

SERVICIO PÚBLICO NO CONSTITUYE EMPRESA PRINCIPAL
RESPECTO DE LOS TRABAJADORES DEL CONTRATISTA.
IMPROCEDENCIA DE APLICAR LAS NORMAS SOBRE TRABAJO
EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN.
(CA DE ANTOFAGASTA. ROL: 14-2013. 27.02.2013)

EDUARDO YÁÑEZ MONJE*
Universidad de Chile

Antofagasta, veintisiete de febrero de dos mil trece.

1. VISTOS

El desarrollo de esta audiencia celebrada ante la Sala de Verano integrada por los Ministros don Enrique Álvarez Giralt, doña Laura Soto Torrealba y Abogado Integrante don Fernando Orellana Torres, para conocer el recurso de nulidad interpuesto por el demandante Antonio Pizarro Pizarro y otros, a través de su abogada doña Ana Rojas Sandoval, contra la sentencia definitiva dictada por la Juez Sra. Sol López Pérez con fecha dos de enero de dos mil trece, en la causa Rit O-684-2012, Ruc 1240037123-5 del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.

Alegó por la recurrente la abogada Sra. Maybeline Castillo Gutiérrez y en representación del recurrido la Abogada doña Laura Luna Milla.

2. CONSIDERANDO

PRIMERO: Que se ha interpuesto recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva de fecha dos de enero del presente año, invocándose la causal del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo, esto es, haberse pronunciado la misma, con infracción manifiesta a las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Expresa que en lo concerniente a la responsabilidad solidaria que le cabe al Servicio Nacional de Pesca –Sernapesca–, el tribunal considera que no se dan los supuestos del artículo 183 A del Código del Trabajo, ya que estima que existió un proceso de licitación en la cual se adjudicó a don Anthuan Pizarro Olmos las obras de vigilancia en el sector de La Rinconada, no siéndole aplicable a dicho Servicio la normativa laboral en lo que respecta a su responsabilidad en sistema de subcontratación, sin que exista un análisis de las pruebas incorporadas, ya que no indica las razones lógicas ni las máximas de la experiencia en virtud de las cuales el sentenciador arriba a tal conclusión, como tampoco señala los motivos de por qué desestimó la otras pruebas rendidas por su parte, como lo fue la declaración prestada por los trabajadores, quienes manifestaron que mantenían una relación directa con Sernapesca, los que les entregaban agua, combustible y otros utensilios, además de presentarse casi diariamente a controlar e inspeccionar el lugar de trabajo, infringiéndose de esta manera, lo dispuesto en el artículo 456 del Código del Trabajo, ya que sólo se limita a efectuar un mero resumen de las pruebas rendidas, sin expresar las razones jurídicas y

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

las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les asigne valor o las desestime.

Pide se anule la sentencia dictada en autos, dictándose la correspondiente de reemplazo que acoja la demanda en todas sus partes, específicamente la solidaridad de Sernapesca, o bien, de considerarlo necesario se anule el fallo, ordenándose la realización de una nueva audiencia de juicio que permita al juez no inhabilitado que corresponda dictar sentencia conforme a derecho.

SEGUNDO: Que la recurrida, alegando por el Consejo de Defensa del Estado, en representación de Sernapesca, solicita el rechazo del recurso de nulidad interpuesto, en base a los siguientes argumentos:

Señala que la petición concreta efectuada en el recurso está equivocada, toda vez que no puede solicitarse la anulación del juicio por la causal invocada, ya que la razón por la que se demanda al Fisco es por ser este una especie de responsable subsidiario bajo las normas de subcontratación. Lo controvertido es dilucidar si en este caso se aplican dichas normas, ya que en base a una licitación pública el Sr. Anthuan Pizarro Olmos, se adjudicó el contrato de prestación de servicios de vigilancia para la reserva marina ubicada en la Rinconada de esta ciudad, los que prestó para cumplir con las funciones que Sernapesca le asignó, con el objeto de proteger esta zona de reproducción de pesca y repoblamiento, básicamente del ostión. Dicha licitación está reconocida, siendo un contrato meramente civil que no dice relación con las normas de subcontratación.

Agrega que el Servicio Nacional de Pesca es un organismo descentralizado del Estado, que no opera con un patrimonio distinto del Fisco, y en ese sentido el fallo se encuentra ajustado a derecho, haciendo referencia al dictamen Nº 2594 del año 2008 de la Contraloría en relación a las normas del trabajo, el cual indica que se aplica a los funcionarios del Estado cuando estos se rigen por el Código del Trabajo y esa institución no tiene Planta, lo que no ocurre con dicho servicio que sí la tiene, no pudiendo aplicarse las normas del Código del Trabajo a funcionarios que tienen un régimen estatutario, en este caso los trabajadores no son funcionarios siquiera del Estado, sólo empleados del Sr. Anthuan Pizarro Olmos, demandado principal.

