.

Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo, durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador (...).”

Así, en el caso de que el empleador esté moroso en el pago de las cotizaciones previsionales al momento de la terminación del contrato, estará obligado al pago de las remuneraciones al trabajador mientras no convalide el despido. El punto es, si el trabajador puede requerir a la empresa principal, responsable solidariamente de las obligaciones laborales y previsionales y eventuales indemnizaciones por término de contrato, el pago de dichas remuneraciones. La Corte Suprema opina que no. Así lo señaló en sentencia Rol Nº 9669-2011, de 1º de Agosto de 2012:

“[D]e conformidad a la actual normativa sobre subcontratación, la empresa principal es responsable solidaria o subsidiariamente, sin duda, del pago de las remuneraciones de los trabajadores y del entero, en el organismo pertinente, de las cotizaciones previsionales retenidas de dicha remuneración, entre otras, además de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios, con su incremento y de la compensación de feriados, las que surgen con motivo de la terminación de la relación laboral y ello por expresa disposición de la ley, sin perjuicio de cualquiera otra prestación que pueda ser calificada como obligación laboral y/o previsional de dar o como indemnización legal por término de la relación laboral.

Que resulta del todo ajeno al actual régimen de subcontratación y por ende, al ámbito de responsabilidad del dueño de la obra, la sanción o punición que el artículo 162 –ubicado en el Título V del Libro Primero del Código del Trabajo relativo a la función del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo– estableció específicamente para el empleador que procede al despido de un trabajador en las condiciones allí descritas, toda vez que –además de lo dicho en relación a la naturaleza y aplicación de una norma sancionatoria– la propia ley de subcontratación explicitó y acotó aquellos efectos del despido que alcanzaban al dueño de la obra o faena, aludiendo expresamente a las eventuales indemnizaciones legales, y no incluyó la norma sancionatoria que ocupa este análisis. [Considerandos 7º y 8º de la sentencia de nulidad Corte Suprema].”

La Corte Suprema señala que la sanción contemplada en el artículo 162 inciso 5° y siguientes del Código del Trabajo no se encuentra expresamente contemplada en el artículo 183-B y, como se trata de una sanción aplicable al empleador, su aplicación debe interpretarse en forma restrictiva, no debiendo el estatuto de responsabilidad de la empresa principal extenderse al caso del pago de remuneraciones por efecto de la denominada “Ley Bustos”. Esta “doctrina jurisprudencial” se ha venido consolidando desde hace algún tiempo; al respecto, podemos citar las sentencias Rol N° 11553-2011, de 24.08.2012; Rol N° 7319-2011, de 19.04.2012; Rol N° 2823-2011, de 12.12.2011, y Rol N° 8117-2010, de 01.06.2011³.

Naturalmente, las críticas no se dejaron esperar, y apuntaban como contraargumento al hecho de tratarse de una indemnización legal por término de contrato, calculada en base a las remuneraciones del trabajador, lo que se condice perfectamente con lo establecido en el artículo 183-B del Código del Trabajo, que hace responsable a la empresa principal de las “eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral”⁴. Profundizaban los críticos sobre un típico argumento de la Corte Suprema en contra de la responsabilidad de la empresa principal por la “Ley Bustos”, consistente en la imposibilidad de control por parte de la empresa principal, esto es, como la empresa principal no puede controlar la generación de una deuda de remuneraciones por cotizaciones previsionales impagas al momento del término del contrato de trabajo, no puede extenderse su responsabilidad a ellas⁵.⁶ La crítica a dicho argumento consiste en la impropiedad de importar parámetros civiles a la resolución de un asunto netamente laboral⁷. Ciertamente, no se trata de una responsabilidad por el hecho ajeno, del cual se pueda liberar probando que “con la autori-

³ “No se divisa sustento jurídico alguno para sostener que una norma sancionatoria o sustantiva como lo es, indiscutiblemente, el artículo 162 del Código del Trabajo, y específicamente en sus incisos quinto y séptimo –que por propia naturaleza es de derecho estricto y, por ende, de interpretación y aplicación restrictivos– pueda resultar aplicable al dueño de la obra o faena, cuyo régimen de responsabilidad quedó regulado y minuciosamente acotado en el Título VII, párrafo 1° del Libro I del citado Código, relativo al trabajo en régimen de subcontratación.

Las sanciones, en general, están sujetas rigurosamente al principio de legalidad y son de derecho estricto, de modo que solo pueden ser aplicados en la forma, en los casos y con los alcances expresamente previstos en la ley y no procede extender este ámbito por analogía.

