

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho

El concepto de empresa y la figura del subterfugio en el Derecho del Trabajo chileno

Profesor guía: Dr. Eduardo Caamaño Rojo
Memorista: Maximiliano Dagá Román

Valparaíso, 2016

ÍNDICE

Introducción _____	2
Capítulo Primero: La problemática de la regulación legal de la empresa en Chile _____	5
1. El concepto legal de empresa: desarrollo histórico _____	5
2. Críticas al concepto de empresa _____	7
2.1. Los problemas del concepto legal de empresa _____	8
2.1.1. La transformación empresarial, los grupos de empresa y el Multirut _____	8
2.1.2. La individualidad legal determinada: realidad versus formalismo _____	11
3. El rol de la jurisprudencia en la determinación del empleador: tomando cartas en el asunto _____	15
3.1. La importancia del principio de primacía de la realidad _____	16
3.2. La doctrina de la unidad económica de empresa _____	18
4. La Ley N° 20.760: ¿avance real o cortina de humo? _____	21
Capítulo Segundo: El subterfugio como ilícito en el Derecho del Trabajo chileno _____	26
1. Antecedentes históricos. La aparición del subterfugio: ¿peor es nada? _____	26
2. El subterfugio laboral _____	29
2.1. La figura del subterfugio antes de la Ley N° 20.760 _____	30
2.2. Cómo opera el subterfugio _____	36
3. El subterfugio en la Ley N° 20.760 _____	39
3.1. ¿Cómo se originó la figura actual del subterfugio? _____	39
3.2. Cómo funciona el subterfugio, parte II: Los cambios introducidos por la Ley N° 20.760 _____	46
Conclusiones _____	51
Bibliografía _____	54

INTRODUCCIÓN

"Y el olor a podredumbre llena el país.
Y en los ojos de la gente hay una expresión de fracaso, y en los ojos de los hambrientos
hay una ira que va creciendo. En sus almas las uvas de la ira van desarrollándose y
creciendo, y algún día llegará la vendimia".

John Steinbeck, *Las uvas de la ira*.

El extracto precedente proviene de *Las uvas de la ira*, una novela de John Steinbeck publicada en ¡1939! Sí, parece que hubiera sido escrita dentro de los últimos 10 o 15 años transcurridos, pero la verdad es que han pasado 77 años desde su aparición.

¿Por qué partir mencionando la vigencia de la novela de Steinbeck? porque ella tiene su correlato en el Chile actual. El presidente de la sede de Llanquihue de la CUT, José Pacheco Sánchez, respecto de la modificación al artículo 507 del Código del Trabajo introducida por la Ley N° 20.760, que sanciona el subterfugio en el que incurren los empleadores mediante ciertas prácticas, señaló que¹ "en vez de transcribir exactamente la norma vigente, se le agrega un requisito [la exigencia de mala fe] que, a pesar de no estar contemplado, ha sido exigido por la Corte Suprema, lo cual ha permitido que prácticamente ninguna empresa haya sido condenada por subterfugio de 'Multirut'".

Continuó manifestando que "de este modo, si los sindicatos no acreditan 'mala fe', 'dolo o intencionalidad del empleador', no habrá subterfugio. Solo será subterfugio el 'Multirut' utilizado de mala fe. ¡Sin siquiera pedirlo, el empresariado finalmente consiguió que se reformara una norma muy importante del Código del Trabajo, adecuándola a la interpretación restrictiva de la Corte Suprema! Con esta indicación del Ejecutivo se deja algo que ya estaba malo, en algo aún peor".

La reforma al Código del Trabajo impulsada por la Ley N° 20.760, que "establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos", publicada el 9 de julio de 2014, modificó los artículos 3 y 507 del cuerpo legal citado. Esta ley se une a otras que, bajo la apariencia de tener toda la intención de "cortar de raíz" un problema que aqueja a los trabajadores, se ha quedado en un terreno más bien ambiguo, proponiendo cambios más formales que de fondo. Como plantea el profesor José Luis Ugarte, esta ley trae de vuelta lo mejor de la época dorada de las reformas laborales de René Cortázar: hacer que algo cambia para mantener todo igual².

¹ Las declaraciones de José Pacheco fueron consultadas en <http://ambitosur.com/cut-llanquihue-critica-duramente-cambios-al-multirut/>, el 24 de febrero de 2016.

² UGARTE, José Luis, Ley de Multirut: de vuelta a los gloriosos 90, publicado en El Mostrador, en 2014, <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/06/23/ley-de-multirut-de-vuelta-a-los-gloriosos-90/>, consultado el 24 de febrero de 2016.

Respecto a una de las figuras modificadas, el subterfugio, que se ha erigido como una de las formas preferidas de los empleadores para burlar las obligaciones contraídas con sus trabajadores, se ha ido creando un manto de misterio y caos desde su aparición. Nadie sabe muy bien la forma correcta de aplicar la sanción que contra dicho ilícito se contempla en el artículo 507 del Código del Trabajo, ni cuando solicitar su declaración, ni los verdaderos alcances que puede tener en la práctica.

Tan confusa es la redacción e interpretación de la parte del artículo mencionado que trata el subterfugio, que los tribunales nacionales han ido añadiendo requisitos a la misma figura que la ley ni siquiera contempla, como la mala fe por parte del empleador. Como se verá, con la Ley N° 20.760, este manto de misterio y caos únicamente se acrecienta, debido a la disparidad de enfoques con los que el legislador pretende tratar el problema del abuso del "Mutirut".

En cuanto a la mencionada ley, esta fue el fruto de una larga discusión para regular el recién citado abuso del "Mutirut" en el que incurren los empresarios, los que, valiéndose del tenor legal de la definición de empresa dada en el artículo 3 del Código del Trabajo, a través de varias sociedades, cada una con una "identidad legal determinada", buscan evitar el cumplimiento de las prestaciones laborales y previsionales que adeudan a los trabajadores.

Así, se modificó el mencionado artículo 3, añadiendo incisos que recogen la doctrina de unidad económica de empresa, una figura creada por los tribunales valiéndose del principio de primacía de la realidad y de teorías extranjeras, como la del levantamiento del velo, para llegar a una solución totalmente contraria a la que se habría llegado de tener únicamente en consideración el elemento "identidad legal determinada" establecido en el concepto de empresa del mismo artículo. Sin embargo, dicho componente de la mencionada definición no se alteró ni un ápice.

También se reformó el artículo 507, que impone sanciones pecuniarias a los empleadores que incurran en subterfugio, "ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio, y si ello ha tenido como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención". Es en el nuevo tenor de este artículo que se puede apreciar el que quizás es uno de los reveses más grotescos: la exigencia de mala fe por parte del empleador a la hora de "alterar" su individualización o patrimonio, un requerimiento que antes no estaba presente en dicho artículo y que fue introducido por vía jurisprudencial, principalmente por el ex-ministro de la Corte Suprema Patricio Valdés.

De esta realidad, latente y patente en Chile hace bastante tiempo, se han hecho eco cada vez más los trabajadores, los cuales, al igual que don José Pacheco, han alzado la voz para clamar por soluciones que de verdad les sean útiles. Porque lo merecen, y lo saben. En palabras de John Steinbeck, las uvas de la ira van creciendo en sus almas, y el día de la vendimia vendrá, tarde o temprano.

Respecto al trabajo en concreto, el primer capítulo del mismo se avoca a desarrollar la aparición súbita y la evolución del concepto de empresa en Chile; los problemas que presenta su mera existencia y la acción (en algunos casos valiente) de los tribunales en orden a superar las deficiencias que en esta materia presenta la ley, valiéndose del principio de primacía de la realidad, para crear así la doctrina de la unidad económica de empresa; y de qué manera la Ley N° 20.720 modificó la definición legal de empresa y las repercusiones que ello ha traído.

En el segundo capítulo se desenvuelve el tema del subterfugio laboral del artículo 507, un ilícito que ha sido un verdadero misterio desde su aparición, tanto por su complejidad como por la confusión que ha planteado su escasa aplicación en tribunales; la historia de su aparición; algunos apuntes sobre la forma en que opera y se aplica en la práctica esta figura.

Uno de los principales motivos de John Steinbeck para escribir y publicar *Las uvas de la ira* fue el deseo incesante de "poner un gran cartel de vergüenza sobre los bastardos codiciosos que fueron responsables de la 'Gran Depresión' y sus efectos"³. Quizás esa fue una de las grandes motivaciones tras este trabajo (salvando las enormes distancias, obviamente): intentar ser de ayuda, tratar de aclarar asuntos que han permanecido por mucho tiempo confusos, y que merecen ser desenredados.

³ BRAGG, Melvyn, John Steinbeck's bitter fruit, publicado en The Guardian en 2011, <http://www.theguardian.com/books/2011/nov/21/melvyn-bragg-on-john-steinbeck>, consultado el 24 de febrero de 2016.

CAPÍTULO PRIMERO. LA PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN LEGAL DE LA EMPRESA EN CHILE.

1. EL CONCEPTO LEGAL DE EMPRESA: DESARROLLO HISTÓRICO

Resulta extraño que la única disciplina que se haya encargado (o atrevido, si se quiere) de formular en su cuerpo legal una definición de empresa haya sido precisa y paradójicamente el Derecho del Trabajo. En efecto, si se busca un concepto de empresa en el ordenamiento jurídico nacional, el único texto que lo provee es el Código del Trabajo, en su artículo 3.

Ni siquiera en nuestra Constitución "hay una mención expresa a la idea de empresa como centro de la organización de la vida económica, sino más bien, la consagración de ciertos principios que aledaños a ella, permiten su actividad, como son la libertad de desarrollar cualquier actividad económica, la propiedad privada, etc. Lo importante de esto, es que no existe un concepto constitucional de empresa, de modo tal que el legislador goza de relativa libertad para construirlo, siempre que respete, como es obvio, los principios regulativos de la actividad económica privada"⁴.

Dicha libertad fue (efectivamente) empleada por el legislador nacional en la segunda mitad del siglo XX para construir e insertar un concepto de empresa en el Código del Trabajo, pero no así para fraguar e introducir un símil en otras ramas del Derecho (salvo contadas excepciones⁵) que tienen el mismo grado de proximidad -o incluso, uno mayor- con la figura de la empresa que el Derecho del Trabajo, como el Derecho Civil o el Derecho Comercial, lo que ahonda la peculiaridad de la presencia de dicho concepto en el ordenamiento jurídico laboral.

Esta idea es explicada con gran elocuencia y claridad por Diego López: "De hecho, ninguna otra ley en Chile define qué es empresa: ni el Código Tributario, ni la ley de impuesto a la renta, ni la regulación legal de la quiebra operan con un concepto de empresa. (...) Sin embargo, pareciera que sí es imprescindible un concepto excepcional de empresa en la ley laboral para garantizar a las empresas predictibilidad de sus responsabilidades laborales"⁶.

⁴ UGARTE, José Luis, El concepto legal de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, en Revista Laboral Chilena, N° 98, julio de 2001, p. 60.

⁵ La Ley N° 17.073, del 31 de diciembre de 1968, en su artículo 2 N° 4, contenía un concepto de empresa, formulado de la siguiente forma: "todo negocio, establecimiento u organización de propiedad de una o varias personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea el giro que desarrolle, ya sea éste comercial, industrial, agrícola, minero, de explotación de riqueza del mar u otra actividad". Dicho concepto, sin embargo, sólo tenía aplicación en materia tributaria. También podría incluirse acá el oficio N° 413 del 10 de febrero de 1995 del Servicio de Impuestos Internos, que entendió a la empresa como "una entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de producción, y dedicada a las actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad".

⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, Editorial Legalpublishing, segunda edición, marzo de 2015, p. 23.

El Código del Trabajo de 1931, en su artículo 2, contenía una definición de las figuras del patrón o empleador, del empleado y del obrero, pero nada establecía en lo referente al concepto de empresa. La primera aparición de la noción legal de empresa en el ordenamiento jurídico laboral se remonta a 1975, con el Decreto Ley N° 1.006, que en su artículo 7 define a la empresa como "la entidad destinada a la producción, comercio o distribución de bienes o a la prestación de servicios que, bajo una dirección unitaria, persigue una finalidad económica y social y se encuentra organizada con el concurso de trabajadores e inversionistas".

El Decreto Ley N° 2.200, del 15 de junio de 1978, actualizó dichas definiciones, suprimiendo las de empleado y obrero y estableciendo en su lugar la de trabajador, y adoptando las ideas que sobre la empresa había fijado el Decreto Ley N° 1.006. Sin embargo, dicho Decreto Ley no contemplaba ninguna definición de empresa. Fue la Ley N° 18.018, publicada el 4 de agosto de 1981, que agregó al artículo 3 de dicho decreto el concepto de empresa.

Más adelante, a través de la Ley N° 18.620, del 6 de julio de 1987, que aprobó el nuevo Código del Trabajo, podía leerse el mencionado concepto legal de empresa del artículo 3 de dicho cuerpo: "Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada". Esta definición permaneció inalterada hasta el año 2014, con la publicación de la Ley N° 20.760.

El concepto en sí presenta ciertos aspectos resaltables⁷:

- Por mandato legal expreso, es únicamente aplicable a materias de legislación laboral y de seguridad social.
- Es definida en términos objetivos, como una organización.
- Por último, esta organización está dotada de una individualidad legal determinada. Este punto ha dado lugar a diversas controversias por su interpretación confusa.

En el año 2005, con ocasión de la campaña presidencial, el gobierno de la época volvió a traer a la palestra la discusión del proyecto de ley sobre subcontratación y suministro de trabajo, que había sido dejado de lado en el contexto de la reforma laboral del 2001. Una de las normas más particulares que se propusieron en la discusión de la actual Ley N° 20.123, sobre subcontratación y suministro de trabajo, era aquella que establecía un concepto legal de empresa sólo para las relaciones de subcontratación, el que reproducía literalmente la definición del artículo 3 del Código del Trabajo pero dejando fuera el elemento "individualidad legal determinada". La idea podría parecer extraña y excesiva, pero su intención era correcta: buscaba limitar la prestación de servicios de subcontratación de sociedades de un mismo grupo empresarial como si se tratara de empresas distintas.

⁷ Extraído de ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés, Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo, Editorial LexisNexis, primera edición, julio de 2006, pp. 66-67.

A pesar de que dicho concepto aplicable solamente a materias de subcontratación fue aprobado por el Congreso, se cuestionó su constitucionalidad por la oposición, la que presentó dicho cuestionamiento al Tribunal Constitucional. Éste detectó un vicio formal en la tramitación del proyecto de ley (la idea de agregar un nuevo concepto de empresa fue una moción parlamentaria, pero el Tribunal Constitucional consideró que por alterar dicha definición normas sobre seguridad social era una materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República⁸), anulando la propuesta legislativa sin pronunciarse sobre la constitucionalidad del contenido de la iniciativa legal⁹.

De todas maneras, Ugarte esgrime que este concepto de empresa propuesto era una buena idea en el lugar equivocado, ya que lo correcto es modificar la definición legal del artículo 3, no incorporar una nueva que aplique a materias específicas, siendo el fallo del Tribunal Constitucional una suerte de aporte, ya que permite mantener y continuar el debate sobre las inconveniencias del concepto de empresa del artículo 3 del Código del Trabajo¹⁰.

2. CRÍTICAS AL CONCEPTO DE EMPRESA

Ahora, ¿por qué resultaba (y resulta) conveniente o necesario construir, introducir y establecer un concepto de empresa en el ordenamiento jurídico laboral? ¿Por qué dicha conveniencia y necesidad no logran apreciarse en otros cuerpos legales?

Se debe tener presente, en primer lugar, que el concepto de empresa "no es un concepto jurídico, sino que es extraído de la realidad económica¹¹", ya que -como se verá- la empresa sufre diversas transformaciones en su organización a lo largo del tiempo para asegurar su competitividad en el mercado, ventajas tributarias, etc. La forma que adopte una empresa es instrumental para la consecución de sus fines. Así, el motivo por el cual en ningún otro cuerpo normativo existe una concepción legal del término empresa y por la que no es asociada con una identidad legal determinada es precisamente para permitir estas mutaciones en la forma de la misma.

La doctrina laboral chilena más reciente ha planteado una razón por la cual se insertó el concepto en estudio en el Código del Trabajo, la que ha ido ganando más adeptos a lo largo del tiempo. Dicha doctrina plantea que el objeto de definir legalmente a la empresa consiste en "impedir que las empresas se vieran amenazadas por negociaciones colectivas supraempresa, estableciendo que la denominación societaria que adopte cada empresa debía ser un límite jurídico infranqueable que fijara las deudas laborales que competen exclusivamente a cada firma. El concepto legal de empresa está diseñado para

⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 534-06 (21.08.2006).

⁹ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., pp. 25-26.

¹⁰ UGARTE, José Luis, El concepto de empresa en el proyecto de subcontratación: una buena idea en el lugar equivocado, en Revista Laboral Chilena, N° 153, enero de 2007, p. 91.

¹¹ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés, Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo, ob. cit., p. 65.

que los trabajadores contratados por una sociedad determinada no puedan involucrar a otra sociedad en el cumplimiento de sus derechos laborales"¹².

La ausencia de una definición legal de empresa en el Código del Trabajo de 1931 hace ver con franqueza que, en realidad, nunca fue de crucial importancia zanjar legalmente lo que se entiende por empresa. José Luis Ugarte, complementando la razón por la que se puede encontrar dicha definición en el actual código de la materia, ha establecido que la intención del legislador en fijar dicho concepto era imprescindible para reducir cualquier fórmula de negociación que sobrepasara el ámbito de la empresa, ya que se sustituyó el sindicato industrial por un sindicato de empresa, siendo necesario para esto tipificar un concepto de la misma acorde a estas reformas¹³.

Profundizando su argumento, Ugarte le resta importancia a la función que el concepto de empresa cumple en el ordenamiento laboral, pues cuando el legislador habla de "empresa", no le atribuye otras consecuencias jurídicas nuevas o diferentes de aquellas que se le imputan a su soporte legal, quien es el empleador. Esto lleva a concluir que en general, la empresa no es un ente normado distintamente del empleador, vista aquella como una extensión material de la actividad económica de este¹⁴.

Conectado con lo anterior, Diego López señala que se pueden encontrar en nuestro ordenamiento ejemplos de empleadores sin identidad legal de empresa, como el empleador de los trabajadores de casa particular, que es siempre una persona natural; y ejemplos de empresas con identidad legal sin que exista un empleador, como las cooperativas de trabajo en la que solo trabajan socios, o una empresa que sólo emplea colaboradores contratados a honorarios. En todos estos casos, dice López, el concepto legal de empresa en materia laboral es absolutamente irrelevante¹⁵.