En este sentido no se da la calidad de subcontratación, toda vez que el servicio que se presta y que es externalizado por el Estado para cumplir las funciones y que va en beneficio de la comunidad, no se puede estimar que el Fisco tenga calidad de empresa principal en virtud del artículo 4º del Código del Trabajo, toda vez que para tener tal calidad debe haber lucro, razón por la cual el fallo se encuentra ajustado a derecho.

Sin perjuicio de ello, la recurrida alega que el recurso adolece de una falta de fundamento, y aun cuando se estimase que se efectuó una enunciación de la prueba rendida, no significa que el fallo adolezca de falta de fundamento desde que no se señala de qué manera aquello redundaría en lo dispositivo de la sentencia, por lo que habrá de desestimarse el recurso.

TERCERO: Que el análisis realizado por la sentenciadora en el considerando undécimo resulta suficiente para establecer que la demandada solidaria, adjudicó al demandado principal don Anthuan Pizarro Olmos, mediante un proceso de licitación, las obras relativas al Servicio de Vigilancia de la Reserva Marina de la Rinconada, sin que el recurrente de nulidad haya expresado de qué manera se vulneran las normas de apreciación de la prueba, conforme a las reglas de la sana crítica.

CUARTO: Que en efecto la demandada solidaria Sernapesca, mediante un proceso de licitación, adjudicó con fondos públicos, las obras referidas precedentemente al demandado principal, tratándose de servicios externalizados y cuya beneficiaria es la comunidad misma, donde no hay lucro, por lo que no puede estimarse que el Servicio Nacional de Pesca revista la calidad de empresa principal sujeta al régimen de subcontratación, ya que no puede sostenerse que el traba-

jador que mantiene un contrato de trabajo con un contratista o subcontratista del sector privado deba responder en dicha calidad de las obligaciones laborales en favor de los trabajadores de estos, dado que ello implicaría transgredir la relación estatutaria de los funcionarios públicos, como lo ha sostenido la Contraloría General de la República en Dictamen referido por la Juez del grado en el considerando duodécimo.

QUINTO: Que en todo caso debe precisarse que no ha podido solicitarse la nulidad del juicio por la causal que se recurre dictándose sentencia de reemplazo y al mismo tiempo se anule la misma y se ordene la realización de un nuevo juicio por el juez no inhabilitado que corresponda.

SEXTO: Que por las razones vertidas no cabe sino desestimar el recurso de nulidad impletrado por los demandantes.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 478 y siguientes del Código del Trabajo, SE RECHAZA, sin costas, el recurso de nulidad planteado respecto de la sentencia de fecha dos de enero del año en curso, dictada en la causa RIT O-684-2012 y RUC 1240037123-5 del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción de la Ministro Titular Sra. Laura de los Ángeles Soto Torrealba.

Pronunciada por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sr. Enrique Álvarez Giralt, Sra. Laura Soto Torrealba y Abogado Integrante Sr. Fernando Orellana Torres. Autoriza el Secretario Subrogante don Cristian Pérez Ibacache.

Rol 14-2013.

3. COMENTARIO

Sobre esta sentencia haré dos comentarios: uno, en que me limitaré a enunciar ideas, y otro en el que las profundizaré. El primer comentario dice relación con la conclusión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en función de la cual Sernapesca, en tanto servicio público, no responde de las obligaciones laborales y previsionales de trabajadores subcontratados en el contexto de la Ley de Subcontratación. Dicha conclusión es sumamente discutible, pero me limitaré a enunciar el problema por las razones que ya daré. En segundo lugar, suponiendo que la conclusión de la Corte de Apelaciones es correcta [cosa que sólo supondré], haré notar el hecho que el razonamiento utilizado por el Tribunal es sumamente confuso. Sobre este punto opinaré derechamente.

La Corte de Apelaciones señala en el considerando 4° de la sentencia que “Sernapesca” no es responsable solidaria o subsidiariamente respecto de trabajadores subcontratados, en función del siguiente razonamiento:

“Que en efecto la demandada solidaria Sernapesca, mediante un proceso de licitación, adjudicó con fondos públicos, las obras referidas precedentemente al demandado principal, tratándose de servicios externalizados y cuya beneficiaria es la comunidad misma, donde no hay lucro, por lo que no puede estimarse que el Servicio Nacional de Pesca revista la calidad de empresa principal sujeta al régimen de subcontratación, ya que no puede sostenerse que el trabajador que mantiene un contrato de trabajo con un contratista o subcontratista del sector privado deba responder en dicha calidad de las obligaciones laborales en favor de los trabajadores de estos, dado que ello implicaría transgredir la relación estatutaria de los funcionarios públicos, como lo ha sostenido la Contraloría General de la República en Dictamen referido por la Juez del grado en el considerando duodécimo”.