Que, en consecuencia, de conformidad a la actual normativa sobre subcontratación, la empresa principal es responsable solidaria o subsidiariamente, sin duda, del pago de remuneraciones de los trabajadores y entero, en el organismo pertinente, de las cotizaciones previsionales retenidas de dicha remuneración, entre otras, además de las indemnizaciones sustitutiva de aviso previo y por años de servicio, con su incremento y la compensación de feriado, las que surgen con motivo de la terminación de la relación laboral y ello por expresa disposición de la ley, sin perjuicio de cualquiera otra prestación que pueda ser calificada como obligación laboral y/o previsional de dar o como indemnización legal por término de relación laboral”. (Considerandos 9° y 10°, y Rol N° 8117-2010, de 01.06.2011).

⁴ UGARTE CATALDO, José Luis. “La Cuarta Sala de la Corte Suprema y su Divorcio del Derecho del Trabajo”, en: *La Semana Jurídica*, año I, N° 14. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2012.

⁵ En todo caso, como la norma señala perentoriamente, indemnizaciones legales, las indemnizaciones convencionales pactadas entre el empleador directo y el trabajador no podrían ser objeto de la responsabilidad de la empresa principal.

⁶ Así por ejemplo, ver el considerando 11° de la sentencia 7663-2010, de 10.03.2011; “Que en el caso en estudio, la acción interpuesta por la actora ha sido la de la nulidad del despido fundada en que, a la fecha de su ocurrencia, se encontraba amparada por fuero sin que haya pedido autorización judicial previa; obligación que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 174 del Código del Trabajo, recae en forma exclusiva en el empleador y en la que el dueño de la empresa, obra o faena, no tuvo injerencia alguna, ni menos estuvo en condiciones de fiscalizar”.

⁷ UGARTE CATALDO, José Luis. “La Cuarta Sala... (n. 4).

dad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”, como señala el artículo 2320 del Código Civil. La crítica argumenta adicionalmente que el artículo 183-B del Código del Trabajo impone una obligación cuya fuente directa es la ley, y esta prescinde de la existencia de un supuesto “ámbito controlado”⁸. Sobre las críticas anteriores a *la doctrina jurisprudencial* que se ha venido *asentando* de un tiempo a esta parte, estamos plenamente de acuerdo, y sobre ello no agregaremos nada.

Otro argumento de dicha doctrina jurisprudencial, es que se trata de una “sanción” y como tal debe interpretarse “restrictivamente”, sin que proceda su aplicación por “analogía”⁹. Sobre esto, ciertamente se trata de una “sanción”, situación que no es suficiente para una interpretación restrictiva. Existen otras sanciones impuestas por el legislador cuya responsabilidad por parte de la empresa principal es indiscutible, como por ejemplo, los recargos del artículo 168 del Código del Trabajo, por despido injustificado. Por otro lado, no se trata de una aplicación por analogía, pues dicha hipótesis es claramente reconducible al tenor del artículo 183-B del Código del Trabajo, por lo tanto, no existe alguna laguna legal que suplir, ni aplicación de normas a casos que no están expresamente contenidos en ellos, dado que el 183-B es amplio al respecto (eventuales indemnizaciones legales por término de la relación laboral) y no menciona específicamente a qué tipo de eventuales indemnizaciones se refiere.

Existe otro aspecto del problema que parece mucho más oscuro: ¿se trata de una indemnización legal por término de contrato? ¿O constituyen más bien remuneraciones que se pagan al trabajador como consecuencia del no pago de las cotizaciones previsionales al momento de la finalización del contrato de trabajo? En teoría la respuesta a dicha pregunta debería ser irrelevante, pues si se trata de una indemnización por término de contrato, la empresa principal es responsable por señalarlo expresamente el artículo 183-B del Código del Trabajo, por otro lado, si se trata de remuneraciones, estas se pagan prestando servicios el trabajador en régimen de subcontratación, pues en ese caso, como consecuencia de la nulidad, el despido no produce efectos, y las partes deben ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (1687 Código Civil), lo que implica que el trabajador debe recibir sus remuneraciones y ser reincorporado al trabajo por aplicación de las reglas generales sobre nulidad¹⁰. Sin embargo, esto no es así realmente, la denominada “Ley Bustos” no es propiamente una norma sobre nulidad, pues la terminación del contrato se produce igualmente, pero como sanción al no pago de las cotizaciones previsionales, se obliga a pagar el equivalente a las remuneraciones que habría tenido derecho

⁸ *Ibid.*

⁹ “Que, en el contexto de lo que acaba de expresarse, no se divisa sustento jurídico alguno para sostener que una norma sancionatoria o sustantiva como lo es, indiscutiblemente, el artículo 162 del Código del Trabajo, y específicamente en sus incisos quinto y séptimo –que por propia naturaleza es de derecho estricto y, por ende, de interpretación y aplicación restrictivas– pueda resultar aplicable al dueño de la obra o faena, cuyo régimen de responsabilidad quedó regulado y minuciosamente acotado en el Título VII Párrafo 1° del Libro I del citado Código, relativo al trabajo en régimen de subcontratación”.