2.1. LOS PROBLEMAS DEL CONCEPTO LEGAL DE EMPRESA

2.1.1. LA TRANSFORMACIÓN EMPRESARIAL, LOS GRUPOS DE EMPRESAS Y EL MULTIRUT.

Antes de analizar los problemas que para los trabajadores significa la existencia de un concepto legal de empresa, es necesario aclarar cómo funciona la organización de las mismas en la realidad, para entender mejor la inconveniencia de que exista un concepto legal de empresa; o si se quiere, la "poco afortunada" redacción actual del concepto de empresa en el Código del Trabajo.

¹² LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 22.

¹³ UGARTE, José Luis, El concepto legal de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, ob. cit., p. 61.

¹⁴ UGARTE, José Luis, El concepto legal de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, ob. cit., p. 61. El profesor Francisco Tapia interpreta los conceptos de empleador y empresa de la misma manera, estableciendo que la regulación de la empresa referencia, a través de los elementos constitutivos de esta, al modo organizativo del empleador. TAPIA, Francisco, El concepto de empresa y los derechos sindicales en el Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor William Thayer, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, p. 238.

¹⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 24.

En efecto, este problema se conecta con "el tránsito en las últimas décadas desde la empresa centralizada y vertical, del período denominado fordista, a la empresa en red y horizontal, del innominado período de especialización flexible o posfordista" el que puede generar no solo relaciones de coordinación horizontal, sino también de carácter vertical¹⁶.

Este fenómeno, también conocido como "descentralización productiva", ha tenido recepción y desarrollo en Chile de manera profusa desde comienzos del siglo XXI. Así, Ugarte escribía en el 2001 en relación a este tema que "surgen ahí todo tipo de expertos que explican la 'buena nueva', algunos la exaltan porque es lo que está de 'moda' en la cultura organizacional, otros la critican porque ven en ella un nuevo invento dirigido a precarizar la situación de los siempre más débiles en esta historia: los trabajadores"¹⁷.

Agrega el profesor Caamaño que "a su vez, debe considerarse que la descentralización productiva no sólo comprende la externalización de las fases productivas, sino que también presenta una manifestación interna o desconcentración productiva, que supone que, al interior de las empresas, las unidades económicas y administrativas que la componen actúen con autonomía y asuman con capacidad la gestión de la fase productiva que le corresponda"¹⁸.

Los dueños de una empresa pueden adoptar la forma social que más les convenga acorde al negocio en el que se desenvuelve la empresa (puede ser una sociedad de personas, como una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad de capitales, como una sociedad anónima; incluso puede organizarse en solitario, a través de una empresa individual de responsabilidad limitada). También pueden cambiar cuantas veces sea necesario la denominación societaria, para prosperar en su giro¹⁹.

Estos cambios en la estructura societaria pueden buscar la desconcentración de capitales, mediante la diversificación del negocio para expandir la inversión, y que supone la creación de nuevas razones sociales; o bien, persiguen la concentración de capitales, es decir, reunir fondos en una sola denominación societaria, lo que implica eliminar razones sociales y transferir sus patrimonios a dicha denominación²⁰. Se estudiará someramente el proceso de desconcentración de capitales.

Los procesos de desconcentración de capitales pueden llevarse a cabo de dos maneras:

- a) Mediante la división de empresas: el capital original de una sociedad es distribuido entre ella y una o más sociedades constituidas al efecto, conservando los dueños de la sociedad dividida la misma participación en cada una de las sociedades creadas.

¹⁶ UGARTE, José Luis, El concepto legal de empresa y el Derecho Laboral: cómo salir del laberinto, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 20, de julio de 2013, pp. 186-187.

¹⁷ UGARTE, José Luis, La descentralización productiva: la nueva moda en las relaciones laborales, en Revista Laboral Chilena, N° 1, enero de 2001, p. 57.

¹⁸ CAAMAÑO ROJO, Eduardo, La descentralización productiva y el surgimiento de nuevas formas de trabajo autónomo, en Revista de la Empresa, de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 7, 2007, pp. 9 y ss.

¹⁹ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 9.

²⁰ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 9.

- b) Mediante la filialización de empresas: acá, los socios de una empresa deciden o crear una nueva sociedad, o bien aportar capital a otra ya existente, obteniendo su control. A diferencia de lo que ocurre en la división de empresas, en la filialización de las mismas el capital original no se redistribuye en otras empresas nuevas. Si el aporte de capital que se hace sobre la sociedad creada al efecto o sobre la ya existente es superior al 50%, dicha sociedad se constituye en filial de aquella que hizo la inversión; si el aporte es superior al 10%, pero inferior al 50%, la sociedad recipiente de dicho aporte pasa a ser coligada de la que invirtió en ella (coligante).

Lo crucial para efectos del estudio de la empresa en el ordenamiento laboral chileno es que en las operaciones de desconcentración de capital, sea cual sea la manera en que se haga, las sociedades creadas o que reciben los aportes de capital son diferentes de la sociedad inversora.

En otras palabras, jurídicamente se trata de sociedades formalmente independientes que tienen una personalidad jurídica distinta y determinada, una responsabilidad patrimonial específica y una administración propia (sin perjuicio de que, en la realidad, sea la sociedad inversora la que incida fuertemente en su gestión)²¹. En base a esto es que han surgido la figura de los grupos de empresas y la noción del "Multirut".

Para Rojas y Aylwin, los grupos de empresa y la idea del "Multirut" son una especie de dos caras de una misma moneda. Los grupos de empresa pueden entenderse como supuestos en que se establecen diferentes vínculos entre varias empresas, pero siempre que sus respectivos titulares mantengan una personalidad jurídica propia²².

La profesora Irene Rojas ahonda en la figura de los grupos de empresas, explicando que "están integrados formalmente por varias empresas, pero están de tal manera relacionadas que todas se sujetan a una sola dirección, por lo que, en definitiva, constituyen una sola empresa"²³.

Por otro lado, está la noción del "Multirut", la que se ha entendido en nuestro ordenamiento como "una entidad parecida al grupo de empresas pero que se constituye para los efectos de eludir las normas legales, entre ellas las laborales (...) Esta entidad constituye en la realidad una sola empresa que se presenta a todos o algunos efectos, entre ellos los laborales, como una multiplicidad de sociedades o personas –de ahí la referencia al Rut–, generando la apariencia de que cada una de ellas corresponde a una empresa"²⁴.

²¹ En lo referido a la explicación de los procesos de desconcentración de capitales y a las explicaciones posteriores, se siguió a LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., pp. 10-11.

²² ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés, Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo, ob. cit., p. 21.

²³ ROJAS, Irene, Por qué la Ley del "Multirut" constituye un retroceso en los derechos de los trabajadores, publicado en El Mostrador el 2014, <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/07/19/por-que-la-ley-del-multirut-constituye-un-retroceso-en-los-derechos-de-los-trabajadores/>, consultado el 7 de diciembre de 2015.

²⁴ ROJAS, Irene, Por qué la Ley del "Multirut" constituye un retroceso en los derechos de los trabajadores, ob. cit.

El tema de las empresas "Multirut" "adquirió un tono de escándalo en 2003, cuando lo asumió por primera vez la ex directora del Trabajo María Ester Feres, al realizar una sorpresiva inspección dominical al tradicional local de Almacenes París de Alameda con San Antonio y detectar que sólo en esa tienda había más de 150 empleadores con distintos RUTs. Ahí se contaban varias denominaciones de París, pero además, decenas de contratados por empresas que colocan productos en la tienda y terminan obedeciendo a éstas"²⁵.

De ahí en adelante, hasta la actualidad, podría decirse que la práctica del "Multirut" ha ido en una especie de retroceso, en el sentido de su disminución, pero sin desaparecer completamente. Así ocurrió con Walmart, la que al adquirir la cadena de supermercados Líder (la cual era el ícono de las empresas "Multirut" en Chile), comenzó un proceso de unificación de razones sociales de dicha cadena"²⁶.

Por otra parte, hay empresas que siguen aplicándolo intensamente. Así, "para Carlos Cano, quien trabaja con los sindicatos de Falabella, esta empresa hoy es el 'ícono' del Multirut, ya que utilizan una razón social por cada tienda. 'Es la única empresa de las grandes que aún hace esto. Son los últimos que abusan del Multirut. Todos los otros se han encargado de disminuirlos, pero no de eliminarlos. Hoy es el símbolo, la niña bonita, del abuso del Multirut', dice Cano"²⁷.

De esta manera, puede decirse que la diferencia entre ambos conceptos estriba en que los grupos de empresas son una práctica lícita en nuestro Derecho (a pesar de que, como se verá, igualmente traiga aparejados efectos bastante nocivos para los derechos de los trabajadores); mientras que el "Multirut" constituye un grupo ilegal de empresas, cuya formación tuvo por objeto la elusión del cumplimiento de obligaciones laborales. Es precisamente la figura del "Multirut" la que se enmarca en lo dispuesto por el artículo 507 del Código del Trabajo. Justamente, ambos conceptos han sido objeto de la Ley N° 20.760, la cual ha modificado el cuerpo legal en comento, y que se analizará más adelante.

2.1.2. LA INDIVIDUALIDAD LEGAL DETERMINADA: REALIDAD VERSUS FORMALISMO.

Ya analizada la estructuración dinámica que experimentan las empresas en el plano empírico para poder obtener ganancias, corresponde ahora estudiar a éstas a través del lente que supone el concepto de empresa que establece el Código del Trabajo, en su artículo 3.

²⁵ SKOKNIC, Francisca, Grandes tiendas II: las mil y una razones sociales que fragmentan a los trabajadores, publicado en CIPER Chile el 2008, <http://ciperchile.cl/2008/03/13/las-mil-y-una-razones-sociales-que-fragmentan-a-los-trabajadores/>, consultado el 9 de diciembre de 2015.

²⁶ FERNÁNDEZ, Bastián y GARCÍA, Bernardita, El 'top five' de las empresas que han usado la triquiñuela del Multirut, publicado en El Mostrador el 2014, <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2014/05/02/el-top-five-de-las-empresas-que-han-usado-la-triquiñuela-del-multirut/>, consultado el 9 de diciembre de 2015.

²⁷ FERNÁNDEZ, Bastián y GARCÍA, Bernardita, El 'top five' de las empresas que han usado la triquiñuela del Multirut, ob. cit.

Si bien la tipificación de un concepto de empresa en sí, observado como un todo ya presenta problemas y contradicciones, por el hecho de tratarse la empresa de una realidad económica (y también podría decirse que social) antes que una realidad jurídica, es uno de los elementos que lo componen el que ha sido el punto de surgimiento de una enorme discusión sobre los alcances de la responsabilidad que la empresa tiene frente a sus trabajadores: la identidad legal determinada.

Desde hace tiempo, parte de la doctrina viene advirtiendo que no corresponde asimilar dicha expresión al atributo de la personalidad jurídica, sino que basta con un ser jurídico²⁸. En otras palabras, "lo que el legislador exigiría es que alguien que tenga la calidad de sujeto de derecho (todo ente a quien el ordenamiento jurídico le reconoce la capacidad para ser titular de derechos y de obligaciones), opere como el soporte de la empresa, y no necesariamente que se trate de una persona jurídica"²⁹.

Sin embargo, ocurrió lo que precisamente no debía ocurrir: la imprecisión del término "individualidad legal determinada" ha llevado a construir sistemáticamente una concepción formalista de la empresa. No importa quien tenga la calidad de sujeto de derecho, sino que basta ostentarla para poder ser considerado como soporte de una organización de medios en los términos del artículo 3 del Código del Trabajo. Se ha vaciado el concepto de empresa para efectos laborales, ya que se induce a considerar únicamente la personalidad jurídica como sinónimo de una individualidad legal determinada³⁰.

La reforma al concepto de empresa que trajo aparejada la Ley N° 20.760 no suprimió el elemento individualidad legal determinada, haciendo caso omiso de la doctrina que categóricamente afirmó una y otra vez que es este elemento el que presenta más problemas en su interpretación y aplicación.

No es necesario realizar un análisis de fondo de este requisito para concluir que contradice derechamente el principio de primacía de la realidad, el cual, de ser efectivamente aplicado, conduce, de manera directa, a considerar como empleador para todos los efectos jurídico-laborales y previsionales a quien se comporte como tal, no importando si la razón social bajo la cual funciona sea la misma que la de aquél que firmó el contrato de trabajo con el o los trabajadores que demandan³¹.

Maturana y Mac Clure explican el núcleo base de este problema de manera simple y directa, al decir que basta con que un empleador "constituya dos razones sociales distintas aunque las empresas funcionen juntas, sean del mismo dueño, tengan un mismo

²⁸ THAYER, William y NOVOA, Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, 1980, p. 124; citado por Ugarte, José Luis, en El concepto de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, ob. cit., p. 64.

²⁹ UGARTE, José Luis, El concepto de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, ob. cit., p. 64. En igual sentido, el mismo Ugarte, en El nuevo Derecho del Trabajo, Editorial LexisNexis, primera edición, mayo de 2007, pp. 78 y ss.

³⁰ UGARTE, José Luis, El concepto de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, ob. cit., p. 64.

³¹ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 24.

giro y sus operarios trabajen juntos para que se les considere dos entidades diferentes y los empleadores no puedan negociar efectivamente"³².

En base a la premisa anterior, y como ya se explicó, es que las empresas y los grandes holdings empresariales en Chile han abusado de esta versatilidad societaria para distribuir sus negocios en múltiples razones sociales, haciendo realidad las nociones de los grupos de empresas y del "Multirut", distribuyendo la contratación de trabajadores en diversas denominaciones sociales para alejar el pago de remuneraciones de las sociedades que concentran y consolidan las utilidades, amarrándolos a cobrar sus derechos ante una sola razón social³³. Esta misma idea fue reconocida y recogida por el Ejecutivo en el Oficio N° 41-362 del 21 de abril de 2014, que formulaba indicaciones al proyecto de ley sobre modificaciones al concepto de empresa³⁴.

Se dijo en el acápite anterior que, si bien los grupos de empresas son lícitos en nuestro ordenamiento jurídico, de todas maneras provocan efectos lesivos en el ámbito del Derecho del Trabajo, "como son, entre otros, confundir a los trabajadores respecto de quién es el empleador, cuál es el tamaño de la empresa, cuál es el ámbito para el ejercicio de los derechos laborales y, consiguientemente, provocan que no se reconozcan ni se otorguen los derechos laborales que corresponden"³⁵.

A nivel del Derecho Colectivo del Trabajo es que, a raíz de la exigencia de la identidad legal determinada de la empresa, históricamente se han presentado más problemas. Así, Ugarte³⁶ recoge las posturas que a lo largo del tiempo han sostenido la jurisprudencia administrativa y judicial en Chile.

¿Qué ocurre con el sindicato de una empresa que se divide y fragmenta como consecuencia, a su vez, del proceso de diversidad societaria de las empresas? Si se atiende al tenor literal que tenía el artículo 3 del Código del Trabajo antes de la modificación del año pasado, todo apuntaba a que el sindicato debería disolverse automáticamente, al quedar desafiliados los trabajadores que lo formaban por haber sido traspasados a otra empresa con una identidad legal autónoma (así lo reconoció la misma Dirección del Trabajo³⁷). Esto era lo propuesto por la tesis formalista, sustentada por la Dirección en la década de 1980. La falencia de esta idea recae en hacer una lectura parcial del concepto de empresa, que lo descontextualiza, ya que solo considera como

³² MATURANA, Víctor y MAC CLURE, Óscar, La negociación colectiva en Chile, en El sindicalismo latinoamericano en los noventa / Negociación colectiva y sindicatos, Volumen II, Editorial Clacso, 1992, p. 141; citado por ROJAS, Irene, El peculiar concepto de empresa para efectos jurídico laborales: implicancias para la negociación colectiva, en Revista Ius Et Praxis de la Universidad de Talca, Vol. 7, agosto de 2001, p. 409.

³³ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 22.

³⁴ Oficio del Poder Ejecutivo N° 41-362 de 21 de abril de 2014, pp. 2-3, en el boletín N° 4456-13.

³⁵ ROJAS, Irene, Por qué la Ley del "Multirut" constituye un retroceso en los derechos de los trabajadores, ob. cit.

³⁶ UGARTE, José Luis, El concepto legal de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, ob. cit., p. 67.

³⁷ Dictamen N° 1117/32, de la Dirección del Trabajo, 4 de febrero de 1991.

punto central la "individualidad legal determinada", dejando de lado otros elementos igualmente importantes como aquellos de carácter material y organizativo³⁸.

Ya en la década de 1990, la Dirección del Trabajo derechamente se desligó del concepto legal de empresa, para atenerse al concepto de empleador, haciendo uso del principio de primacía de la realidad. Aquí cobra una importancia crucial el concepto de "poder de dirección del empleador"³⁹, el cual es alzado por dicho Servicio como el elemento que define el problema de la fragmentación empresarial (y por tanto, el de la fragmentación sindical). Ugarte señala como principal debilidad de esta teoría la simple y débil obviedad de la "individualidad legal determinada", lo cual sería rechazado de entrada por los Tribunales al distanciarse del formalismo dominante⁴⁰.

El profesor Francisco Tapia, tratando de salvar el problema del destino del sindicato como consecuencia de la división empresarial, propone la tesis del sindicato interempresa, según la cual, si existen trabajadores que estaban afiliados al sindicato que continúan trabajando en la empresa matriz, aunque algunos afiliados hayan sido traspasados a una empresa distinta, dicho sindicato de pleno derecho pasará a constituirse en uno interempresa, al existir una especie de continuidad societaria que mantiene vigente la representación sindical⁴¹. El gran problema de esta interpretación que hace Tapia recae en que al proponer la mutación de pleno derecho de la naturaleza jurídica del sindicato de empresa a uno de interempresa, se le está dejando fuera del ejercicio del derecho de negociación colectiva obligatorio. Además, y lo que es particularmente grave, de adoptarse esta teoría, la naturaleza jurídica del sindicato quedaría sujeta a las decisiones de organización de los medios empresariales⁴².

Finalmente, Ugarte expone la tesis de la empresa como ente compuesto, la que él considera como la tesis más correcta. De acuerdo a esta teoría, se sostiene que la empresa es un conjunto de elementos, el cual se conforma por la existencia de la organización de los medios personales y patrimoniales bajo un poder de mando, y por la identidad legal que el ordenamiento le da y todo lo que ello conlleva. Así, y en base a

³⁸ El profesor UGARTE cita como ejemplo de esta corriente interpretativa el Dictamen N° 1210 del 3 de junio de 1982 de la Dirección, en que ésta expresamente señala que "existiendo diferente identidad jurídica entre dos entidades, sea que ellas se llamen 'sucursales', 'filiales' o reciban otra denominación, deben ser consideradas como empresas distintas para todos los efectos legales laborales, independientemente de que exista entre ellas interpelación de trabajo, cercanía de los establecimientos u otros nexos similares".

