



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**DESNATURALIZACIÓN DE LA CALIDAD DE EMPLEADOR Y FRAUDE A LA LEY
LABORAL A LA LUZ DE LA LEY 20.123**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Pablo Villar Maureira

Pablo Cayul Villalobos

Profesor Guía: Sr. Víctor Ricardo Juri Sabag

ÍNDICE

Página

Introducción.

5

I. Consideraciones previas.

9

a. Contrato de trabajo y relación laboral.

9

b. Sujetos del vínculo laboral.

23

b.1. El trabajador.

23

b.2. El empleador.

26

II. El principio de primacía de la realidad.

28

a. Fundamento positivo de este principio.

30

b. Reconocimiento del principio de primacía de la realidad por parte de la jurisprudencia judicial y administrativa.

31

III. Las relaciones laborales en el contexto actual.

36

¿Crisis del derecho del trabajo?

a. La empresa como contexto de la relación laboral.

42

a.1. La empresa y su evolución histórica: la descentralización y la horizontalidad como nuevos paradigmas.

42

a.2. El concepto de empresa para la ley laboral.

46

a.3. Los grupos de empresas y la desprotección al trabajador.

52

a.4. Modificaciones al concepto legal de empresa. Discusión y nulos resultados.

58

b. El fenómeno de las relaciones triangulares en el ámbito laboral.

60

c. Subcontratación y suministro. Manifestaciones diversas de la externalización.

62

IV. Antecedentes en el plano internacional. La subcontratación y el

66

suministro de trabajadores para la OIT.

a. Discusión sobre la subcontratación. Ausencia de criterio vinculante.

66

b. El convenio 181 de la OIT. Criterio unitario en materia de suministro de trabajadores.70

V. La subcontratación laboral en el derecho nacional.

77

a. Antecedentes legislativos de la subcontratación.

79

b. La Ley 20.213: Antecedentes e implementación.

83

c. La subcontratación en la actual legislación.

90

c.1. Responsabilidades de la empresa principal en el régimen de

97

subcontratación establecido por la Ley 20.123.

c.1.1. Responsabilidad subsidiaria de la empresa principal

97

c.1.2. Responsabilidad solidaria de la empresa

principal

99

c.1.3. Responsabilidad de la empresa principal en materia de seguridad e

higiene.

04

1

VI. El suministro de trabajadores.

105

a. El contrato de puesta a disposición: La base jurídica de esta relación triangular.

112

b. Efectos del Contrato de Puesta a Disposición

115

c. El contrato de trabajo transitorio

116

d. Condiciones de trabajo del trabajador suministrado

117

e. Régimen de responsabilidad de las empresas usuarias.

119

VII. Críticas a la Ley 20.123. Tareas pendientes para el legislador.

122

a. Opinión de la doctrina.

122

b. Opinión de los trabajadores.

125

VIII. La transgresión a los objetivos de la Ley 20.123: conductas ilícitas

128

cuyo resultado es la desnaturalización de la calidad de empleador.

a. El fraude a la ley en materia laboral.

128

a.1. El factor subjetivo en el fraude a la ley.

132

b. La cesión ilegal de trabajadores.

134

b.1. Antecedentes legislativos de la cesión ilegal de trabajadores.

136

b.2. Hipótesis de cesión ilegal de trabajadores vigentes en base a la Ley 20.123.

138

b.3. Régimen sancionatorio.

141

c. Hipótesis del artículo 507 del Código del Trabajo.

142

c.1. Simulación de contratación de trabajadores a través de terceros.

142

c.2. Segunda figura. El subterfugio. Antecedentes y alcance.

152

IX. Manifestación concreta de la desnaturalización de la calidad

159

de empleador. Las empresas “multirut”.

X. Ineficacia en los hechos de los objetivos de la Ley 20.123.

163

Análisis crítico de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

Conclusiones.

172

Bibliografía.

182

a. Obras.

182

b. Páginas Web visitadas.

185

INTRODUCCIÓN

La existencia en nuestro país de una nutrida y cambiante legislación laboral, denota la preocupación de la sociedad por brindar una adecuada protección a los trabajadores frente a una realidad que ha evolucionado vertiginosamente, en base a los crecientes avances tecnológicos y la consecuente variación de las economías.

En ese afán de protección mencionado, se configura una red legislativa de limitaciones a la libertad empresarial que suele ser resentida por los empleadores, quienes, de encontrarse regidos por la legislación común, tendrían un margen de acción mayor en sus pactos con los trabajadores, cuya capacidad negociadora es comúnmente menor. Esto, ciertamente, es un incentivo para que los empleadores intenten evadir su calidad de tales, mediante diversas conductas que impliquen, bien el uso de contratos formalmente civiles que encubran una relación laboral –como es el caso de los empleadores que pactan contratos a honorarios con los trabajadores, tratándose, en la realidad material, de un vínculo no civil, sino que puramente laboral– o bien dentro de la legalidad laboral, se configure la aparición de un empleador diverso al real que, por ende, sea el obligado al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales para con los trabajadores. Esta última hipótesis, que llamaremos de desnaturalización formal de la calidad de empleador, es el objeto básico de estudio en este trabajo.

A través de la presente investigación, buscamos analizar cuál es el marco legal de las conductas de desnaturalización de la calidad de empleador, su eventual carácter fraudulento y el estado actual de los trabajadores frente a tal realidad, teniendo en consideración el campo normativo vigente al respecto y su aplicación práctica.

En este sentido, la primera inclusión de una hipótesis de elusión de la calidad de empleador ilícita es identificable con la Ley 19.250 en el año 1993, la cual añadió el artículo 478 del Código del Trabajo, actual 507, que permite sancionar al empleador que incurra en simulación de la contratación de trabajadores a través de terceros o

que recurra a algún subterfugio que tenga por objeto desvincularse del cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales para con los trabajadores.