Este considerando menciona varios puntos importantes. El primero de ellos es que los servicios externalizados se adjudicaron mediante proceso de licitación. El segundo, los beneficiarios de los servicios externalizados son la comunidad misma, y en dicha actividad no existe lucro, y, en tercer lugar, el servicio público no puede responder solidariamente en favor de los trabajadores de la demandada principal, porque ello implicaría transgredir la relación estatutaria de los funcionarios públicos, tal como lo señala la Contraloría General de la República. Todo ello lleva a la Corte a la conclusión de que no existe relación de subcontratación.

Lo anterior nos conduce a analizar qué es lo que verdaderamente dice la Contraloría General de la República. La sentencia se refiere al dictamen N° 2594, de 2008, el cual señala, con una irrefutable claridad que: “resulta forzoso colegir que deben entenderse incluidas en el concepto de empresa principal, para efectos de la preceptiva de subcontratación de que se trata, las entidades u organismos de la Administración del Estado”. Profundiza el dictamen aludido, señalando que dicha doctrina ya se encontraba formulada en los dictámenes N°s 24.838, de 2002 y 60.804, de 2004, en relación a los antiguos artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo, que regulaban las relaciones de subcontratación. A la misma conclusión llega la Dirección del Trabajo en el dictamen 141/05, de 2007, aplicando al respecto el artículo 1° del Código del Trabajo, del cual se desprenden dos hipótesis relevantes: a) se le aplicarán las normas laborales a los organismos, empresas o instituciones del Estado, o en que este tenga aporte, participación o representación siempre que no estén sometidos por ley a un estatuto especial (artículo 1° inciso 2°) y b) estando sometidos por ley a un estatuto especial, se les aplicará supletoriamente las normas laborales, en las materias no reguladas por dichos estatutos, siempre y cuando no sean contrarias a estos últimos (Artículo 1° inciso 3° del Código del Trabajo).

Me parece que con esto el tercer punto (a que aludimos dos párrafos atrás) debe entenderse aclarado: no es cierto que la Contraloría diga que las normas sobre subcontratación no se apliquen a las entidades u organismos del Estado, como parece decir la Corte de Apelaciones de Antofagasta. Más bien dice explícitamente todo lo contrario, y con eso debe entenderse despejado también el segundo punto, relativo a la inexistencia del lucro. Es lógico que este elemento o requisito no sea exigible si la empresa principal es una entidad u organismo del Estado.

Pero eso no es suficiente para decir que la Corte de Apelaciones esté equivocada en la conclusión [que Sernapesca no es empresa principal para efectos de la subcontratación laboral] para ello debe acudir a otros elementos de juicio, típicamente laborales, esto es, cuáles son los elementos de la subcontratación laboral. La jurisprudencia administrativa señala que los elementos de la subcontratación laboral (que se desprenden del artículo 183-A del Código del Trabajo), son: a) que el trabajador labore para un empleador denominado contratista o subcontratista, en virtud de un contrato de trabajo; b) que la empresa principal sea la dueña de la obra empresa o faena en que se desarrollan los servicios; c) acuerdo contractual entre empresa principal y contratista, en virtud del cual esta se obliga a ejecutar para aquella una obra o servicio y d) que las obras o servicios ejecutados por el contratista sean efectuados por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia¹. De todos estos elementos vale la pena detenerse en el consignado en el literal b), relativo a que la empresa principal, sea la dueña de la empresa, obra o faena. En primer lugar, la jurisprudencia administrativa es clara en señalar que el requisito relativo a que la empresa principal sea la dueña de la empresa, obra o faena, es independiente del lugar físico en que se desarrollan las obras². Sin embargo, quiero detenerme en otra consecuencia de este requisito. Que la empresa

¹ Ordinario N° 141/05, de 10 de enero de 2007, Dirección del Trabajo.