³⁹ El Dictamen N° 2856/162 de la Dirección del Trabajo, del 30 de agosto de 2002, define el poder de dirección laboral como "una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto el logro del referido proyecto empresarial en lo que al ámbito laboral se refiere, y que se traducen en la libertad para contratar trabajadores, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador".

⁴⁰ UGARTE, José Luis, El concepto de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, ob. cit., p. 68.

⁴¹ TAPIA, Francisco, El concepto de empresa y los derechos sindicales en el Derecho del Trabajo, ob. cit., p. 241.

⁴² UGARTE, José Luis, El concepto de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, ob. cit., p. 69.

estos presupuestos, Ugarte concluye que no es la concurrencia de varias identidades o razones sociales, sino la unidad material en la organización de los medios con los que cuenta el empleador lo que determinaría el estar o no frente a una sola empresa, para efectos laborales⁴³.

Siguiendo esta teoría, la afiliación al sindicato de empresa de los trabajadores traspasados desde la empresa de origen a las empresas filiales se mantendría intacta, y se permitiría la afiliación de aquellos trabajadores que se incorporen a estas. El gran problema de esta tesis (la más correcta, en atención al respeto que presenta a los derechos reconocidos a los trabajadores), como dice el profesor Ugarte, es la falta de mecanismos judiciales o administrativos que hagan realidad su aplicación, en atención al formalismo excesivo que impera como criterio dominante en los tribunales.

En base a todas las tesis expuestas, y a los problemas que presentan -específicamente, el concerniente al excesivo formalismo que es tenido en cuenta por los tribunales a la hora de decidir-, parecía ser que la única solución era que los trabajadores, en cada una de las nuevas empresas constituidas, formaran sus sindicatos (es decir, la fragmentación empresarial necesariamente conllevaría la fragmentación sindical).

3. EL ROL DE LA JURISPRUDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL EMPLEADOR: TOMANDO CARTAS EN EL ASUNTO.

Algo ya se ha dicho sobre las diversas posturas que han adoptado tanto la jurisprudencia administrativa, vía dictámenes, como la jurisprudencia judicial, a través de la dictación de sentencias, en la determinación del verdadero empleador para efectos laborales y previsionales.

Para Gamonal y Guidi⁴⁴, en nuestro derecho se han impulsado tres mecanismos distintos que mitigan las infracciones legales de los grupos de empresa aparentes:

- a) Las fiscalizaciones que realiza la Dirección del Trabajo, en las que busca al empleador real;
- b) La jurisprudencia de los Tribunales Laborales, que han aplicado el principio de primacía de la realidad en esta materia, y
- c) El fortalecimiento de la figura del subterfugio, el año 2001, por medio de la Ley N° 19.759, que busca transparentar al empleador verdadero. Agregan que importa poco que el empleador está revestido de personalidad jurídica, pues esta

⁴³ UGARTE José Luis, El concepto de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, op. cit., p. 69. Ugarte se apoya en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol n° 307-91, del 6 de junio de 1991, en la que se sostiene que el concepto de empresa para la legislación laboral es más amplio que el de sociedad, en base a lo dispuesto en el concepto de empresa del artículo 3 del Código del Trabajo. Así, y según dicho fallo, pueden constituir una empresa "dos o más sociedades que, con medios que ambas proporcionan, ordenadas bajo una gerencia, concurrentes al logro de un fin económico común" y que se dediquen a actividades complementarias.

⁴⁴ GAMONAL, Sergio y GUIDI, Caterina, Manual del Contrato de Trabajo, Legalpublishing, 2011, p. 21.

condición puede ser ostentada incluso por entes de hecho⁴⁵. Acá puede añadirse la reforma a la misma figura, impulsada por la Ley N° 20.760, publicada el 2014.

Si bien se ha esbozado lo que significa para esta materia el principio de primacía de la realidad, es necesario analizar el argumento rector que han empleado tanto los tribunales como la Dirección del Trabajo para determinar a dicho empleador, y ver cuáles han sido las consecuencias y las derivaciones que de su aplicación práctica han surgido.

3.1. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD⁴⁶.

No es ninguna novedad la importancia capital que tiene el principio de primacía de la realidad en un ordenamiento jurídico que contiene controvertidas normas laborales. Américo Plá entrega una noción bastante acertada y concisa sobre el concepto de principio de primacía de la realidad. Para este autor, hablar de este principio "significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos⁴⁷".

Este principio adquiere una importancia aún mayor cuando deja de ser un enunciado teórico y pasa a tener una vigencia práctica, siendo aplicado por los tribunales con competencia laboral para resolver conflictos en los que la norma resulta insuficiente para determinar, en este caso concreto, cuál es el verdadero empleador.

Como se verá inmediatamente, hay (no pocos) casos en que la aplicación del concepto legal de empresa que da el Código del Trabajo en su artículo 3 entra en conflicto directo con la aplicación del principio de primacía de la realidad. El concepto de empresa dado por el Código es tan vago e impreciso que es increíble (por no decir vergonzoso) pensar que el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores, N° 18.045, que define lo que se entiende por grupo empresarial, es más respetuoso de dicho principio y más cercano a lo que ocurre en el plano de los hechos que la disposición en comento del Código del Trabajo⁴⁸.

El mismo Poder Ejecutivo, tal como lo expresa en el oficio en que formula indicaciones al proyecto de ley que modifica el concepto de empresa, reconoce explícitamente el carácter crucial que tiene el mencionado principio en nuestra legislación laboral, argumentando que "en materia laboral, lo que debe primar, a la hora de determinar si un conjunto de

⁴⁵ IRURETA, Pedro, Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo, Actas de la II Jornadas de Derecho de la empresa, p. 270; citado por GAMONAL, Sergio y GUIDI, Caterina, Manual del Contrato de Trabajo, ob. cit., p. 21.

⁴⁶ Se sigue la estructura y el desarrollo sobre el tema de LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como una unidad económica, ob. cit., pp. 52-55.

⁴⁷ PLÁ, Américo, Los principios del Derecho del Trabajo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313.

⁴⁸ En efecto, este artículo de la Ley N° 18.045 conceptualiza al grupo empresarial como "el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten".

entidades deben considerarse como una sola, es si finalmente estamos en presencia de un solo empleador respecto del ejercicio del poder de dirección laboral, lo cual constituye un elemento eminentemente de carácter material y que se constata a partir del principio de primacía de la realidad y no de la existencia de un RUT⁴⁹.

La empresa tiene una realidad dual: por un lado, es una realidad jurídica (identificación de la empresa con una razón social determinada que le permite asumir derechos y obligaciones); por otro, es una realidad organizacional (presencia vigente de una jefatura o dirección que controla la ejecución del trabajo que se aprovecha).

Puede que ambas realidades coincidan (una razón social puede cubrir una sola organización empresarial), o no (dos o más razones sociales pueden ser la cara jurídica de una sola organización empresarial más amplia, la que aprovecha el trabajo contratado por esas razones sociales separadamente). Es posible también que la empresa sufra cambios jurídicos sin que se altere su organización de trabajo, lo cual es reconocido expresamente en el artículo 4 del Código del Trabajo.

Así, en la práctica hay un debate entre el concepto legal de empresa y el concepto de empleador⁵⁰, que alude a la realidad organizacional de aquella. Acá es donde entra a aplicarse el principio de primacía de la realidad. En caso de discordar el concepto de empresa con la identificación del empleador, siempre debe primar lo segundo, imputándose como empleador a quien organiza, dirige y aprovecha una prestación de trabajo, sin importar si coincide con la razón social que consta en el contrato de trabajo.

El problema se presenta, en estricto rigor, cuando se debe detectar a una sociedad que se comporta como empleadora sin aparecer como tal en dicho contrato. Dicho problema se agrava si se analiza el supuesto en que la titularidad del trabajo involucrado es compartida por varias sociedades, las que operan en conjunto y coetáneamente en el aprovechamiento del trabajo realizado.

Enfrentada a este problema, la jurisprudencia nacional ha construido paulatinamente una doctrina que tiene como estandarte principal la aplicación del principio interpretativo de primacía de la realidad, la que "se opone frontalmente a la inviolabilidad de la identidad legal de empresa. De esta forma, se ha aceptado que sí es posible imputar responsabilidades legales a sociedades empresariales por relaciones laborales que no pactaron por sí mismas pero en las que sí se involucraron directamente, dirigiendo el trabajo contratado o sacando provecho de él"⁵¹. Dicha doctrina es la conocida como "unidad económica de empresa".

⁴⁹ Oficio del Poder Ejecutivo N° 41-362 del 21 de abril de 2014, en el boletín N° 4456-14.

⁵⁰ El artículo 3 del Código del Trabajo, en su letra a), sostiene que para todos los efectos legales se entiende por empleador a "la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo".

⁵¹ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 67.

3.2. LA DOCTRINA DE LA UNIDAD ECONÓMICA DE EMPRESA.

Al presentar el concepto de empresa contenido en el Código del Trabajo tantos problemas prácticos por su marcado formalismo, el cual se presta para confusiones y prácticas fraudulentas por parte de los empleadores para con sus trabajadores, han sido los tribunales con competencia laboral los encargados de poner orden en el asunto, los que con gran creatividad y sentido de la justicia han tomado el principio interpretativo de primacía de la realidad y lo han aplicado directamente, consiguiendo así las mayores victorias en cuanto al sometimiento de la diversidad jurídica de las empresas al ordenamiento jurídico laboral. Agrega Ugarte (antes de la reforma impulsada por la Ley N° 20.760) que, al menos en la dimensión de los derechos laborales individuales, la jurisprudencia judicial (incluyendo la de la Corte Suprema) no ha permitido que el uso de las formas sociales impongan fraudulentamente un empleador aparente, lo que había hecho que el debate político sobre la reforma del concepto de empresa fuera prácticamente estéril⁵².

Una de las principales herramientas con que los jueces han contado en la formación de esta construcción jurisprudencial ha sido la llamada técnica del levantamiento del velo corporativo, la cual tiene su origen en el derecho comparado (en la jurisprudencia estadounidense se denomina "disregard of legal entity"), y que puede entenderse como un "remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se haya revestido un grupo de personas o bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular"⁵³.

En la normativa comparada, para levantar este velo se han utilizado mecanismos como "la despersonalización del empleador; la aplicación del principio de primacía de la realidad; la valoración de elementos como el poder de dirección, la existencia de una comunidad de trabajadores, o la identidad o complementariedad de las actividades efectuadas en distintos lugares"⁵⁴.

La técnica del levantamiento del velo en materia de Derecho del Trabajo no hace más que obedecer a la idea ya enunciada de distanciarse de la veneración y cumplimiento excesivamente literal del formalismo jurídico. Así, la principal posibilidad que le otorga al juez es la de apreciar materialmente las discordancias existentes entre la verdad formal -es decir, la personalidad jurídica- y la verdad material -constituido por el real empleador o el real patrimonio de este-. No se trata de invalidar a la persona jurídica que se examina judicialmente, ese no es el fin, sino que se busca dar protección efectiva a los intereses resguardados por el ordenamiento jurídico que se vean vulnerados por el uso abusivo de

⁵² UGARTE, José Luis, El concepto legal de empresa y el Derecho Laboral: cómo salir del laberinto, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 20, julio de 2013, p. 185.

⁵³ DOBSON, Juan, El abuso de la personalidad jurídica en el derecho privado, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 11.

⁵⁴ DE LUCA, Rafaelle y PERULLI, Adalberto, Informe General Tema II: Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva, XVIII Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2006.

la identidad legal determinada de una empresa⁵⁵. Así, "con la aplicación de la técnica del levantamiento del velo corporativo a un grupo de sociedades que operan conjuntamente en el ámbito laboral, no se crea un nuevo sujeto de derecho, sino que se detecta un nuevo centro de imputación jurídica que no le da virtualidad jurídica al grupo empresarial, pero sí permite perseguir judicialmente a las sociedades que lo integran"⁵⁶.

Sin embargo, al ser este "nuevo centro de imputación jurídica" un ente carente de identidad legal, no se le puede condenar directamente al pago de las obligaciones laborales y previsionales, por lo que se hace es considerar solidariamente responsables a todas y cada una de las sociedades que conforman este nuevo centro.

Lo que ha hecho la jurisprudencia judicial chilena en el desarrollo de la doctrina de la unidad económica de la empresa es configurar, paulatina y sistemáticamente, indicios. Estos indicios operan como indicadores que advierten al juez que, en la práctica, existen ciertas concordancias entre dos o más sociedades en cuanto a la utilización del trabajo contratado por una de ellas, o bien, que en realidad existe una organización común que, de fondo, imparte instrucciones a dichas sociedades en cuanto a la forma que debe organizarse el trabajo.

El avance de los indicios es el propio de la mayoría de las materias que son objeto de construcción casuística por parte de los tribunales: con el paso del tiempo y la sucesiva, periódica y constante aplicación del principio de primacía de la realidad y del uso de técnicas como el levantamiento del velo corporativo, el asentamiento y el contenido de dichos indicios se ha sofisticado, dado el creciente conocimiento que van teniendo los jueces en la materia, el que les permite ser más versátiles⁵⁷ a la hora de aplicar la doctrina de la unidad económica.

Así, los primeros indicios desarrollados en base a "elementos claros y de fácil detección (igual dueño, domicilio y representante legal)" tenían un marcado tinte formalista. Recién en el año 2002 se comenzaron a formar y a aplicar indicios más materiales, que buscaban descubrir una dirección común del trabajo entre un grupo de empresas. De esta manera, la Corte Suprema, en sendos fallos (Rol N° 4877-2001; Rol N° 4005-2002) reconoció y aplicó estos indicios.

En el caso del primer fallo citado, ni siquiera existían los indicios de coincidencia de dueños o domicilios, por encontrarse los trabajadores en un régimen de subcontratación, aplicándose únicamente el novedoso indicio de poder de dirección del trabajo, así como la lógica, la experiencia, la equidad y los principios rectores del Derecho del Trabajo (considerando noveno de la sentencia de reemplazo).

Respecto de la segunda sentencia mencionada, la Corte Suprema, acogiendo un recurso de casación en el fondo, hizo aplicación de la figura del "holding" de empresas,

⁵⁵ LÓPEZ DÍAZ, Patricia, La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica, LexisNexis, 2003, pp. 69 y 74.

⁵⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 62.

⁵⁷ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, op. cit., p. 68.

exponiendo en su considerando sexto que "ya está dicho que las empresas individualizadas, aparte de tener la calidad de relacionadas, se ordenan bajo una misma dirección, lo que las hace actuar ante los trabajadores y terceros como unidad económica", para lo cual se valieron de la aplicación del principio de primacía de la realidad (considerando cuarto).

Otro fallo emblemático que contribuyó a la sofisticación, depuración y especificación de los indicios es el Rol N° 1595-2001 del 6° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, y que fue ratificado por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema. Un trabajador demandó a una sociedad (no a la que lo había contratado) por despido indirecto, al ser la cabeza de un holding de siete empresas, una de las cuales era su empleador (y que estaba a cargo de los servicios administrativos de todas las otras sociedades del grupo), la cual quebró. Dicho trabajador, al ser capaz de acreditar en juicio que una sociedad distinta de la que formalmente aparecía como su empleadora era la que en realidad le pagaba sus remuneraciones, obtuvo un fallo favorable, condenando el mencionado tribunal a la sociedad que aquél demandó, por ser el holding que esta presidía, en materia laboral, una sola empresa. ¿Por qué es novedoso el razonamiento del tribunal? Se pueden argüir dos principales razones: por una parte, se continúa con la mencionada sofisticación de los indicios, aplicándose como tal en este caso la apreciación de quién efectivamente paga la remuneración al trabajador; y en segundo lugar, porque la condena se dirigió no contra todas las sociedades que formaban el holding, sino solo a la empresa dominante, ya que la que aparecía como empleadora era insolvente.

¿Cuál es el efecto de la declaración de la unidad económica empresarial en sede judicial? antes de la Ley N° 20.760, dicha declaración implicaba la atribución de responsabilidad patrimonial a todas y cada una de las sociedades implicadas, indistintamente, a las que se les condenaba conjuntamente al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que corresponda. También podía suceder que fueran condenadas solidariamente a responder por las deudas. La ley en comento cambió dicha práctica judicial, al establecer expresamente que dichas empresas serán responsables solidariamente del pago de dichas deudas.

El breve estudio de la doctrina de la unidad económica como mecanismo para declarar la existencia de un empleador común en este trabajo viene dado por la siguiente interrogante: ¿por qué dicha doctrina ha tenido una importancia capital en este tema, y no así la aplicación y el desarrollo del ilícito de subterfugio, contemplado en el Código del Trabajo desde el año 2001? Diego López explica este fenómeno tomando en cuenta ciertas variables, como la complejidad jurídica que representaba esta figura en los primeros años en que apareció, lo que favoreció la continuidad en el desarrollo y especificación de la doctrina de la unidad económica y el hecho de que igualmente se deban aplicar ciertos indicios para poder determinar quién es el verdadero empleador con el objeto de poder dictar una sentencia condenatoria en materia de subterfugio⁵⁸.

⁵⁸ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 64.

Finalmente, la otra variable consiste en la limitante (impropia, ya que no le correspondía formularla) que la Corte Suprema impuso a la figura del subterfugio en sus fallos, en orden a exigir que para que dicho ilícito sea sancionado, debe demostrarse algún tipo de animosidad por parte del sujeto que lo utiliza (requisito que antes de la Ley N° 20.760 no era exigido por el artículo 507 del Código del Trabajo, dando lugar a una amplia gama de conductas que podían subsumirse dentro del concepto de subterfugio), considerando además la conducta desplegada y la capacidad de producir los resultados lesivos establecidos en la ley, resultando forzoso, según este Tribunal, examinar el ámbito subjetivo del comportamiento realizado, lo que hizo aún más difícil que dicha figura fuera aplicada por los tribunales⁵⁹.

4. LA LEY N° 20.760: ¿AVANCE REAL O CORTINA DE HUMO?

El año pasado vio la modificación del concepto legal de empresa (en estricto rigor, se modificó el artículo 3 del Código del Trabajo) y del artículo 507 del Código del Trabajo, a través de la Ley N° 20.760, que establece supuesto de multiplicidad de razones sociales consideradas un solo empleador, y sus efectos.