“Las sanciones, en general, están sujetas rigurosamente al principio de legalidad y son de derecho estricto, de modo que solo pueden ser aplicadas en la forma, en los casos y con los alcances expresamente previstos por la ley y no procede extender este ámbito por analogía”. (Considerando 6° de la sentencia Rol N° 9669-2011, de 1° de agosto de 2012).

¹⁰ Específicamente, el artículo 162 inciso 5° dice, “[s]i el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término de contrato.”

el trabajador mientras no se convalide el despido. Este es uno de los tantos problemas interpretativos que generó y genera la famosa “Ley Bustos”^{11, 12}.

Por lo tanto, la pregunta sí es relevante, pues si es considerada remuneración, esta se genera sin estar vigente el contrato, y, por lo tanto, sin estar prestando servicios el trabajador en régimen de subcontratación para la empresa principal, exigencia prescrita por el artículo 183-B del Código del Trabajo para hacer responsable al dueño de la obra. Argumentos para señalar que es remuneración existen: a) en primer lugar, el artículo 162 inciso 7° señala que, “sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador”. Por lo tanto, alude derechamente a remuneraciones, no alude específicamente a una indemnización equivalente a la última remuneración mensual o alguna expresión similar; b) en segundo lugar, otro aspecto importante del artículo 162 inciso 7° es que señala que “[n]o será exigible esta obligación del empleador cuando el monto adeudado por concepto de imposiciones morosas no exceda de la cantidad menor entre el 10% del total de la deuda previsional o 2 unidades tributarias mensuales, y siempre que dicho monto sea pagado por el empleador dentro del plazo de 15 días hábiles contado desde la notificación de la respectiva demanda”. El Ordinario N° 2772/056, del 27 de julio de 2007, explica que por “total de deuda previsional”, se refiere a la suma entre la deuda previsional al momento del despido más las cotizaciones morosas que le corresponde pagar por las remuneraciones adeudadas en función de la “Ley Bustos”. Por lo tanto, el legislador las ha considerado una remuneración para todos estos efectos, pues las considera base de cotizaciones previsionales.

Sin embargo, si revisamos el concepto de remuneración esbozado en el artículo 41 inciso primero del Código del Trabajo y el concepto de Contrato de Trabajo del artículo 7°, nos damos cuenta que se trataría de un concepto especialísimo de remuneración, pues dicho articulado señala que “se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo” [art. 41]; por otro lado, el artículo 7° señala que “contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada”. Por lo tanto, el concepto de remuneración posee una directa relación con la prestación de servicios, esto es, la causa de la obligación del empleador de pagar la remuneración es el objeto de la obligación del trabajador, esto es, el trabajo. En consecuencia, una remuneración sin prestación de servicios, consistiría en una extrema vulgarización del concepto de remuneración.

¹¹ A modo ilustrativo ver PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “El Despido nulo por deuda previsional: un esperpento jurídico”, en: *Ius et Praxis* [online]. 2002, vol. 8, N° 2 [citado 2012-12-26], pp. 557-573. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200017&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122002000200017

¹² Entre otras dudas que aún genera, es la supuesta incompatibilidad entre la acción del despido injustificado y la nulidad del despido por deuda previsional, ello en razón de que difícilmente puede declararse injustificado un despido que es nulo, pues no habría despido. La respuesta es sencilla, no hay realmente nulidad, y no existe incompatibilidad entre demandar la improcedencia del despido por no ajustarse a las causales establecidas en la ley, y la indemnización en base a las remuneraciones por no pago de cotizaciones previsionales al momento del término del contrato.

En razón de lo anterior, la voz “remuneración” usada por el artículo 162 del Código del Trabajo, debe entenderse que alude solo a la base de cálculo de una indemnización por término de contrato, y por “total de deuda previsional” a que alude el mismo inciso 7° del articulado citado, debe entenderse como un mecanismo de cálculo para determinar si el empleador se puede liberar del pago de dicha indemnización calculada en base a la remuneración del trabajador, pero no que dichos pagos generen la obligación de retener porcentajes de cotizaciones previsionales.

Por lo tanto, si no es remuneración es una indemnización legal por término de contrato, y siendo así, no existen verdaderas razones para que la empresa principal no sea responsable de su pago, pudiendo el trabajador demandar solidaria o subsidiariamente al dueño de la obra o faena por así permitirlo el artículo 183-B del Código del Trabajo.