² *Ibid.*

principal sea la dueña de la empresa, obra o faena, implica que esta debe tener un determinado poder de dirección sobre la obra o faena que encarga, y que la obra ejecutada sea parte de la organización técnico-productiva de la empresa. Esto no ocurre, por ejemplo, con las concesiones de obras, en que el concesionario no desarrolla el negocio de la empresa o entidad que efectúa la concesión, sino que el negocio propio. Típico es el caso de las empresas concesionarias del Transantiago, en que los trabajadores de dichas empresas han pretendido hacer valer la responsabilidad solidaria o subsidiaria del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, que efectúa la concesión a dichas empresas para el uso de las vías. En este caso, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones se limita a conceder el uso de las vías para que las empresas concesionarias desarrollen su negocio propio, pero no es dueña de la obra para efectos de la subcontratación laboral, pues no ejerce un poder de dirección sobre dicha obra. En consecuencia, no le son aplicables las normas sobre subcontratación³ 4.

En el caso del fallo que comentamos, la labor efectuada por el contratista fue adjudicada a dicha empresa a través de licitación pública, por lo tanto, nos encontramos ante un caso en que el encargo del servicio se presenta como una concesión, lo que, por regla general, es incompatible con la existencia de un régimen de subcontratación (porque el contratista desarrolla en ese caso es un negocio propio). Ahora bien, si nos percatamos en el tipo de labores adjudicadas a través de licitación pública, de que trata este fallo, nos damos cuenta que se trata de servicios de vigilancia de una reserva marina, lo que convierte el caso en algo más oscuro. Digo más oscuro porque los servicios de vigilancia son un típico caso de servicio subcontratado⁵; en que es difícil argumentar que el supuesto contratista desarrolla un trabajo propio, que no se encuentra bajo la organización técnico-productiva de la empresa principal, lo que nos llevaría a suponer, que en este caso sí existe una relación de subcontratación. Sin embargo, como el fallo no arroja más antecedentes sobre la modalidad de la prestación de servicios de vigilancia del supuesto contratista a Sernapesca, no rebatiremos la conclusión de la sentencia en este sentido. Sólo diremos que, para llegar a una conclusión como a la que llega la Corte, no basta o no es necesario decir que no se aplican las normas de subcontratación a los organismos del sector público, porque eso es falso, sino razonar sobre si se verifican los requisitos de la subcontratación, establecidos en el artículo 183-A del Código

³ “Que de la sola transcripción del párrafo referido a la Responsabilidad del Concesionario, y sin perjuicio de lo ya consignado en el motivo o considerando quinto, es claro que entre la empresa Transaraucarias S.A. y el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones fue celebrado un contrato de concesión para el uso de vías públicas, conforme a normas de Derecho Público, distintas de la reglamentación laboral referentes a la contratación y subcontratación a que se refieren las disposiciones contenidas en los artículos 183 y siguientes del Código del ramo. Es así que tal como lo señala la demandada, en el caso del Transantiago nos encontramos ante un contrato de concesión de uso público, que consiste en un permiso administrativo que cede en beneficio de un petitionerio y que le permite usar un bien nacional de uso público o fiscal, para ciertos objetivos preestablecidos. (Considerando 13° de la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo). Que es así como que el Contrato de Concesión en cuestión, no lo fue en beneficio del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, sino que para los usuarios directos del servicio, concretamente de los pasajeros de los buses de transportes de la empresa Transaraucarias, existiendo un contrato remunerado de transporte entre cada pasajero y dicha empresa, resultando en consecuencia inaplicable la normativa de la subcontratación.” (Considerando 14° de la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo). (Caratulado “Christopher Andrés Arriaza Araya y otros con Tokam S.A. y Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”, Rol: O-3551-2010, de 14.02.2011).

⁴ Véase ROJAS MIÑO, Irene, “La concesión. El problema que se ha planteado con la concesión, no tanto en sí misma, toda vez que la concesión no constituye subcontratación laboral, en cuanto que en el contratista no ejecuta la obra o servicio para la empresa principal, sino que en beneficio propio. En tal sentido, el cuestionamiento se plantea respecto de los actos que se presentan como concesión, pero que constituyen o pueden constituir un encargo de ejecución de obra o servicio”. *Subcontratación Laboral, Suministro de Trabajadores y Cesión Ilegal de Trabajadores*. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2011, p. 63.

⁵ Véase Ordinario N° 141/05, de 10 de enero de 2007, Dirección del Trabajo.

del Trabajo, razonamiento que debe efectuarse con independencia de la naturaleza de la empresa principal.