En el año 2006, un grupo de diputados presentó una moción parlamentaria en orden a suprimir el concepto de empresa. El ejecutivo presentó indicaciones a dicho proyecto: la primera, el 2011, y la segunda, el 2014. Ambas indicaciones presentan la similitud de no considerar necesario ni conveniente eliminar el concepto de empresa. Fue la segunda indicación la que se aprobó como Ley de la República⁶⁰.

El 2012, el gobierno de Sebastián Piñera, a través de la entonces Ministra del Trabajo Evelyn Matthei, presentó un proyecto para regular el tema del "Multirut", el cual guarda una asombrosa (y espeluznante) similitud con el proyecto de ley que se transformaría finalmente en la Ley N° 20.760.

El proyecto de 2012 presentaba la siguiente norma: "Constituyen un mismo empleador dos o más empresas relacionadas entre sí por un vínculo de propiedad, cuando concurren a su respecto las siguientes condiciones: desarrollen un mismo negocio específico, o negocios directamente complementarios y estén sujetas a una misma dirección y control laboral en una relación de dependencia y subordinación. La mera circunstancia de participación en la propiedad de una empresa, no configura por sí sola alguna de las condiciones establecidas en el inciso anterior". Como se verá, si se compara esta norma con la finalmente incluida en la reforma propulsada por la Ley en estudio, las similitudes son claras. Por suerte, se eliminó en dicha ley la "comisión de expertos empresariales"

⁵⁹ Sentencia Rol N° 3874-2008 del 13 de octubre del 2008

⁶⁰ ROJAS, Irene, Por qué la Ley del "Multirut" constituye un retroceso en los derechos de los trabajadores, ob. cit.

que iba a solucionar estos conflictos, una desvergonzada idea propuesta en el proyecto de Matthei⁶¹.

Los fundamentos de esta reforma legal pueden encontrarse en el Oficio N° 41-362 del 21 de abril de 2014⁶², a través del cual el Ejecutivo formuló indicaciones al proyecto de ley sobre modificaciones al concepto de empresa. Dicho documento establece que "se propone introducir una modificación legal que permita generar transparencia en la forma en que se organizan jurídicamente las empresas, asegurando autonomía y libertad a los empleadores para dotarse de la organización empresarial que estimen más adecuada, sin que con esta determinación se afecten negativamente los derechos individuales y colectivos de sus trabajadores".

Continúa diciendo, con un compromiso antes nunca visto, que también se debe asegurar a los trabajadores, a través de sus organizaciones sindicales, que "puedan negociar colectivamente, en la misma oportunidad, y a través de un mismo proceso legal, con su empleador real, independiente de la forma jurídica en que éste haya decidido organizarse. Es decir, se apunta a buscar y relevar el verdadero empleador a partir de la existencia de dos o más empresas que tengan una dirección laboral común".

En otras palabras, lo que hace esta ley es recepcionar en toda su dimensión la doctrina de la unidad económica de empresa, ya analizada, siendo consciente el legislador de que esta es la forma más efectiva de hacer frente a las confusiones que se evidencian para los trabajadores como consecuencia de los grupos de empresa, y a las injusticias que trae aparejada la figura ilícita del "Multirut".

Diego López advierte que la nueva ley apunta (o debería apuntar) no a perturbar la aplicación de la doctrina de la unidad económica de empresa, sino que a consolidarla, otorgándole un campo de acción claro⁶³. Por la amplitud de los elementos (tanto los reconocidos por la ley como los contruidos por la doctrina judicial), los resultados variarán caso a caso, pero esto no obsta a que efectivamente haya una inclinación jurisprudencial clara en orden a declarar la existencia de un empleador común por parte de la jurisprudencia judicial chilena, tal como lo reconoció expresamente la Corte Suprema, en un fallo dictado sólo dos semanas después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.760⁶⁴.

El nuevo artículo 3 del Código del Trabajo, inciso 3° define a la empresa de la siguiente forma: "Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por

⁶¹ UGARTE, José Luis, Multirut: mortalmente parecidos, publicado en El Mostrador en 2014, <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/04/24/multirut-mortalmente-parecidos/>, consultado el 9 de diciembre de 2015.

⁶² Citado por el Dictamen N° 3406/054 de la Dirección del Trabajo, de 3 de septiembre de 2014.

⁶³ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 85.

⁶⁴ Sentencia Rol N° 16.310-2013, de 23 de julio de 2014. En sede de unificación de jurisprudencia, este tribunal señaló que la discusión jurisprudencial sobre la diversa apreciación de los hechos en cada caso sobre si concurren o no los indicios constitutivos de una unidad económica de empresa no altera en absoluto la orientación jurisprudencial de los tribunales superiores en orden a reconocer esta realidad.

empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

La Ley N° 20.760 modificó la frase "bajo una dirección" por "bajo la dirección de un empleador", "agregando que lo que identifica a la empresa en materia laboral y la distingue de otras organizaciones, es que funciona con una dirección particular: la que es propia de un empleador (...) En otros términos: lo que realmente identifica a una empresa para efectos laborales es la existencia de la autoridad de un empleador sobre los trabajadores que trabajan para ella. Sin empleador no hay empresa para la ley laboral; identificar una empresa es, en esencia, identificar al empleador"⁶⁵.

Diego López agrega que esta modificación es bastante beneficiosa, ya que deja el requisito de la "identidad legal determinada" en un segundo plano, como un elemento accesorio, concurrente con la noción de empleador y subordinado a dicho concepto⁶⁶.

Para la profesora Irene Rojas, sin embargo, este no supone un gran cambio, ya que "se perdió una oportunidad de derogar un concepto erróneo, que no existe en ningún sistema comparado y que, además, ha incidido en la masificación de estas entidades ilícitas denominadas 'Multirut'"⁶⁷.

Es por eso que esta modificación, si bien apunta a esclarecer el problema de la determinación de la empresa que debe responder por las obligaciones para con los trabajadores, sería absolutamente irrelevante sin los incisos que la misma ley en comento agregó al artículo 3.

En efecto, ahora el Código del Trabajo, en el mencionado artículo 3 inciso 4°, en lo que supone un avance significativo, establece que se considerarán dos o más empresas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales cuando se presenten a su respecto dos requisitos:

- a) Cuando dichas empresas tengan una dirección laboral común, y;
- b) Cuando concurran a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común.

El novedoso inciso 6° del artículo 3 señala que las empresas que cumplan lo dispuesto en el inciso 4° serán solidariamente responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales emanadas de la ley, de los contratos individuales o de instrumentos colectivos. Se zanja así la disyuntiva de determinar si las empresas declaradas judicialmente como un solo empleador son condenadas de manera conjunta o "indistintamente", decantándose la Ley N° 20.760 por la responsabilidad solidaria.

⁶⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 79.

⁶⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 80.

⁶⁷ ROJAS, Irene, Por qué la Ley del "Multirut" constituye un retroceso en los derechos de los trabajadores, ob. cit.

Menester es realizar dos aclaraciones interpretativas en relación a este precepto. En primer lugar, los indicios contemplados en este inciso deben ser considerados como meramente enunciativos (se desprende de su redacción, al emplear el legislador el término "tales como"), de acuerdo a lo dispuesto en la historia de la ley, y no deben tener en ningún caso un sentido taxativo.

Por otra parte, si bien de la redacción del inciso 4° de este artículo 3 podría desprenderse el carácter copulativo de ambos requisitos, esta interpretación ha sido desechada desde la tramitación de la ley, pues la entonces Ministra del Trabajo, Javiera Blanco, en sesión de la Comisión del Trabajo y Previsión Social del senado, en mayo de 2014 "aclaró que los requisitos no son copulativos y lo esencial y definitivo que siempre debe estar es la identificación de la dirección laboral común, cuyo concepto dice relación con el vínculo de subordinación, con quien manda o dirige una unidad económica y toma decisiones de contratación y despido"⁶⁸.

Ahora, en cuanto a lo que debe entenderse por "dirección laboral común", se ha dicho que lo distintivo de esta expresión es "que las circunstancias en las que se realiza el trabajo contratado por las sociedades agrupadas, manifiesten que en realidad ellas no operan autónomamente, sino que sus decisiones son comunes y concordantes con las de otras sociedades (sea que todas ellas se someten a una autoridad identificable; sea que coordinen sus decisiones para lograr propósitos comunes), lo que permite un funcionamiento coordinado en la gestión del trabajo que todas ellas utilizan"⁶⁹.

Respecto al alcance que en la práctica podrían tener las "condiciones de similitud o necesaria complementariedad", la opinión ha sido más pesimista. Así, Ugarte señala que dichas condiciones podrían verse como un retroceso en la materia, poniendo como ejemplo a una empresa del retail. "De más está decir que no es difícil imaginar a los abogados de estas empresas frotarse las manos para decir que, pese a ser un solo empleador, 'sus negocios no son similares' o 'no no son complementarios' –la sección corbatas no es complementaria de la sección lavadoras, ambas pueden funcionar por separado, dirán con satisfacción, prendiendo un velita al altar de la falta de resolución del nuevo Gobierno—"⁷⁰.

Agrega la Ley en el siguiente inciso que la sola participación en el dominio de dichas empresas no configura ninguna de las condiciones señaladas. Asimismo, corresponde a los tribunales de justicia con competencia en lo laboral, previo informe de la Dirección del Trabajo, calificar dicha situación.

El inciso octavo del artículo 3 del Código del Trabajo, también incorporado por la Ley N° 20.760, puede considerarse la adición más importante a dicho cuerpo normativo,

⁶⁸ Historia de la Ley N° 20.760, p. 388. En el mismo sentido, Ord. 3406/054 de la Dirección del Trabajo, del 3 de septiembre de 2014, p. 7, que establece a la dirección laboral común como elemento imprescindible, considerando a los demás requisitos como elementos de carácter indiciario, que de concurrir, refuerzan al requisito determinante.

⁶⁹ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 87.

⁷⁰ UGARTE, José Luis, Multirut: mortalmente parecidos, ob. cit.

principalmente por los reconocimientos y los derechos que contempla a favor de los trabajadores, permitiéndoles constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o bien, mantener las organizaciones sindicales ya existentes cuando se esté ante la situación en la cual dos o más empresas sean consideradas un solo empleador; dándoles la posibilidad de negociar colectivamente con todas o con cada una de las empresas involucradas en esta declaración. Reconoce también el derecho de un sindicato interempresa que agrupe solamente a trabajadores de empresas declaradas como un solo empleador a presentar proyectos de contratos colectivos, viéndose obligado el empleador a negociar dichos proyectos con estos sindicatos.

La Dirección del Trabajo ha precisado que un sindicato de empresa no ve alterada su naturaleza por afiliar a trabajadores de otras empresas que comprendan al empleador común; asimismo, un sindicato interempresa no necesita modificar sus estatutos para ejercer el derecho a negociar colectivamente⁷¹.

Podría argüirse que las reformas introducidas por esta ley al concepto legal de empresa reconocen al fin la doctrina de la unidad económica, amparando legalmente a los trabajadores, pero es bueno traer a colación palabras del profesor Ugarte: "En lo que de verdad importa, todo sigue exactamente igual que antes de la aprobación de esta Ley del Multirut: no hay negociación colectiva por rama o sector, el derecho a huelga no es reconocido efectivamente y los grupos negociadores seguirán compitiendo deslealmente con los sindicatos"⁷².

⁷¹ Dictamen N° 3406/054 de la Dirección del Trabajo, 3 de septiembre de 2014, p. 9.

⁷² UGARTE, José Luis, Ley de Multirut: de vuelta a los gloriosos 90, ob. cit.

CAPÍTULO SEGUNDO EL SUBTERFUGIO COMO ILÍCITO EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO

El ilícito contemplado en el artículo 507 del Código del Trabajo nunca ha sido objeto sistemático y principal de un análisis pormenorizado por parte de la doctrina laboralista. Es por eso que es menester hacer la aclaración en orden a reconocer la abundante influencia y citas que en este capítulo se encontrarán del libro *La empresa como unidad económica* de Diego López Fernández, único autor nacional que esboza una investigación más detallada de esta figura jurídica.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. LA APARICIÓN DEL SUBTERFUGIO: ¿PEOR ES NADA?

¿Cómo surge este ilícito complejo llamado subterfugio? Simplificando las cosas un poco, se podría dar la misma explicación que puede ofrecerse para explicar la existencia de la gran mayoría de las leyes de baja calidad que se encuentran vigentes en Chile: El subterfugio es producto de un acuerdo político tomado en el Congreso entre los diferentes sectores políticos.

Todo se remonta a la discusión del proyecto de ley que se transformaría en la Ley N° 19.759, que "modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica", publicada el 5 de octubre del 2001.

A través del Mensaje N° 136-343, del 28 de noviembre del 2000, el gobierno de Ricardo Lagos inicia un proyecto de ley que tenía por objeto propulsar una gran (cuantitativamente hablando) reforma al Código del Trabajo. Uno de los puntos centrales de dicha reforma venía dado por la modificación que se pretendía hacer al concepto legal de empresa.

En efecto, se buscaba, a través de dicha modificación, conectar los conceptos de empresa y empleador, haciéndolo concordante con otros artículos del Código del Trabajo en que se emplea la definición de empresa; y tomar la aplicación que del principio de primacía de la realidad habían hecho los tribunales en esta materia⁷³.

Así, en dicho proyecto de ley, se definía a la empresa de la siguiente manera: "Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos". Se eliminaba el término más problemático de la definición de empresa: la identidad legal determinada.

El 20 de marzo del 2001, el Gobierno formuló indicaciones al proyecto de ley que modificaba el Código del Trabajo (N° 352-343). Entre estas indicaciones estaba la

⁷³ Historia de la Ley N° 19.759, en www.leychile.cl/navegar/scripts/obtienearchivo?id.../10221.3/.../hl19759..., consultado el 11 de diciembre de 2015, p. 14.

propuesta de eliminación del concepto legal de empresa de dicho cuerpo normativo. Es decir, se retractaba de la simple modificación propuesta a la definición de empresa, para finalmente erradicar de raíz dicho concepto, conservando únicamente los conceptos de empleador y trabajador, quienes son los sujetos por antonomasia de la relación laboral⁷⁴.

Entre los mayores opositores a la modificación del concepto de empresa (para qué hablar de su eliminación) en el Senado, destacaba Edgardo Boeninger, quien temía que la interpretación amplia de la definición de empresa (es decir, sin el elemento individualidad legal determinada) fuera la puerta de entrada a negociaciones interempresa. Manifestó la importancia capital de no entorpecer en modo alguno el proceso de crecimiento y desarrollo de las empresas, cuál era el punto que realmente le preocupaba⁷⁵.

En el mismo sentido se pronunció la entonces senadora Evelyn Matthei, estableciendo que en estos casos, en que se tratan temas tan importantes como el aumento del empleo, y, por consiguiente, la disminución de la pobreza, se suele hablar "más con el corazón que con la razón"⁷⁶. Se valió de otros conceptos, en orden a alertar a los demás senadores del peligro de la reforma que se discutía, ya que traería aparejada una "dictadura de los sindicatos"⁷⁷, junto con la fatalidad que suponía para las empresas exportadoras el aumento de los costos para el reemplazo de trabajadores en huelga. En relación a la "dictadura de los sindicatos", es algo que aún no se ha observado. Al ser el futuro algo que nadie conoce, quizás éste le dé la razón a Matthei. O probablemente no.

Respecto a la eliminación del concepto de empresa del Código del Trabajo, el Ministro del Trabajo y Previsión Social de la época, Ricardo Solari, defendió esta propuesta, aduciendo que en ningún otro cuerpo normativo existe una definición de empresa, y que de acuerdo a la tradición legislativa en materia laboral, tampoco parece necesario un concepto de empresa en este ámbito, ya que su aparición se remonta recién a 1987.

En el segundo informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado se comienza a perfilar el tenor definitivo de la Ley N° 19.759, en que el Gobierno abandona la idea de eliminar el concepto de empresa del Código del Trabajo, proponiendo algún tipo de modificación al mismo y también viendo con buenos ojos la indicación que sugería la modificación del artículo 478 del mismo cuerpo, propuesta por un grupo de senadores - entre ellos, Edgardo Boeninger-

El clima de desconfianza que había entre los legisladores a la hora de debatir sobre la definición de empresa que entregaba la ley es explicado de gran manera por Diego López: "la imposibilidad de lograr un acuerdo legislativo para derogar el concepto legal de empresa del Código del Trabajo, llevó a la tramitación de la ley de reforma laboral del 2001 a un callejón sin salida. Muchos legisladores admitían que la referencia legal a la identidad societaria de una empresa para hacerla responsable de obligaciones laborales se prestaba para abusos generalizados que redundaban en perjuicios para los

⁷⁴ Historia de la Ley N° 19.759, ob. cit., p. 40.

⁷⁵ Historia de la Ley N° 19.759, ob. cit., p. 106.

⁷⁶ Citado textualmente de Historia de la Ley N° 19.759, ob. cit., p. 219.

⁷⁷ Citado textualmente de Historia de la Ley N° 19.759, ob. cit., pp. 221-222.

trabajadores, pero muchos de ellos tenían recelos de derogar sin más esa exigencia legal, temiendo que las empresas enfrentarían reivindicaciones laborales desmedidas⁷⁸.

Continúa López diciendo que entre los muchos argumentos que se presentaron en orden a rechazar la supresión del concepto legal de empresa (algunos francamente extraños⁷⁹), uno de ellos establecía que "la actual definición de empresa no ha dado lugar a problemas"⁸⁰.

De todos los fundamentos, el que fue considerado por gran parte del Legislativo como el más elocuente fue "el temor a que sin un concepto legal de empresa sobrevendría una avalancha de exigencias y demandas laborales que apabullaría a muchos emprendedores, especialmente a los más pequeños"⁸¹.

Este temor fue infundido en gran parte por un grupo de parlamentarios que, sistemáticamente, demonizaron (de manera bastante poco seria) la negociación colectiva interempresa, señalando que la falta o la eliminación de la frase "dotada de una individualidad legal determinada" sería el inicio de una avalancha de este tipo de negociaciones⁸².

Efectivamente, fueron bastante poco serias las acusaciones, básicamente porque "eliminar la posibilidad de que empresarios inescrupulosos cometan abusos contra sus trabajadores mediante la superposición de diversas razones sociales debiera ser una buena noticia para todos (también para los empresarios que soportan los costos de un cumplimiento laboral en regla y deben enfrentar la competencia de quienes sacan ventajas ilegítimas eludiendo ese cumplimiento)"⁸³.

Además, no existen motivos reales para creer que la eliminación del concepto legal de empresa generará una inseguridad jurídica. Si se llega a eliminar la definición de empresa del Código del Trabajo, se imputarán las responsabilidades que la ley establece a quienes se comporten como empleadores en la realidad.

Por otra parte, no hay sustento empírico en los argumentos que esgrimen que la derogación del concepto de empresa traería como consecuencia el aumento desmedido de las negociaciones colectivas interempresa o por rama. De hecho, aún sin un concepto de empresa en el Código del Trabajo no podría negociarse libremente por sobre el ámbito de la empresa en Chile, ya que una serie de prohibiciones y obstáculos que son herencia directa del Plan Laboral y que permanecen fuertemente vigentes y sólidamente arraigados lo impiden. La posibilidad de que estas negociaciones se den en Chile pasa por la reforma

⁷⁸ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 35.

⁷⁹ Así, el senador Beltrán Urenda señaló que el concepto de empresa tenía un carácter prominentemente "moral", que dejaba constancia de que ésta se trataba de una conjunción de empleadores y trabajadores en orden a la consecución de determinados objetivos, y que la eventual eliminación del mismo supondría un debilitamiento de este propósito. Historia de la Ley N° 19.759, ob. cit., p. 374.

⁸⁰ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés, Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo, ob. cit., p. 70.

⁸¹ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 35.

⁸² Principalmente Edgardo Boeninger. Historia de la Ley N° 19.759, ob. cit., pp. 106, 123, 194 y 372.

⁸³ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 35.

profunda a las normas sobre libertad sindical y negociación colectiva; o bien, a una doctrina judicial que fortalezca la doctrina de la unidad económica de empresa y la haga aplicable a la tutela de los derechos colectivos del trabajo.

Parece increíble, pero de pasar a discutir sobre si mantener o no el concepto de empresa en el Código del Trabajo, se terminó discutiendo si este era objeto de modificación, para finalmente optar (acuerdo político mediante) por mantenerlo inalterado. Ni un ápice del tenor legal de la definición que el artículo 3 del mencionado Código da de lo que se entiende por empresa fue tocado. Apenas se añadió un inciso final que advierte que de infraccionarse el concepto de empresa que da dicho artículo se aplicará lo dispuesto en el (también completamente nuevo) artículo 478 del cuerpo legal en comento.

Era menester hacer toda esta contextualización, porque precisamente como consecuencia de la imposibilidad de lograr un acuerdo en orden a eliminar o reformar el concepto legal de empresa, se acordó reformar el artículo 478 del Código del Trabajo, introduciendo la figura del subterfugio en la misma Ley N° 19.759.

La Ley N° 20.087, publicada el 3 de enero de 2006, que sustituyó el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, modificó la numeración de gran parte de los artículos de dicho Libro. Así, el subterfugio, de pasar a estar ubicado (junto con la simulación) en el artículo 478, pasó a estar situado en el artículo 507.

Después de 13 años, el subterfugio volvió a ser reestructurado el 2014, pero esta vez de fondo, mediante la Ley N° 20.760, que junto con reformular gran parte del artículo 3 (como ya se vio) del Código del Trabajo, modificó por completo el artículo 507.

Esta reforma tuvo como fundamento la creencia de que se debía perfeccionar el artículo 478 de dicho Código (actual artículo 507) para solucionar los abusos de las razones sociales por parte de las empresas, "por ser ésta la norma que sanciona tanto la simulación como los subterfugios en que pudieren incurrir los empleadores para los efectos de hacer difusa la figura del empleador"⁸⁴. Se verá la discusión detallada de esta ley más adelante.

2. EL SUBTERFUGIO LABORAL

Este ilícito laboral, como ya se dijo, aparece en el artículo 507 del Código del Trabajo, como resultado del tira y afloja político durante la discusión parlamentaria que culminaría en la reforma a dicho cuerpo en el año 2001, mediante la Ley N° 19.759. La figura del subterfugio volvió a ser modificada en el 2014, a través de la Ley N° 20.760.

⁸⁴ Historia de la Ley N° 20.760, www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id...3/.../2/HL20760..., consultado el 11 de diciembre de 2015, p. 31.

2.1. LA FIGURA DEL SUBTERFUGIO ANTES DE LA LEY N° 20.760

Junto con la modificación al artículo 478 del Código del Trabajo, la Ley N° 19.759 añadió un inciso final al artículo 3, señalando en aquél que "las infracciones a las normas que regulan las entidades a las que se refiere este artículo se sancionarán de conformidad a lo dispuesto en el artículo 478 de este Código". La única entidad definida (no regulada) en el artículo 3 es la empresa.

Diego López critica el tenor de este nuevo inciso, pues un concepto legal no puede infraccionarse, ya que si este no coincide con una situación específica, debe buscarse otro concepto diferente que sí identifique lo que está ocurriendo. Continúa argumentando que, en realidad, lo que se quiso decir es que cualquier elemento de la definición legal de empresa puede ser utilizado por el empleador para eludir obligaciones laborales. De todos estos elementos, como ya se vio, el más empleado es el de la individualidad legal determinada. López ve esto como un gran paso, ya que se reconoce, a nivel legislativo, la desconfianza hacia el concepto legal de empresa que se había establecido en la jurisprudencia, el que puede servir como instrumento de abuso contra los trabajadores y para violar la ley. Si esto ocurre, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 507 del Código del Trabajo⁸⁵.

¿Qué se entiende por "subterfugio"? el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española lo define como "efugio, escapatoria, excusa artificiosa". El Código del Trabajo, por su parte, en su artículo 507 inciso 3° N° 3, contempla una noción de subterfugio, entendiéndolo como la ocultación, disfraz o alteración de la individualización o patrimonio del empleador, que haya tenido como resultado la elusión del cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención.

El subterfugio, antes de la modificación que supuso la entrada en vigencia de la Ley N° 20.760, era (en base a su tenor legal y a todas luces) un ilícito de resultado. Es decir, no se necesitaba probar dolo o intencionalidad alguna del que lo cometía, sino que únicamente bastaba comprobar que hubo un uso ilegítimo de la identidad societaria por el cual el empleador logró abusar de sus trabajadores, ocultando su identidad real o disfrazando su patrimonio efectivo⁸⁶.

Así lo entendió, por ejemplo, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, el cual en sentencia RIT O-1601-2011 del 28 de diciembre de 2013, considerando 10.2, expone que "la norma del artículo 507 tantas veces citada, constituye un límite normativo objetivo a la descentralización productiva y en lo que hace a la división de la empresa en diversas sociedades formalmente independientes al amparo del artículo 3 del Código del Trabajo, tipifica un ilícito de resultado al considerar en el concepto de "subterfugio" al establecimiento de razones sociales distintas, la creación de entidades legales, la división de la empresa u otras 'que signifiquen para los trabajadores, disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos en especial, entre los primeros, las

⁸⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 36.

⁸⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 37.

gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho de sindicalización o a negociar colectivamente."

Continúa dicha magistratura exponiendo (en el mismo considerando) que "la objetividad o tipificación por resultado del ilícito, al margen de la faz subjetiva de la conducta, viene reforzada armónicamente en el texto del precepto ya en el inciso precedente, cuando expresamente se hace referencia a la faz objetiva del ilícito, empleándose la voz 'resultado', al aludir el legislador al efecto lesivo para los derechos laborales de las figuras que reprime el precepto."

En este mismo sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Iquique, la cual en la sentencia Rol N° 52-2004 del 15 de abril de 2004, condenó a las empresas pertenecientes a un "holding" a pagar las deudas que tenían para con un trabajador demandante, puesto que, como señala su considerando cuarto, "aún cuando no pueda estimarse que este holding empresarial denominado 'Empresas Toledo', constituido por las empresas demandadas, se haya formado con una finalidad ilícita para eludir impuestos o derechos laborales, sino que más bien con una finalidad de visión empresarial, no por ello debe significar que en el hecho se vulneren derechos de trabajadores, como sería en el caso sub lite, ya que como pretende la demandada al circunscribir la responsabilidad del empleador a la empresa que aparece suscribiendo el contrato de fojas 1 (17), significaría exonerar de responsabilidad a personas naturales o jurídicas que si se beneficiaron con la labor del trabajador demandante."

La Corte de Apelaciones de Talca también ha adoptado esta doctrina, y en la sentencia de reemplazo (por haberse acogido un recurso de nulidad que invalidó la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó) Rol N° 50-2010, en su considerando séptimo, argumenta que se está en presencia de "una típica figura de subterfugio laboral en que un empleador incumple una norma legal determinada mediante otra conducta aparente y formalmente ajustada a la ley, pero que encubre la elusión de la primera. La conducta en cuestión corresponde al ocultamiento, disfraz o alteración de la calidad de empleador mediante la intervención de un tercero, lo que posibilita eludir las obligaciones laborales y previsionales por aquel sujeto que, en los hechos, utiliza y se favorece de las prestaciones otorgadas bajo vínculo de subordinación y dependencia". No hay exigencia de mala fe por parte del empleador para entender configurado el subterfugio.

La misma línea doctrinal es seguida y desarrollada por la autora Lucía Planet, para quien el subterfugio es y debe entenderse como un ilícito de resultado. Esto porque el tenor y la finalidad de la norma contenida en el artículo 507 del Código del Trabajo se dirige directamente a resguardar el menoscabo de los derechos laborales de los trabajadores. Además, establece que la misma Ley N° 19.759 de 2001 eliminó la expresión "dolosamente" del artículo 478 (actual 507) del Código del Trabajo. Termina argumentando que de exigirse intencionalidad al subterfugio, todo subterfugio quedaría

incluido dentro de las prácticas desleales contenidas en el artículo 387 letra c) (en materia de negociación colectiva) del cuerpo legal en comentario⁸⁷.

Sin embargo, hay otra parte de la doctrina que estima que es irracional pensar en la comisión de un ilícito como el subterfugio sin una intencionalidad por parte de quien incurre en él. Esta es la visión que sustenta el profesor Claudio Palavecino⁸⁸, quien fundamenta esta idea en la pertenencia del subterfugio y la simulación a los ilícitos laborales, los que se encuadran dentro de lo que es el Derecho administrativo sancionador.

Palavecino, argumentando su postura, cita al profesor Eduardo Cordero, quien señala que, ya sea por su eventual reconocimiento constitucional, o porque los principios del orden penal constituyen derecho común para el poder punitivo estatal, la culpabilidad supone uno de los principios del Derecho penal administrativo⁸⁹.

También sigue esta línea argumentativa el abogado Felipe Navarrete, quien establece que al utilizar el artículo 507 los verbos rectores "ocultar, disfrazar o alterar", se está sugiriendo la idea de que, además del resultado dañoso -eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención-, se requiere aún un ánimo especial de defraudar en la acción encaminada a ese fin⁹⁰.

En esta última dirección se ha pronunciado la Corte Suprema, en orden a requerir, para la declaración judicial de la existencia del subterfugio, de algún tipo de intencionalidad por parte del infractor. La ya mencionada sentencia Rol N° 3874-2008 del 13 de octubre de 2008, que rechazó un recurso de casación en el fondo, lo declara así, atendiendo no sólo a la conducta y a su resultado, sino que también a los móviles que la motivan y a la capacidad de producir dicho resultado.

El considerando noveno del fallo citado establece lo siguiente: "las conductas de ocultamiento o de disfraz que la disposición [el artículo 507] contempla como formas comisivas poseen un componente subjetivo notorio, que lo vincula en forma inescindible al resultado lesivo indispensable para la configuración del ilícito laboral analizado. De esta manera, si lo que el legislador laboral ha pretendido es sancionar el subterfugio que tiene como resultado la elusión del cumplimiento de obligaciones laborales o previsionales, que signifiquen disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, no puede soslayarse -por expresa exigencia de la norma- que dicha conducta debe ser realizada a través de maniobras de ocultamiento, disfraz o alteración, que exigen atender

⁸⁷ PLANET SEPÚLVEDA, Lucía, El grupo de empresas y la negociación colectiva, en Gaceta Jurídica, N° 391, 2013, p. 17.

⁸⁸ PALAVECINO, Claudio, La simulación y el subterfugio laborales, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 4, N° 7, 2013, p. 18.

⁸⁹ Cordero, Eduardo, Sanciones administrativas y culpabilidad, en El Mercurio Legal del 6 de marzo de 2013, citado por PALAVECINO, Claudio, La simulación y el subterfugio laborales, ob. cit., p. 18.

⁹⁰ NAVARRETE PEÑA, Felipe, Comentario al Mensaje Presidencial que "formula indicaciones al proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa", en Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 30, julio de 2014, p. 475.

al sujeto activo que comete el artificio además de la necesaria comprobación del perjuicio. Así, entonces, no basta con la mera producción del resultado, sino que es necesario atender a la conducta desplegada, su capacidad de provocar la consecuencia que el legislador laboral ha pretendido desalentar y, por ende, a los móviles de la misma, aspecto en el que es forzoso examinar el aspecto subjetivo del comportamiento realizado, elementos respecto de los cuales no existe indicio en autos." Uno de los ministros que estaba presente era el Sr. Patricio Valdés.

Caso curioso es el presentado en la sentencia Rol 8482-2010 de la Corte Suprema, pronunciada el 22 de julio de 2011, que acogió parcialmente un recurso de casación en el fondo interpuesto por dos inmobiliarias y dos otras personas, las cuales habían sido declaradas como un solo empleador, constitutivas de subterfugio laboral y condenadas solidariamente al pago de las obligaciones laborales y previsionales que adeudaban a una trabajadora, por cuanto la posibilidad de condenar solidariamente se preveía únicamente para la simulación, no así para el subterfugio. Sin embargo, la condena por subterfugio se mantuvo, por tres votos contra dos, sin exigir para la verificación de dicha conducta una intencionalidad por parte del empleador (considerando vigesimoprimer).

Los dos magistrados que votaron por acoger en su totalidad el recurso de casación en el fondo deducido por los demandados, los ministros Patricio Valdés (quién nuevamente trató de hacer prevalecer su doctrina, ya expuesta en el caso anteriormente tratado) y Gabriela Pérez, señalaron que el artículo 507 emplea, por un lado, la voz "alteración", que exige una mutación de la forma revestida por el empleador; y por otro, la voz "ocultamiento", que requiere del empleador un componente subjetivo en su conducta, en orden a defraudar a los trabajadores en el pago de las obligaciones laborales y/o previsionales, ambos requisitos inexistentes en el caso en concreto.

López trata de explicar esta tendencia de la Corte, diciendo que probablemente el requerimiento de intencionalidad para declarar el subterfugio no se deba a que dicho tribunal considere a esta figura como "un ilícito diferente a una infracción a la ley que no requiere comprobación de animosidad infractora para sancionarse, sino como una forma de poner límites al extremadamente amplio abanico de posibles situaciones que pueden constituir subterfugio laboral".

Continúa diciendo que el establecimiento del subterfugio es uno de los casos en que el legislador, no considerando como suficiente la descripción de la conducta, da ejemplos sobre cómo puede manifestarse el ilícito, tendencia que ha ido cada vez más al alza en los últimos tiempos. La amplitud de los casos de subterfugio contemplados en la ley es tan grande, que es necesario preguntarse si no era mejor eliminar derechamente el concepto legal de empresa, en vez de consagrar este ilícito complejo que puede tener alcances insospechados⁹¹.

En efecto, el artículo 507 en su inciso tercero señalaba que quedaban comprendidos dentro del concepto de subterfugio "cualquier alteración realizada a través del

⁹¹ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., pp. 37-38.

establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente". Es necesario analizar algunos de estos supuestos⁹².

La disminución o pérdida de gratificaciones puede deberse a los ya estudiados cambios en la estructura societaria (sea por desconcentración o por concentración de capitales), es decir, a la división, filialización, fusión o transformación de empresas. En el evento de que una sociedad que contrata a trabajadores que prestaban servicios a otra relacionada con ella sufra disminuciones en los resultados de sus operaciones, como consecuencia de la reestructuración de patrimonio efectuada, lo cual incidirá en el monto de las gratificaciones adeudadas a sus trabajadores. Estos casos se enmarcan en la figura del subterfugio del artículo 507 del Código del Trabajo.

Respecto a la disminución o pérdida de indemnizaciones por años de servicio, esta frase apunta a evitar y prohibir que en las recontrataciones de trabajadores que se efectúen entre sociedades divididas, filiales, coligadas, fusionadas o transformadas, y en las renovaciones de contratos de trabajo que se verifique en una empresa que mutó de denominación societaria no se desconozca la antigüedad acumulada con el empleador original. López aclara que esta situación, de todas formas, está cubierta por el principio de continuidad laboral, consagrado en el artículo 4 del Código del Trabajo, por lo que el subterfugio no agregaría nada inédito.

En cuanto a la disminución o pérdida del derecho a sindicalización, la situación es más compleja. A priori, hay que aclarar dos cosas. En primer lugar, el derecho a sindicalizarse puede ser vulnerado por los cambios en la estructura de la empresa ya sea en cuanto a la libertad para crear sindicatos, como en el derecho a seguir perteneciendo a uno. En segundo lugar, el subterfugio laboral actúa como un reconocimiento legal expreso en orden a establecer que la afiliación sindical no depende del formato societario adoptado por la organización de trabajo empresarial en la cual se trabaja.

Ahora, ¿por qué en este supuesto las cosas se ponen más complejas? Básicamente, por el hecho de que hay dos normas del Código del Trabajo en conflicto directo: el artículo 216, que en su letra b) define al sindicato interempresa como "aquél que agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos", y el artículo 507, el cual es objeto de estudio.

Aplicando lo dispuesto por el artículo 216, al dar como resultado el proceso de cambio de la estructura societaria a dos o más empresas, cada una de ellas con una identidad legal autónoma, esto debería llevar por consiguiente a cambiar la denominación del sindicato de la empresa que se divide, filializa o coliga a un sindicato interempresa, para mantener

⁹² Dicho análisis, que se realiza en esta página, se desarrollará (en cuanto a su estructura y contenido) en base lo expuesto por Diego López Fernández en *La empresa como unidad económica*, ob. cit., pp. 38-39.

así la afiliación de los trabajadores asociados que sean recontractados por las sociedades divididas, filializadas o coligadas.

Por otra parte, el artículo 507, como ya se ha visto, contiene un ilícito laboral, por lo que López advierte que este artículo debería ser aplicado con preferencia por sobre el artículo 216, el que podría ser instrumento de los empresarios para vulnerar la libertad sindical.

Un caso como el expuesto puede llegar a conocimiento de un juez por vía de la alegación de subterfugio laboral. El juez tendrá que reparar la libertad sindical vulnerada, lo que fue un resultado directo de la diversidad societaria adoptada por una empresa. La solución más acorde con el respeto y la promoción de la libertad sindical, según López, sería permitir que los trabajadores contratados por otras sociedades sigan perteneciendo al sindicato de empresa original.