Por otro lado, y con esto pasamos al segundo punto, el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, además de parecernos equivocado, nos parece sumamente confuso. En el considerando 4º de la sentencia, ya transcrito, señala que Sernapesca no puede estimarse como empresa principal, y responder en tal calidad de las obligaciones laborales y previsionales adeudadas por los contratistas respecto de los trabajadores subcontratados, puesto que ello implicaría transgredir la relación estatutaria de los funcionarios públicos, como lo ha sostenido la Contraloría General de la República en el dictamen 2594, de 2008. Existe aquí una confusión importante, porque la Contraloría dice una cosa completamente distinta. En efecto, señala que las normas sobre subcontratación son aplicables a los organismos públicos, cosa que nos ha quedado clara en los párrafos anteriores de este comentario. Sin embargo, la Contraloría General de la República establece una excepción, sumamente atendible, cuyo razonamiento transcribiremos a continuación:

“En todo caso, cabe hacer presente, en armonía con lo manifestado por la Dirección del Trabajo en el informe precedentemente señalado, que lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 183-A, que prescribe que el dueño de la obra, empresa o faena es el empleador en caso que los servicios prestados se realicen sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso primero (que conceptualiza el trabajo en régimen de subcontratación en los términos expuestos), o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, resulta únicamente aplicable a las empresas del Estado cuyo personal se rija por el Código del Trabajo y que carezcan de planta señalada por la ley, y no al resto de los organismos de la Administración del Estado.

Ello, toda vez que sostener que el trabajador que mantiene un contrato de trabajo con un contratista o subcontratista del sector privado, será un empleado de la Administración del Estado, implica violentar, salvo en el caso de las empresas antes referidas, tanto las normas legales que regulan las facultades de los organismos que la integran, como aquellas que rigen la relación estatutaria de los funcionarios públicos”.

Por lo tanto, nunca un trabajador de una empresa contratista se convertirá en funcionario público por aplicación del artículo 183-A inciso 2º del Código del Trabajo, porque eso implicaría transgredir las normas que rigen la relación estatutaria de los funcionarios públicos, pero eso no significa que no sea responsable de las obligaciones laborales y previsionales adeudadas a ese trabajador, porque todas las normas sobre subcontratación –salvo la ya anotada– se aplican a los organismos públicos; y ello incluye el artículo 183-B (responsabilidad solidaria o subsidiaria), artículo 183-C (derecho de información), 183-D (derecho de retención) y 183-E (responsabilidad directa en materia de higiene y seguridad).

Existe además otra confusión en la sentencia, íntimamente vinculada con aquella a que hicimos referencia en el párrafo anterior, pero que tiene relación más bien con los argumentos esgrimidos en el recurso de nulidad, anotados en el considerando 2º de la sentencia. Los argumentos del recurrente sostienen que las normas de subcontratación sólo se aplican respecto de los organismos públicos que se rigen por el Código del Trabajo y que no poseen una planta fijada por ley, todo ello en referencia al dictamen Nº 2594, de 2008, de la Contraloría General de la República. Una vez más, lo que este dictamen quiere decir, es que la sanción establecida en el artículo 183-A inciso 2º del Código del Trabajo (esto es, que el empleador es el dueño de la empresa obra o faena, si se prestan servicios sin cumplir los requisitos del artículo 183-A inciso 1º o se limita a la mera intermediación de trabajadores) es aplicable únicamente a los organismos que se rijan

por el Código del Trabajo y que no tengan una planta fijada por ley, porque de aplicarse implicaría transgredir las normas que rigen la relación estatutaria de los funcionarios públicos. Por lo tanto, la distinción efectuada en el considerando 2° de la sentencia, en que se hace cargo de los argumentos del recurrente, es válida para determinar si es posible aplicar o no la sanción establecida en el artículo 183-A inciso 2°, no para determinar si se aplican o no las normas de subcontratación en general a los organismos públicos.

Para concluir, en el caso actual, eventualmente puede no existir subcontratación, si los servicios prestados se efectúan con autonomía o sin exclusividad y no insertos en la organización técnico-productiva de la empresa principal. La Corte no da elementos específicos para razonar si se dan o no estas hipótesis (obviamente porque estaba preocupada sobre el ámbito de aplicación de las normas más que sobre los requisitos de subcontratación), por lo tanto, no estamos en condiciones de refutar la conclusión. Sin embargo, sí estamos en condiciones de refutar el argumento, puesto que de acuerdo con la Contraloría General de la República sí son aplicables a los organismos públicos las normas sobre subcontratación, y al respecto no hace distinciones. La única distinción efectuada dice relación con la aplicación del artículo 183-A inciso segundo, señalando que se aplica exclusivamente a organismos regidos por el Código del Trabajo y que no poseen una planta fijada por ley. Los argumentos del recurrente confunde los planos, y supone que la distinción sirve para excluir a los organismos públicos de la aplicación de las normas de subcontratación, y con ello, hace incurrir en error a la Corte de Apelaciones de Antofagasta.