Esta conclusión es la plasmada en la sentencia Rol N° 53-2005, del 8 de julio de 2005, pronunciada por la Corte de Apelaciones de La Serena, que revoca parcialmente la sentencia de primera instancia que falló en contra de un grupo de trabajadores que entablaron la demanda denunciando la vulneración de su derecho a sindicalización, ya que habían sido traspasados de una empresa a otra (ambas relacionadas), con la condición de que se les mantuviera y respetara la afiliación al sindicato al que pertenecían antes del mencionado traspaso, así como también (y consecuentemente) se les reconocieran todos los derechos y beneficios que emanaban de los instrumentos colectivos que dicho sindicato hubiere suscrito, lo cual se pactó en un anexo del contrato con la nueva empresa, y que no estaba siendo respetado por la misma.

Los trabajadores recurrieron dicha resolución, y la Corte de Apelaciones dio lugar a la demanda, por cuanto establecieron mediante informe de la Inspección del Trabajo de Coquimbo, que las empresas demandadas constituían un solo empleador para efectos laborales y previsionales, y que "el mero cambio formal de la identidad legal del empleador efectuada, no puede configurar, per se, una causal de desafiliación. La división, afiliación, fusión o transformación de las empresas, no podría constituir causal de renuncia a la organización sindical respectiva, de manera que los trabajadores afiliados mantienen su calidad de socios mientras no se produzca una causal estatutaria de caducidad o pérdida de tal calidad." (considerando 15).

Como se vio antes, estudiando esta misma situación, son diversas las soluciones que ha adoptado tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa para pronunciarse sobre este problema. Ugarte llega a la misma conclusión que López, estableciendo que la solución más correcta es concebir a la empresa como un ente compuesto, es decir, una serie de elementos, el cual se conforma por la existencia de la organización de los medios personales y patrimoniales bajo un poder de mando, y por la identidad legal que el ordenamiento le da y todo lo que ello conlleva. Para Ugarte, es la unidad material en la organización de los medios de los que dispone el empleador y no la concurrencia de

varias identidades o razones sociales lo que determinaría estar, para efectos laborales, ante una sola empresa⁹³.

En estrecha relación con lo anterior, otro de los derechos de los trabajadores que puede verse vulnerado como producto de la diversidad societaria empresarial es el derecho a la negociación colectiva. Se conecta con el punto anterior por el hecho de tener que cambiar el sindicato (eventualmente) su denominación de sindicato de empresa a uno interempresa, para así poder mantener a sus socios afiliados. Como se sabe, en nuestro ordenamiento (artículos 334, 334 bis y 334 bis A del Código del Trabajo) el sindicato interempresa no tiene derecho a intervenir en un proceso de negociación colectiva reglada, y precisa de la autorización expresa de las empresas a las cuales se lo solicite. Estas empresas pueden negarse a negociar con un sindicato interempresa (artículo 334 bis A del Código del Trabajo).

Es acá donde actúa la figura del subterfugio, confrontando directamente el derecho legal del empleador de rechazar tener que participar de la negociación colectiva reglada con un sindicato interempresa como contraparte, cuando se trate de sociedades divididas, filiales o coligadas que han recontratado trabajadores que antes pertenecían a un sindicato interempresa que operaba en alguna de ellas.

Acá, al igual que en el supuesto anterior, debe primar la aplicación del artículo 507, ya que de aplicarse preferentemente el artículo 334 bis A, se podría configurar un instrumento de vulneración del derecho a la negociación colectiva del que las empresas echarían mano.

2.2. CÓMO OPERA EL SUBTERFUGIO

La mejor manera de abordar este tópico es (probablemente) comenzar con las conclusiones. La primera idea que puede resumir lo que se pretende estudiar en este apartado apunta básicamente a dejar en claro que las potencialidades del subterfugio laboral como ilícito aún permanecen inexploradas. A pesar de que, como se vio en el acápite inmediatamente anterior, las conductas que pueden considerarse como subterfugio son muchísimas, dada la vaguedad y amplitud de la redacción de la norma, se ha demandado judicialmente muy poco, y siempre que se ha hecho, ha tenido como fin involucrar en la demanda respectiva a sociedades distintas de aquella que aparece formalmente como empleadora⁹⁴.

La segunda conclusión a exponer ya fue esbozada anteriormente en este trabajo, y da cuenta de la razón por la cual el ilícito de subterfugio laboral ha tenido tan poco desarrollo en nuestro ordenamiento. En sede jurisprudencial, la diversidad societaria de las empresas se ha combatido con el surgimiento, desarrollo y perfeccionamiento de la

⁹³ UGARTE, José Luis, El concepto de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, ob. cit., p. 69.

⁹⁴ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 39, 42; y ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés, Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo, ob. cit., pp. 70-71.

llamada doctrina de la unidad económica de empresa, derechamente sin considerar la figura del subterfugio⁹⁵.

Hasta antes de la reforma propulsada por la Ley N° 20.760, la ley establecía que al estar en presencia de un subterfugio laboral, el empleador debía ser condenado al pago de todas las deudas laborales de los trabajadores y a una multa judicial que oscilaba entre las 10 y 150 UTM, con media UTM por cada trabajador afectado. Lo que hace la ley acá es exigir al juez que determine al verdadero empleador (cuya identidad aparece difuminada por el uso de engaños) para poder condenar. Esta exigencia al juez se funda en lo dispuesto por el artículo 444 del Código del Trabajo, que consagra la función del juez de cautelar el resultado de la acción, decretando todas las medidas que estime necesario para ello, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.

Es acá donde el ilícito del subterfugio se conecta con el principio de primacía de la realidad. En efecto, este principio es el que conmina al juez a descubrir, por una parte, quién es el verdadero empleador en la relación laboral, y a imputar, por otra, a todas las personas (sea naturales o jurídicas) que se hayan implicado en la utilización y dirección del trabajo contratado, obligando a todas ellas como si fueran empleadoras. Esto último se explica por la imposibilidad del principio de primacía de la realidad de determinar la capacidad patrimonial efectiva del verdadero empleador; lo que sí hace dicho principio es implicar judicialmente a todas las empresas que hayan intervenido en la estructuración y orden del trabajo, y entre ellas, a las empresas y sociedades más solventes⁹⁶.

El hecho de que el subterfugio dependa del correcto uso y aplicación del principio de primacía de la realidad por parte del juez para ser eficaz hace que se busquen otras formas de enfrentar el problema de la diversidad societaria de las empresas, que emplean el mismo principio interpretativo en comento y que no ofrecen una complejidad interpretativa tan alta ni una vaguedad de conceptos y aplicación tan amplia. Se trata de la ya estudiada doctrina de la unidad económica de empresa.

Así lo plantean Rojas y Aylwin, al señalar (como también lo hace López) que la vaguedad de los ejemplos señalados por el legislador en el artículo 507 es tal que resulta casi imposible evitar pensar que cualquier división empresarial pueda considerarse ilícita, lo cual, claramente, no era el objetivo perseguido por la reforma del 2001. Continúan argumentando las dudas que supone la aplicación efectiva de esta infracción laboral por parte de los tribunales, al existir un gran número de tribunales no especializados que conocen de asuntos laborales⁹⁷.

López establece que el subterfugio no es un ilícito muy novedoso, al depender su eficacia, como ya se vio, de la aplicación del principio de primacía de la realidad. Reconoce que,

⁹⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 42.

⁹⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 40.

⁹⁷ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés, Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo, ob. cit., p. 71.

en efecto, el subterfugio es una de las herramientas interpretativas útiles para superar el concepto legal de empresa, pero que esto también puede hacerse por otras vías. Ahora, si lo que se busca es hacer efectiva la sanción prevista en el propio artículo 507 (la multa judicial), la única norma aplicable es la que establece el subterfugio como ilícito laboral. Sin embargo, puede que un juicio de subterfugio laboral se dirija sólo contra quién lo fraguó, sin involucrar a las otras sociedades que intervinieron en su comisión, por ser la persona implicada aquella con mayor solvencia para pagar las deudas laborales y previsionales demandadas. Esta faceta más pragmática de la aplicación del subterfugio es acorde con el interés que protege este ilícito, el cuál es impedir que el obligado a pagar a sus trabajadores escape a ello, interponiendo razones sociales que diluyan su identidad o escondan su patrimonio.⁹⁸

Con todo, hay otro punto en el que el subterfugio laboral y la doctrina de unidad económica de empresa se conectan: ambas figuras presentan serias falencias a la hora de reparar la pérdida o disminución de los derechos a sindicalizarse o a negociar colectivamente. La libertad sindical y el derecho a negociación colectiva no precisan del empleador únicamente el cumplimiento de obligaciones de dar (no es suficiente el pago de prestaciones laborales y previsionales a los trabajadores) para que sean efectivos, sino que éste debe realizar una serie de conductas en orden a hacer ambos conceptos realidad.

Rojas y Aylwin destacan la peculiaridad de la situación: "se trata de definir la empresa para los efectos del ejercicio de los derechos colectivos, en circunstancias que tras este proceso de descentralización coexisten una pluralidad de sujetos -las diversas sociedades- o empresas, pero una única unidad económica, en definitiva, una única empresa"⁹⁹. Los principales efectos que se han detectado a partir de este problema son¹⁰⁰:

- La división del ámbito de ejercicio de estos derechos de sindicación y de negociación colectiva, con la consecuente atomización o anulación del poder laboral.
- La posible definición de las unidades de ejercicio de los derechos colectivos del trabajo de acuerdo con los intereses particulares de la dirección del grupo de empresas, como puede ser fijar la negociación colectiva en la 'empresa' que registra menos utilidades o incluso pérdidas financieras.

López propone, para solucionar esta deficiencia, el otorgamiento de una vez por todas de virtualidad jurídica a la figura de grupos de empresas, permitiendo que pueda operar válidamente como sujeto de derechos y obligaciones, distinta y autónomamente de las sociedades empresariales que lo componen, asimilándolo a la identidad legal que el

⁹⁸ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 41.

⁹⁹ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés, Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo, ob. cit., p. 29.

¹⁰⁰ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés, Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo, ob. cit., pp. 29-30.

concepto de empresa que da el Código del Trabajo exige para que opere como referente empresarial para la libertad sindical y la negociación colectiva¹⁰¹.

3. EL SUBTERFUGIO EN LA LEY N° 20.760

Haciendo eco de lo ya mencionado, la Ley N° 20.760 modificó los artículos 3 y 507 del Código del Trabajo. Corresponde hacerse cargo de la reforma hecha al segundo artículo referenciado, y más concretamente, la forma en que alteró y cambió la figura del subterfugio laboral.

3.1. ¿CÓMO SE ORIGINÓ LA FIGURA ACTUAL DEL SUBTERFUGIO?

Al comienzo del segundo capítulo se trató sintéticamente los distintos hitos que conforman la historia del surgimiento y establecimiento del subterfugio en el Código del Trabajo. Ahora, corresponde tratar las modificaciones legales que alteraron este ilícito laboral, y más concretamente, la Ley N° 20.760, que lo reformó.

Ya desde el 2006 en el Congreso comenzó a discutirse sobre una reforma a los artículos anteriormente mencionados, teniendo dicha reforma como principal motor ofrecer una oposición más fuerte y jurídicamente organizada contra las llamadas empresas "Multirut", las cuales habían sido combatidas principalmente por los jueces, mediante la doctrina de unidad económica de empresa.

Como suele ser la tónica en materia laboral, el panorama de la discusión inicialmente dejaba lugar para el optimismo. En el primer informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados, con fecha de 7 de noviembre del 2006, se proponía, además de aumentar la cuantía de las multas que el artículo 507 contemplaba, que dichas multas fueran aplicadas administrativamente por la Dirección del Trabajo, sea de oficio o a petición de parte, previa resolución fundada y constatando los hechos constitutivos de dicha infracción, eliminando de paso la referencia que dicha norma contemplaba a los Juzgados de Letras del Trabajo, quienes eran los competentes para conocer y aplicar dichas multas¹⁰².

En este sentido, la ex Directora del Trabajo, Patricia Silva, señaló que se debería dar a la Dirección del Trabajo las facultades para fiscalizar, investigar y recurrir ante la judicatura correspondiente en materia de subterfugio. En la práctica, agrego, la Dirección fiscaliza y emite un informe sobre la situación de subterfugio, el cual es puesto a disposición del o de los trabajadores afectados para que ellos acudan a los tribunales de justicia competentes¹⁰³. También expresó que sería muchísimo más valioso otorgarle titularidad a los sindicatos interempresa y a las federaciones para la negociación colectiva (evitando

¹⁰¹ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 42. Cabe destacar que en Francia, desde 1984, se reconoce al grupo de empresas legalmente como ámbito de ejercicio de los derechos colectivos.

¹⁰² Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., p. 18.

¹⁰³ Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., p. 136.

que, en el caso de la negociación colectiva de sindicatos interempresa, dicho proceso recaiga en el consentimiento del empleador) que seguir aumentando la cuantía de las multas establecidas por la ley, las cuales no suelen representar una medida verdaderamente gravosa para las empresas.

Estas ideas de reforma no prosperaron demasiado. Ya en octubre del 2011, la entonces Ministra del Trabajo, Evelyn Matthei manifestó la preocupación por la forma en que el fenómeno del "Multirut" afecta a los trabajadores, pero también señaló y recalcó que tampoco era aceptable que se afectara a los empresarios. Ambas situaciones "pueden provocar efectos muy complejos en la vida económica".

Para "equilibrar" dicha situación, Matthei proponía que la declaración jurisdiccional que señale la existencia de un subterfugio fuera avalada por un "panel de expertos" en el tema, los cuales, en teoría, para la Ministra, tenían más conocimiento del tema que los jueces del trabajo. También señaló que la declaración jurisdiccional no debería producir el efecto de cosa juzgada, para revertir dicha decisión en el caso de que cambien las circunstancias que la motivaron¹⁰⁴. Esta propuesta será analizada en extenso más adelante.

El Boletín de Indicaciones del Ejecutivo y de Parlamentarios con fecha 12 de marzo de 2012 deja entrever que el esqueleto del artículo 507, como hoy está plasmado en el Código del Trabajo, ya estaba tomando forma. El conocimiento del subterfugio volvía a quedar radicado en los tribunales laborales, pero se posibilitaba que la Inspección del Trabajo, si en el ámbito de sus atribuciones, tomaba conocimiento de una situación de subterfugio o simulación, emitiera un informe sobre los hechos constatados, poniéndolo a disposición de los trabajadores interesados. También se le permitía tomar parte en el juicio correspondiente sobre esta materia.

Poco duró esta idea. Ya en octubre de 2010, mediante una indicación enviada por el Ejecutivo, proponiendo una nueva redacción de los artículos 3, se estaba comenzando a desechar la idea de que fuera la Dirección del Trabajo la encargada de conocer y resolver estos conflictos. El año 2012, en la Comisión de Trabajo del Senado, se rechazó la injerencia de la Inspección del Trabajo en el conocimiento y tramitación judicial del ilícito laboral del subterfugio.

La propuesta más extraña que resultó de estas indicaciones era la formación de una "comisión de expertos" (cabe mencionar que esta indicación fue obra del Presidente de la República de dicha época, Sebastián Piñera, como parte de un novedoso párrafo octavo, que constaba de 10 artículos, y que se agregaría al Título II del Libro V del Código del Trabajo), la cual tendría una injerencia obligatoria en los juicios de subterfugio, ya que era obligación de las partes consultar a dichas comisiones. También se contemplaba como

¹⁰⁴ Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., p. 209. Menester es recordar las palabras del profesor Ugarte sobre dicha comisión, citadas con ocasión del estudio de la modificación del concepto legal de empresa, en UGARTE, José Luis, Multirut: mortalmente parecidos, ob. cit.

obligación para el tribunal ponderar en la sentencia el informe técnico que dichas comisiones elaboren.

Igual de extraña resultaba la conformación de dichas comisiones. El Ejecutivo proponía que ellas estuvieran compuestas por cinco miembros. Tres miembros debían ser "profesionales con conocimiento en materias de organización industrial, gestión y administración de empresas, y que acrediten una destacada experiencia en el ejercicio de la actividad profesional de a lo menos seis años, quienes deberán estar en posesión de un título de una carrera profesional de, a lo menos, diez semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado, o reconocido por éste, o de un título de nivel equivalente en dichas áreas otorgado por una universidad extranjera." Los dos restantes debían ser "abogados con conocimiento en materias de organización industrial, gestión y administración de empresas, y que acrediten una destacada experiencia en el ejercicio de la actividad profesional de a lo menos seis años"¹⁰⁵.

¿Y los expertos en Derecho del Trabajo? Al parecer, para el Ejecutivo no era necesario contar con personas bien versadas en dicha área dentro de las comisiones. Claro, se trata de un proceso judicial en el que están en juego derechos de trabajadores que pudieron verse afectados con los procesos de cambios en una empresa, pero probablemente los profesionales en materia industrial habrían sabido defender de manera eficaz, efectiva, competente y diligente dichos derechos de los trabajadores.

La Ministra del Trabajo y Previsión Social de la época, Evelyn Matthei, defendió la instauración de dichas comisiones, ya que sostuvo que para determinar si se está efectivamente o no ante la presencia de una unidad económica de empresa no sólo entran en juego criterios de índole laboral, sino que también otros de carácter financiero y económico, los cuales escapan del conocimiento de los jueces con competencia en materia laboral.

Continuó argumentando que el establecimiento de estas comisiones ayudaría a la unificación de la jurisprudencia en estos asuntos, al tratarse estas de "organismos especializados que pueden colaborar con dicha tarea".¹⁰⁶

Por la controversia que suscitó esta indicación es que se celebró una audiencia dentro de la sesión del 2 de mayo de 2012, en la que se invitó a los profesores Eduardo Caamaño, Francisco Tapia y José Luis Ugarte, así como también al abogado laboralista Marcelo Albornoz, para que expusieran sus pareceres y opiniones sobre el proyecto de ley.

En dicha oportunidad, el profesor Francisco Tapia puso especial énfasis en el peligro y la dificultad que constituía la creación de estas comisiones de expertos, básicamente por tres razones¹⁰⁷:

¹⁰⁵ Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., pp. 219-220.

¹⁰⁶ Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., pp. 348-349.

¹⁰⁷ Tomado de la Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., pp. 319-320.

- a) La indicación en comentario (n° 14), planteada por el Ejecutivo, como se dijo, obliga al juez a requerir el informe a la comisión de expertos, la que se rige por las normas del peritaje, de manera que se debe entender que dicha comisión hace las veces de una comisión pericial. Por otro lado, obliga a las partes a colaborar con la comisión para verificar uno o más hechos y obliga al juez a ponderar el informe, cuestión última que está reiterando una disposición establecida claramente en los requisitos de la sentencia de juicios del trabajo.
- b) Al enmarcarse la labor de la comisión dentro de las reglas del peritaje, la pericia se va a emitir con conocimiento técnico, pero también se debe tener presente que el perito utiliza su conocimiento personal de los hechos litigiosos, por lo que se está introduciendo un elemento que no es menor, ya que existen una serie de variables que pueden formar parte de la opinión personal del perito que lo separa de la objetividad que debe emanar de los restantes medios de prueba. En otras palabras, el informe pericial conllevaría una gran carga subjetiva, la que se agravaría, según Tapia, si se considera que se presenta una especie de prueba legal tasada al respecto, al obligar al juez a ponderar dicho informe, distorsionando la igualdad de los medios de prueba que, además, no pueden afectar la independencia del juez por medio de la libre valoración de la prueba.
- c) Acotó que existe un elemento adicional que se debe tener en consideración respecto del informe técnico pericial, porque si se trata de establecer como hecho a probar la concurrencia de los requisitos que hacen procedente el grupo de empresas o si se ha utilizado el subterfugio, éstos emanan de la naturaleza de los hechos y no se entiende cómo una comisión pericial podría conocer, por ejemplo, del subterfugio, el que normalmente es un hecho y que tiene su antecedente probatorio básicamente en los testigos o en los documentos. Lo que se trata de probar es el hecho discutido y generalmente no se trata de un hecho aislado que se coloca en una probeta.

El establecimiento de dicha comisión va a producir una distorsión, ya que esta entidad no sólo aprecia los antecedentes que se le proporcionan, sino que además se pronuncia subjetivamente de acuerdo a lo que sus integrantes estimen, restándole independencia al juez sobre todo si se insiste en que el juez está obligado a ponderar como medio de prueba esencial el informe técnico de la Comisión.

La indicación que proponía la creación de estas comisiones de expertos, así como también la obligación de los tribunales laborales de considerar y ponderar en la sentencia sobre la materia los informes que de ellas emanaran (junto con todo el párrafo octavo del Título II del Libro V, contenido en la indicación N° 14) quedó desechada en el tratamiento de las indicaciones hecho en la sesión del 3 de octubre de 2012 de la Comisión de Trabajo del Senado.

Otro tópico de relevancia capital es el formalmente pequeño, pero profundo cambio que sufrió el inciso cuarto (tercero antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.760) del artículo 507 del Código del Trabajo. En el año 2012, con ocasión del tratamiento de las

indicaciones en la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, tanto el asesor legislativo del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Francisco del Río, así como la Ministra de dicha cartera, la Sra. Matthei, comenzaron a abogar de manera sutil por la tipificación de la exigencia de una intencionalidad del empleador tendiente a cometer el fraude a la ley que constituye el subterfugio, elemento ausente de dicho ilícito hasta el 2014¹⁰⁸.

El diputado Osvaldo Andrade criticó inmediatamente dicho planteamiento, ya que "la doctrina y jurisprudencia en materia laboral ha sostenido, invariablemente, que la carga probatoria en dicho ámbito recae en el empleador. Habida cuenta de ello, explicó que la aprobación de una disposición que requiera la existencia de una intención maliciosa por parte del empleador supondría que el trabajador debe probar la concurrencia de dicho requisito, lo que generaría una contravención a las normas sobre carga probatoria que se aplican en nuestro ordenamiento"¹⁰⁹.

En este mismo sentido, el Secretario General de la Central Autónoma de Trabajadores de Chile, Alfonso Pastene, "manifestó que la indicación del Ejecutivo protege a los que están realizando el dolo de dividir a la empresa en determinados RUT y le deja la responsabilidad a los trabajadores y a sus organizaciones de recurrir a los tribunales para demostrar y comprobar esta acción maliciosa"¹¹⁰.

Ahora, ¿cómo germinó esta idea hasta llegar a formar parte de la Ley N° 20.760? La agregación de esta intencionalidad exigida a los empleadores tiene su origen indirecto en las indicaciones formuladas en el segundo trámite constitucional del proyecto de ley en comento. En una indicación formulada por la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, se reformulaba el artículo 507 del Código del Trabajo en los mismos términos en que se puede ver hoy en día, salvo por la exclusión de dicha norma de las conductas que se entienden comprendidas dentro del concepto de subterfugio (inciso tercero del antiguo artículo 507)¹¹¹.

La entonces Ministra del Trabajo y Previsión Social, Javiera Blanco, argumentó que la ausencia de dichas conductas del nuevo artículo se entiende porque en el artículo 3 del Código de la materia se trató de dejar en claro que la división de las empresas es un acto lícito, siempre que no vulnere derechos de los trabajadores y en cuanto no exista un empleador real común. Dicha idea fue respaldada por Francisco del Río y Roberto Godoy, los asesores legislativo y jurídico, respectivamente, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, quienes también señalaron que cuando hay un ocultamiento del empleador detrás de varias razones sociales para eludir el cumplimiento de sus obligaciones se configurará siempre el ilícito de subterfugio.

¹⁰⁸ Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., pp. 360-361.

¹⁰⁹ Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., p. 361.

¹¹⁰ Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., p. 398.

¹¹¹ Indicación 5a) de la Presidenta de la República, contenida en el Boletín N° 4456-13, Indicaciones (quinto boletín), del 5 de mayo de 2014.

A esto, los senadores Juan Pablo Letelier y Carolina Goic señalaron que era necesario mantener una especie de catálogo de prácticas que pueden constituir un subterfugio laboral. Finalmente, la Ministra Blanco se mostró acorde con la idea de volver a añadir el inciso tercero del antiguo artículo 507, pero advirtió que esto haría pensar que el "Multirut" siempre estaría vinculado al subterfugio¹¹². Fue para evitar dicha situación que la misma Ministra propuso que se agregara a este listado (no taxativo) de figuras la intencionalidad, mediante la expresión "de mala fe", que puede apreciarse hoy en el inciso cuarto del artículo 507 del Código.

Ya en la discusión en sala, la senadora Adriana Muñoz (quien como diputada fue una de las parlamentarias que impulsó la iniciativa de modificación del concepto de empresa en el 2006) manifestó en torno a este mismo tema lo siguiente: "cuando se vulneran derechos laborales a raíz de la división artificial de una empresa, exista o no mala fe, hay algo que debe corregirse. Me preocupa este punto, pues efectivamente se abre un espacio para debilitar lo que con esta iniciativa todos buscamos resguardar. Espero que los jueces, como se ha sostenido en algunas intervenciones, tengan la capacidad de resolver estas materias con los antecedentes que la futura ley pondrá a su disposición"¹¹³.

En el mismo contexto de la discusión en sala del proyecto en el Senado, este artículo 507 fue aprobado tal como fue presentado en la indicación ya comentada procedente del Ejecutivo. Sin embargo, hubo debate sobre tres puntos de dicho precepto, impulsado por los senadores Andrés Allamand y Hernán Larraín.

En primer lugar, se debatió sobre el segundo inciso de dicha norma, que hace referencia a la oportunidad procesal que tienen los trabajadores o las organizaciones sindicales para presentar las acciones a las que alude el artículo 3. Si la duración del proceso sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo, se suspenden los plazos y efectos del proceso negociador, y para todos los efectos legales se entenderá prorrogada la vigencia del contrato colectivo vigente hasta por treinta días luego de ejecutoriada la sentencia. En este día se reanudará la negociación en la forma que el tribunal disponga.

Los senadores Allamand y Larraín postulaban la improcedencia de dicho inciso, ya que si la ley prorroga sin más la vigencia del contrato y suspende el proceso negociador se podrían afectar derechos tanto de los trabajadores como de los empresarios. También señalaban la inconstitucionalidad de esta norma, al extender la vigencia del contrato la ley en un caso en que no le corresponde.

¹¹² La Ministra Blanco incurre en una imprecisión terminológica en este punto. Como explicó la profesora de Derecho del Trabajo Irene Rojas, el grupo de empresas es una figura lícita en nuestro ordenamiento, mientras que la figura del "Multirut" se erige como una especie de "grupo de empresas ilegal", constituido por los empleadores sólo para evitar el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales que tienen para con los trabajadores. Rojas, Irene, Por qué la Ley del "Multirut" constituye un retroceso en los derechos de los trabajadores, ob. cit.

¹¹³ Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., p. 477.

La Ministra Blanco respondió aclarando que lo que se buscaba era dejar en mejor situación a los trabajadores afectados, ya que, una vez terminado el juicio de "Multirut", estos tendrían la opción de elegir negociar con el empleador real común o con su razón social, según mejor les convenga. En cuanto a la alegación de inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 507, sostuvo que el artículo 369 del Código del Trabajo establece la posibilidad de que la comisión negociadora le exija al empleador, en cualquier momento del proceso negociador, la prórroga del contrato. También aclaró que el fuero resulta comprendido dentro de los efectos prorrogados por la presentación de una acción contemplada en el artículo 3 del mismo Código.

El senador Fulvio Rossi, en el mismo sentido, señaló que le resultaba extremadamente complejo ver la afectación que para los trabajadores supone la prórroga del contrato colectivo mientras está pendiente un juicio de subterfugio, ya que, de lo contrario, se obligaría a los trabajadores a negociar con una empresa que puede no ser su empleador real. Más adelante, se verá una peligrosa interpretación que le ha dado la Dirección del Trabajo a este punto.

Respecto al segundo punto controversial, el numeral 2 del artículo 507 (más precisamente, la primera parte, que establece que la sentencia debe contener la "indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el empleador dirigidas a materializar su calidad de tal"), el senador Allamand advirtió que esta norma se convertiría en una "caja de pandora", ya que podría abrir la puerta a pronunciamientos judiciales en que los jueces otorguen prestaciones respecto a las cuales no les corresponda fallar, incurriendo en los vicios de extra petita o ultra petita. Aconsejó eliminar la frase transcrita anteriormente en este párrafo, circunscribiendo la labor del juez a declarar la situación de "Multirut" y, posteriormente, acoger o rechazar las peticiones concretas que las partes le hayan formulado.

El senador Alberto Espina fue más allá, y temió que dicha frase pudiera dar lugar a que los jueces se pudieran constituir en verdaderos administradores de las empresas demandadas, ordenándoles (por ejemplo) que se fusionen o que modifiquen sus departamentos.

Para aclarar este punto, la Ministra Javiera Blanco señaló que (como en todos los casos) la litis queda fijada conforme a las pretensiones que han hecho valer las partes en el juicio. En ese sentido, obviamente no hay espacio para la ultra petita. Por lo tanto, las "indicación concreta de las medidas" que disponga el juez del trabajo en orden a subsanar el tema del "Multirut" se hacen siempre circunscribiéndolas a lo que los trabajadores aleguen en la demanda. Respecto a la inquietud del senador Espina, la Ministra establece que se apunta no a la reestructuración de la empresa por parte del juez, sino al reestablecimiento de los derechos vulnerados por el empleador, por ejemplo: la constitución de salas cunas o el correcto cálculo de las gratificaciones (es decir, teniendo como base las utilidades totales).

El último tópico debatido por los senadores Allamand y Larraín es el inciso sexto del artículo 507 propuesto en la indicación del ejecutivo, que hace extensiva la aplicación de la sentencia a todos los trabajadores de las empresas consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales. El principal reparo de Andrés Allamand era la falta de especificación sobre la necesidad de emplazar legalmente a las empresas para poder hacer extensiva la ejecución de la sentencia a ellas. En este sentido, si una de las empresas no fue debidamente emplazada conforme a la ley, no podría hacerse extensiva a ella lo dispuesto por el fallo. A esto, la Ministra Blanco respondió que este punto no necesita aclaración, ya que lo dicho por el senador Allamand es la consagración de las reglas generales del debido proceso, y que en ningún caso se quiso ir en contra o crear una excepción a las mismas mediante este inciso.

En definitiva, todos y cada uno de los tres puntos sometidos a discusión por Andrés Allamand y Hernán Larraín, así como aquellos en que propusieron alguna redacción distinta a la plasmada por el Ejecutivo en su indicación, fueron desestimados, aprobándose por la sala del Senado el artículo 507 como hoy se contempla en el Código.

3.2. CÓMO FUNCIONA EL SUBTERFUGIO, PARTE II: LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY N° 20.760.

Podría decirse que la Ley N° 20.760, de alguna forma, profundizó la línea trazada entre la simple declaración de unidad económica de la empresa, en la que el juez debe ver quién se comporta como el verdadero empleador y dejar constancia de eso en la sentencia, sin aplicar sanción alguna; y la figura del subterfugio, en la que el magistrado, para decretar su concurrencia, tiene que constatar dicho ilícito en el caso concreto, así como el cumplimiento de todos los elementos que conforman dicha infracción.

Así, y al tenor de lo dispuesto por la ley en comento, puede notarse que "los resultados de la indagación judicial de si dos sociedades son realmente un solo empleador (artículo 3), realizada con las técnicas investigativas del principio de primacía de la realidad, y los resultados de la investigación judicial de si se incurrió en el ilícito 'subterfugio laboral', que se realiza pesquisando si los elementos de tal ilícito efectivamente se verificaron, son del todo diferentes. En el primer caso, si existe entre dos o más sociedades una dirección laboral común y otras condiciones que permitan afirmar la existencia de una organización común entre ellas, el juez declarará que dichas empresas conforman un solo empleador (es decir, declarará el derecho). En el segundo caso, el juez debe aplicar la sanción señalada por el artículo 507 de comprobarse la existencia de un subterfugio, con independencia de quién(es) haya sido declarado como un empleador. Para esto, las partes deberán ofrecer prueba que otorgue instrumentos de suficiente convicción para que el juez pueda resolver la existencia o inexistencia de un subterfugio. Si no es así, lo más probable es que se termine declarando la unidad económica de empresa, pero no el ilícito del artículo 507¹¹⁴".

¹¹⁴ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., pp. 92-94.

Ejemplos esclarecedores de lo anterior vienen dados por dos fallos. El primero es la sentencia Rol N° 2044-2015, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 9 de febrero de 2016, que en su considerando quinto argumenta que “es dable agregar que la circunstancia de concurrir entre varias empresas la condición de unidad económica, no conduce necesariamente a la conclusión que se haya incurrido en un subterfugio por parte del empleador, de manera tal que no es posible considerar como antagónicas la declaración de unidad económica con el rechazo del subterfugio, como lo pretende la demandada.”

En la sentencia RIT T-702-2014 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, que dirimió un conflicto entre una trabajadora que, entre otras pretensiones, buscaba la declaración de unidad económica de empresa de varias sociedades (una de las cuales era su empleador) y de subterfugio laboral, el juez emitió un pronunciamiento favorable respecto del primer punto, pero no así del segundo.

Dicho tribunal, en el considerando decimotercero de la sentencia citada, concluye "que tal como se advierte, para que haya subterfugio, se requiere junto con la unidad económica, una intención de defraudar a los trabajadores, y lo que ha ocurrido en este caso, es que sólo hay dos sociedades con nombre distinto (pero similar), y con idéntico giro, pero no se advierte el elemento subjetivo que denota la redacción de la norma en comento, pues para que haya tal sanción laboral, se requiere que junto con crear sociedades, haya una intención de defraudar, lo que en este caso no se ha probado. En el caso de marras, la actora siempre supo que su empleador es PACIFIC FITNESS LTDA., pues ello indica su contrato de trabajo, ello aparece en sus liquidaciones de sueldo y en su carta de despido, por lo que no hay ni ocultamiento, ni alteración alguna con el afán de defraudar."

El extracto del fallo citado anteriormente es sólo una muestra de que la preocupación de los trabajadores y parte de los académicos del Derecho del Trabajo están comenzando a hacerse realidad: la introducción de la exigencia de mala fe por parte del empleador para que se configure el ilícito del subterfugio está cerrando la puerta a pronunciamientos que apliquen dicha figura, haciéndola cada vez menos utilizada en la práctica.

Sin embargo, hay ciertos tribunales que han continuado aplicando la figura del subterfugio sin considerar la adición del componente subjetivo a la conducta del empleador. Entre ellos, la Corte de Apelaciones de Temuco, la que en sentencia Rol N° 109-2015, pronunciada el 21 de julio de 2015, rechazó un recurso de nulidad. En su considerando quinto señaló lo siguiente: “Por su parte, el artículo 54 inciso final del Código del Trabajo, dispone, que debe otorgarse al trabajador un comprobante con indicación del monto pagado, la forma como se determinó y las deducciones efectuadas. Por consiguiente, la demandada al no haber justificado el pago, ni haber solicitado instrucciones a Contraloría sobre la forma de efectuarlo, a partir del año 2011, ha inducido a una confusión a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos, configurándose la hipótesis genérica de subterfugio referida en el artículo 507 inciso 3° del Código del Trabajo, esto es, realizar cualquier alteración que signifique para los trabajadores la disminución o pérdidas de sus

derechos laborales, en este caso, no especificar en las liquidaciones de remuneraciones los derechos establecidos en la ley 19.933'. Es decir, el sentenciador [de primera instancia] con el análisis de la prueba rendida, ponderada y explicitando las razones concluyó la existencia del subterfugio”.

Agregó en el considerando sexto “que, la determinación de la existencia o no de subterfugio es una de las cuestiones de hecho fijadas en la audiencia del Tribunal Oral Laboral, y por lo mismo el establecimiento o determinación de su concurrencia no cabe ser impugnada a través del artículo 477 del Código del Trabajo, ya que, como se indicó no es posible por esta vía alterar los hechos fijados en la audiencia por el Tribunal. Por todo ello no se aprecia infracción al artículo 510 y 507 del Código del Trabajo, razón por la cual será desestimada la causal de nulidad alegada”.

Es necesario también aclarar algo muy importante en relación con el novedoso inciso segundo del artículo 507, que consagra la oportunidad para interponer las acciones contempladas en el artículo tercero (en cualquier momento, salvo durante el período de negociación colectiva a que se refiere el Capítulo I del Título II del Libro IV del Código del Trabajo), y la suspensión de los plazos de negociación y la prórroga de la vigencia del contrato colectivo vigente hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, en caso de que el procedimiento judicial iniciado sobrepasa la fecha de presentación del proyecto de contrato colectivo. Transcurridos los mencionados 30 días, se reanuda la negociación en la forma que el tribunal determine, según lo dispuesto en la ley.

La Dirección del Trabajo ha adoptado un criterio bastante cuestionable a la hora de interpretar esta norma. En el dictamen N° 1054/022 de 18 de febrero de 2016, dicho servicio dejó en claro que el fuero que se le reconoce a los trabajadores que participan en un proceso de negociación colectiva según lo dispuesto por el artículo 309 del Código de la materia, no se reconoce en aquellas empresas en que aún no se ha iniciado dicho proceso por encontrarse pendiente la resolución judicial que resuelva las acciones establecidas en el artículo 3.

En palabras del Subdirector del Trabajo, Rafael Pereira, quien firmó dicho dictamen, "el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo, se encuentra concebido en virtud de la negociación colectiva, para garantizar el normal desarrollo de esta, por consiguiente, no se explica de qué manera podría estar vigente éste si la negociación colectiva aún no se ha iniciado por disposición legal (...) En consecuencia, en la situación que se examina no corresponde jurídicamente afirmar que el fuero establecido en el artículo 309 del Código del Trabajo se encuentra vigente, si el proceso de negociación colectiva aún no se ha iniciado".

La ex-Ministra del Trabajo, Javiera Blanco, tenía una visión distinta sobre este punto. Respondiendo a una consulta hecha por el senador Alejandro Navarro sobre el mismo tópico (qué sucedería con el fuero), afirmó lo siguiente: "de la disposición propuesta se deduce que los efectos legales se entienden prorrogados hasta 30 días después de ejecutoriada la sentencia, es decir, la prórroga incluye todos los aspectos, entre otros, el

del fuero¹¹⁵". Esta, sin duda, es una interpretación mucho más acorde con la protección de los derechos de los trabajadores, un objetivo presuntamente buscado por la reforma analizada.

Otro de los cambios importantes que introdujo la Ley N° 20.760 fue la extensión del efecto que el legislador estableció para la sentencia definitiva que declare la unidad económica de empresa y/o el subterfugio laboral en que incurrieron los empleadores.

En efecto, el nuevo inciso quinto del artículo 507 del Código del Trabajo señala que "la sentencia definitiva se aplicará respecto de todos los trabajadores de las empresas que son consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales". Es decir, se le otorga un efecto "erga omnes" a dicha sentencia.

La lógica de esta norma es evidente. Como expresa clara y concisamente el dictamen N° 3406/054 de la Dirección del Trabajo, "no es necesario que un trabajador haya sido parte del juicio en que se dictó la sentencia, toda vez que lo que el juez declara es la calidad de único empleador, y dicha declaración es oponible a cualquier trabajador y organización sindical. De no ser así, se daría el contrasentido, que respecto de algunos trabajadores sería un empleador y respecto de otros trabajadores, empleadores diferentes, situación jurídicamente insostenible¹¹⁶".

El razonamiento detrás de esta norma dice relación con la forma en que las empresas organizadas (es decir, los grupos de ellas) aprovechan el trabajo. Esto no es algo que aparezca en cada contrato de trabajo, sino que es fruto de la forma en que dicho grupo ordenará materialmente el modo en que se desarrollará el trabajo en tales empresas, por lo que en caso de dictarse una sentencia que declare a un grupo de ellas como un solo empleador, esta afectará no solo a los actores del proceso, sino que también a los que, sin haber intervenido en él, se encuentren en la misma situación.

Esta norma representa una excepción a la regla general en cuanto a las sentencias judiciales, las que se caracterizan por tener efectos relativos, es decir, sus alcances se aplican solo a las partes que intervinieron en el juicio respectivo. Sin embargo, nuestra institucionalidad ya ha admitido que los efectos de las sentencias judiciales también puedan alcanzar a quienes se encuentren en similar situación. Esto se basa en la consideración, cada vez mayor, que se ha tenido de la tradición jurídica de la existencia de ciertos intereses comunes o generales, los que afectan a todos, no únicamente a los actores involucrados en un acuerdo o en un juicio¹¹⁷.

Por último, hay que referirse al cambio al artículo 507 consistente en la reforma de la norma sobre prescripción de los derechos y acciones consagrados en el mismo. Antes de la Ley N° 20.760, se establecía en el antiguo inciso quinto de dicho artículo que "el plazo de prescripción que extinga las acciones y derechos a que se refieren los incisos precedentes será de cinco años contados desde que las obligaciones se hicieron

¹¹⁵ Historia de la Ley N° 20.760, ob. cit., pp. 504-505.

¹¹⁶ Dictamen N° 3406/054 de la Dirección del Trabajo, 3 de septiembre de 2014, p. 12.

¹¹⁷ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, ob. cit., p. 99.

exigibles". El tenor de dicha norma después de la reforma impulsada por la Ley N° 20.760, contenida en el inciso sexto del artículo 507, dispone lo siguiente: "las acciones a que se refieren los incisos precedentes podrán ejercerse mientras perdure la situación descrita en el inciso cuarto del artículo 3° de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo".

Es decir, el enfoque del legislador se trasladó desde el momento en que son exigibles las obligaciones, a la subsistencia de la unidad económica de empresa como criterio para determinar la oportunidad en que pueden ejercerse las acciones contenidas en el artículo 507 del mencionado Código. Podría argumentarse que se disminuye la certeza para los trabajadores que intenten dichas acciones, ya que no se sabe el momento en que el empleador cesará el uso de varios Rut para organizar la empresa.

CONCLUSIONES

El grupo de empresas puede entenderse como una respuesta a las exigencias de "reinventarse o morir" que el propio mercado pone en las empresas periódicamente, de tiempo en tiempo; y como una forma que estas adoptan para adaptarse a la competencia y así obtener más ganancias (y, a su vez, registrar cada vez menos gastos y pérdidas).

Pero no hay que engañarse. Esta tendencia de descentralización productiva que es el grupo de empresas muchas veces es empleado para eludir obligaciones tributarias y principalmente obligaciones de índole laboral y previsional, entre otras.

Como ya se ha dicho, la descentralización productiva ha llevado a que en Chile cada vez haya empresas de menor tamaño. Y la dimensión de las empresas no es algo irrelevante, ya que existen derechos que se reconocen dependiendo de la cantidad de trabajadores que haya en una empresa (por ejemplo, el beneficio de sala cuna, el quórum del derecho de sindicalización, el establecimiento de un reglamento interno, la creación de un departamento de prevención de riesgos profesionales, la nacionalidad de los trabajadores y la negociación colectiva).

No se trata de limitar la libertad que tienen los empresarios para organizar la estructura empresarial como mejor lo estimen para así poder obtener ganancias; la cuestión dice relación con encontrar un equilibrio entre diversos intereses contrapuestos: el ya mencionado de los empresarios, por un lado y el respeto de los derechos reconocidos por la ley a los trabajadores, por otro.

A la vista de estos cambios profundos en las estructuras societario-empresariales, la legislación laboral chilena ha querido tratar de regular dichos cambios, teniendo como estandarte la protección efectiva de los derechos de los trabajadores que a raíz de la descentralización productiva son vulnerados. Los resultados no son muy alentadores, ya que el ordenamiento nacional ha tendido a ser bastante comprensivo con las necesidades empresariales para acumular ganancia y así subsistir, cosa que no ha tenido un símil a la hora de proteger la eficacia de los derechos de los trabajadores, cuando estos son afectados como consecuencia de las decisiones de reestructuración adoptadas por las empresas.

Muestra de esta "deficiencia" legislativa en la protección de los derechos de los trabajadores son los latamente analizados artículos 3 y 507 del Código del Trabajo, que intentan regular a la empresa en cuanto a su estructura, imponiendo sanciones a aquellas que vulneren las obligaciones que tienen para con sus trabajadores producto del uso de las formas de descentralización empresarial. Dichos artículos fueron reformados el año 2014 y puede decirse que continúan los mismos problemas. La reforma impulsada por la Ley N° 20.760 contribuyó ínfimamente a ponerle un cese a este asunto.

Ahondando en lo anterior, respecto a la ley, la pobreza de contenidos jurídicamente valiosos no pasa desapercibida por la fachada de buenas intenciones con la que se le trata de presentar. La disparidad de enfoques considerados por el legislador como dignos de ser el objeto de la Ley N° 20.760 dio lugar a que en dicho cuerpo legal coexistan normas que efectivamente tienden a proteger a los trabajadores (como el inciso octavo del nuevo artículo 3 del Código del Trabajo, que obliga al empleador a negociar con los sindicatos interempresa que agrupen a trabajadores dependientes de empresas declaradas como un solo empleador) con otras que, francamente, van en desmedro directo de la protección y ejercicio efectivo de los derechos de los trabajadores (como la exigencia de la mala fe contenida en el novedoso artículo 507 del citado Código, para poder declarar judicialmente la existencia de subterfugio).

El estudio exhaustivo que acá se ha hecho de la historia del surgimiento del subterfugio y de su modificación (junto con la del concepto de empresa) en el ordenamiento jurídico laboral nacional ha dejado al descubierto la danza de las apariencias que se acostumbra practicar en los distintos poderes del Estado. Por una parte, distintos gobiernos que se pasan, de uno a otro, tareas tan importantes como el mejoramiento real y serio del concepto de empresa, como los parlamentarios que esconden opiniones tibias y especialmente creadas “para no herir susceptibilidades” detrás de empalagosos y largos discursos, por otra, han hecho que en el tema tratado en este trabajo, no haya ningún avance significativo que beneficie a los trabajadores desde la aparición del concepto de empresa en 1981 (¡35 años!).

Algo que vale la pena destacar ha sido la acción realista (e incluso, valiente, como ya se ha dicho) de muchos tribunales con competencia laboral a lo largo del país, que han dejado a un lado la aplicación del concepto de empresa contemplado en el artículo 3 del mencionado Código, privilegiando la aplicación de instituciones como el principio de primacía de la realidad y teoría del levantamiento del velo, y llegando a un resultado mucho más plausible y ajustado a lo que ocurre empíricamente, y creando incluso la llamada "doctrina de unidad económica de empresa", que por mucho tiempo puso un alto a los abusos que las empresas hacían de la pluralidad de Rut.

Probablemente, la conclusión más clara a la que se puede arribar es la necesidad urgente de eliminar, de una vez por todas, el concepto de empresa establecido en el artículo 3 del Código del Trabajo. Es como consecuencia de la mencionada falta de resolución del Congreso en orden a no ponerse de acuerdo en la eliminación de dicha definición que apareció una figura extraña y poco utilizada en la práctica como el subterfugio. Por la complejidad que este ilícito presenta, es necesario preguntarse si no era mejor derechamente eliminar del Código el concepto legal de empresa, ya que la vaguedad con que se tipifica el subterfugio en el artículo 507 hace posible subsumir prácticamente cualquier actuación empresarial en esta figura.

También es necesario preguntarse si es que el subterfugio puede considerarse como una figura en retirada. Después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.760, la aplicación

del subterfugio ha disminuido bastante, debido a la exigencia legal de la mala fe por parte del empleador para poder declararlo, lo que ha llevado a abogados y tribunales a decantarse por la solicitud de declaración de la unidad económica de empresa, una vía similar, mucho más simple y mucho más efectiva.

Es precisamente la complejidad del subterfugio lo que llevó a los tribunales a preferir crear una doctrina que, simplemente, declare que dos o más empresas son en la práctica un solo empleador: la doctrina de unidad económica de empresa. Ahora bien, la Ley N° 20.760, en vez de eliminar el concepto de empresa del Código del Trabajo, recepcionó dicha creación jurisprudencial.

En realidad, y reiterando lo recién expuesto, puede decirse que la voluntad política de eliminar definitivamente la ventaja que la definición legal de empresa da a los empleadores en el ámbito del Derecho del Trabajo, en contrapartida al respeto y protección de los derechos de los trabajadores, nunca existió, nunca fue tal. Así se refleja claramente de las discusiones parlamentarias que terminarían en las leyes N° 19.759 y 20.760, y también se desprende de la añadidura que el último cuerpo legal mencionado hizo al artículo 507, en orden a exigir del empleador mala fe para poder declarar el subterfugio.

Utilizando una óptica más bien realista, el panorama que se observa y vislumbra es negativo (por no decir desalentador). Los trabajadores ya desde hace bastante tiempo están desamparados por un legislador que ha desatendido sus derechos en orden a perfeccionar la empresa en pos de mejorar la posición de Chile como “potencia económica naciente” (se supone).

Pero, y habiendo dicho lo anterior, es conveniente traer a colación las palabras dichas por el escritor portugués José Saramago: “Los únicos interesados en cambiar el mundo son los pesimistas, porque los optimistas están encantados con lo que hay. La realidad cotidiana nos dice que no podemos ser optimistas, y yo no lo soy, pero definitivamente sólo los pesimistas pueden cambiar el mundo. Es hora de aullar, porque si nos dejamos llevar por los poderes que nos gobiernan, y no hacemos nada por contrarrestarlos, se puede decir que nos merecemos lo que tenemos”.

Falta mucho para poder decir realmente que, en este tema del uso fraudulento de las razones sociales por parte de las empresas, se ha logrado un equilibrio entre los dos intereses anteriormente mencionados. Muchísimo. Por ahora, los empresarios siguen corriendo con ventaja. Es de esperar que más temprano que tarde se logre una reforma laboral comprometida, seria y eficaz, que sepa resguardar verdaderamente los derechos de los trabajadores como corresponde.

BIBLIOGRAFÍA

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, La descentralización productiva y el surgimiento de nuevas formas de trabajo autónomo, en Revista de la Empresa, de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 7, 2007, pp. 9 y ss.

DE LUCA, Rafaele y PERULLI, Adalberto, Informe General Tema II: Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva, XVIII Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, París, 5 al 8 de septiembre de 2006.

DOBSON, Juan, El abuso de la personalidad jurídica en el derecho privado, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985.

GAMONAL, Sergio, y GUIDI, Caterina, Manual del Contrato de Trabajo, Editorial Legalpublishing, Santiago, 2011.

IRURETA URIARTE, Pedro, Aplicación de la doctrina de levantamiento del velo corporativo, Actas de la II Jornada de Derecho de la Empresa, Magíster en Derecho de la Empresa de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 245-271.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia, La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica, Editorial LexisNexis, Santiago, 2003.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego, La empresa como unidad económica, Editorial Legalpublishing, Santiago, 2015.

MATURANA, Víctor, y MAC CLURE, Óscar, La negociación colectiva en Chile, en El sindicalismo latinoamericano en los noventa / Negociación colectiva y sindicatos, Volumen II, Editorial Clacso, Santiago, 1992.

NAVARRETE PEÑA, Felipe, Comentario al Mensaje Presidencial que "formula indicaciones al proyecto de ley sobre modificación del concepto de empresa", en Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 30, julio de 2014, pp. 473-479.

PALAVECINO, Claudio, La simulación y el subterfugio laborales, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 4, N° 7, 2013, pp. 13-23.

PLÁ, Américo, Los principios del Derecho del Trabajo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.

PLANET SEPÚLVEDA, Lucía, El grupo de empresas y la negociación colectiva, en Gaceta Jurídica, N° 391, 2013, pp. 7-21.

ROJAS MIÑO, IRENE, El peculiar concepto de empresas para efectos jurídico laborales: implicancias para la negociación colectiva, en Revista Ius Et Praxis de la Universidad de Talca, Vol. 7, agosto de 2001, pp. 409-422.

ROJAS MIÑO, IRENE, y AYLWIN CHIORRINI, Andrés, Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006.

TAPIA, Francisco, El concepto de empresa y los derechos sindicales en el Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al profesor William Thayer, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998.

THAYER, William, y NOVOA, Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980.

UGARTE, José Luis, El nuevo Derecho del Trabajo, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007.

UGARTE, José Luis, El concepto de empresa en el proyecto de subcontratación: una buena idea en el lugar equivocado, en Revista Laboral Chilena, n° 153, enero de 2007, pp. 85-91.

UGARTE, José Luis, El concepto legal de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces, en Revista Laboral Chilena, N° 98, julio de 2001, pp. 60-71.

UGARTE, José Luis, El concepto legal de empresa y el derecho laboral: como salir del laberinto, en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 20, julio de 2013, pp. 185-213.

UGARTE, José Luis, La descentralización productiva: la nueva moda en las relaciones laborales, en Revista Laboral Chilena, N° 1, enero de 2001, pp. 57-64.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

CORDERO, Eduardo, Sanciones administrativas y culpabilidad, en http://www.guerrero.cl/sanciones-administrativas-y-culpabilidad/prontus_guerrero/2013-03-07/125532.html

FERNÁNDEZ, Bastián, y GARCÍA, Bernardita, El 'top five' de las empresas que han usado la triquiñuela del Multirut, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2014/05/02/el-top-five-de-las-empresas-que-han-usado-la-triquinuela-del-multirut/>

ROJAS MIÑO, Irene, Por qué la Ley del "Multirut" constituye un retroceso en los derechos de los trabajadores, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/07/19/por-que-la-ley-del-multirut-constituye-un-retroceso-en-los-derechos-de-los-trabajadores/>

SKOKNIC, Francisca, Grandes tiendas II: las mil y una razones sociales que fragmentan a los trabajadores, en <http://ciperchile.cl/2008/03/13/las-mil-y-una-razones-sociales-que-fragmentan-a-los-trabajadores/>

UGARTE, José Luis, Ley de Multirut: de vuelta a los gloriosos 90, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/06/23/ley-de-multirut-de-vuelta-a-los-gloriosos-90/>

UGARTE, José Luis, Multirut: mortalmente parecidos, en <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/04/24/multirut-mortalmente-parecidos/>

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 534-06, del 21 de agosto de 2006.

Corte Suprema, Sentencia Rol N° 3874-2008, del 13 de octubre de 2001.

Corte Suprema, Sentencia Rol N° 4877-2011, del 2 de mayo de 2002.

Corte Suprema, Sentencia Rol N° 4005-2002, del 13 de agosto de 2006.

Corte Suprema, Sentencia Rol N° 8482-2010, del 22 de julio de 2011.

Corte Suprema, Sentencia Rol N° 16.310-2013, del 23 de julio de 2014.

Corte de Apelaciones de Iquique, Sentencia Rol N° 52-2004, del 15 de abril de 2004.

Corte de Apelaciones de La Serena, Sentencia Rol N° 53-2005, del 8 de julio de 2005.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 307-1991, del 6 de junio de 1991.

Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 2044-2015, del 9 de febrero de 2016.

Corte de Apelaciones de Talca, Sentencia Rol N° 50-2010, del 29 de junio de 2010.

Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Rol N° 109-2015, del 21 de julio de 2015.

Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT T-702-2014, del 29 de abril de 2015.

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia RIT O-1601-2011, del 28 de diciembre de 2011.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO

Dictamen N° 1210, del 3 de junio de 1982.

Dictamen N° 2856/162, del 30 de agosto de 2002.

Dictamen N° 3406/054, del 3 de septiembre de 2014.

Dictamen N° 1054/022, del 18 de febrero del 2016.