Dicha norma consagra dos ilícitos diversos que para la doctrina laboralista constituyen fraudes a la ley laboral y cuyo sentido ha sido diversamente interpretado a lo largo de los años tanto por la doctrina como por la jurisprudencia judicial y administrativa.

A tal norma pueden sumarse las modificaciones realizadas por el legislador en el año 2001 (mediante la Ley 19.759) y, principalmente, la entrada en vigencia de la Ley 20.123 que regula la subcontratación y suministro de trabajadores, ley que a nuestro juicio permitiría identificar de una mejor manera los casos en que un empleador incurre en fraude, toda vez que establece de una forma clara los criterios para señalar que se está frente a un caso de subcontratación o suministro de trabajadores. Esto, pues el escenario paradigmático de abuso del empleador mediante la desnaturalización de su calidad de tal ocurre en el contexto de la externalización de trabajadores.

El motivo que nos impulsa a realizar esta investigación es la necesidad de constatar la efectividad de la normativa laboral, frente a la eventual evasión de las responsabilidades de los empleadores y la consecuencial burla a los derechos de los trabajadores con la paralela violación a un principio básico del derecho laboral como es el principio de primacía de la realidad.

Esto, pues la conducta expuesta conduce a la indefensión de los trabajadores, quienes en muchos casos ignoran quién es realmente su empleador, o ejercen acciones en contra de empleadores “nominales”, pero no reales.

Por su parte, dicha acción del empleador puede significar un fraude a la ley laboral o, simplemente, una cesión ilegal de trabajadores. Cualquiera sea el escenario se perjudica no sólo al trabajador, sino también a la vigencia de la ley laboral y sus principios.

Para ello es menester clarificar una serie de conceptos que son base para esta investigación, y entender el contexto en el cual la externalización de trabajadores se ha masificado de un modo exponencial, para así plantearnos el rol que el derecho del trabajo debe tener en la regulación de estas nuevas formas de relación laboral, así

como las nuevas tendencias en la economía en general. Un importante objeto de estudio previo es el concepto de empresa y su elasticidad jurídica en relación con la calidad de empleador, ya que este factor es ampliamente utilizado por quienes defraudan o, simplemente, violan la ley laboral en detrimento de los derechos de los trabajadores.

Hecho aquello, es menester realizar un análisis de las dos hipótesis legales de externalización de trabajadores en virtud de la Ley 20.123, cuales son la subcontratación y el suministro de trabajadores. Sólo en virtud de ello podremos definir el campo de aplicación de ambos regímenes legales y, consecuentemente, delimitar el marco de legalidad de las operaciones laborales externalizadas.

Luego de analizar el complejo normativo que esta nueva legislación creó es menester revisar críticamente qué aspectos no han sido regulados adecuadamente por dicha legislación, lo cual nos permitirá vislumbrar el panorama actual de los trabajadores parte de dicho régimen y cuán significativa ha sido esta legislación para ellos.

Posterior al análisis de la Ley 20.123 es menester abocarnos al estudio del fraude a la ley laboral, delimitar su concepto y relacionarlo con el suministro ilegal de trabajadores. En tal sentido debemos definir si todo suministro ilegal, es decir, fuera del marco normativo del régimen de subcontratación o suministro consagrado por la Ley 20.123 implica, a su vez, un fraude a la ley. Ello implica estudiar el concepto de fraude a la ley, su consagración en el Código del Trabajo, los elementos que conlleva para los autores y las hipótesis de cesión o suministro ilegal de trabajadores, por otro lado, identificando dentro de éstas cuáles son propiamente fraudulentas. Además, es menester estudiar las hipótesis del artículo 507 del Código del Trabajo, paradigmáticas en la construcción de un concepto de fraude a la ley laboral en atención a su temprana consagración expresa en la ley. Finalmente, nos referiremos a las empresas popularmente conocidas como “multirut”, las cuales se han masificado dramáticamente, mermando los derechos de los trabajadores. Dicha hipótesis es, eventualmente, asimilable a los subterfugios del artículo 507 mencionado, y ambas son un ejemplo perfecto de desnaturalización de la calidad de empleador no requiriendo necesariamente la existencia de un régimen externalizado formal. Por ello las analizaremos separadas, aunque teniendo en cuenta su relación.

Luego de este estudio, será posible evaluar la importancia de la Ley 20.123 en el control del fraude a la ley laboral, el suministro ilegal de trabajadores y, en general, de las conductas de los empleadores que desfiguran su calidad de tales que, fraudulentas o no, violan y ofenden el ordenamiento jurídico laboral en sus cimientos. En esta sede estudiaremos la aplicación que las normas de la Ley 20.123 ha implicado para los trabajadores básicamente analizando sentencias de la Corte Suprema dictadas sobre la materia.

Finalmente esperamos tener un panorama acerca del régimen externalizado de contratación de trabajadores, el fraude a la ley laboral, la cesión ilegal de trabajadores y las soluciones que caben ante los riesgos que este sistema cada vez más masivo de trabajo implica para los derechos de los trabajadores, así como la situación para los trabajadores que, no externalizados formalmente, son víctimas de la atomización de sus empleadores y, por ende, perjudicados en diversos sentidos. Obtenido dicho panorama esperamos efectuar propuestas de solución que perfeccionen el sistema vigente.

I. Consideraciones previas.

a. Contrato de trabajo y relación laboral.

El derecho laboral es una rama jurídica que surge de la idea que la relación laboral no es una unión contractual en sentido clásico, sino que se trata de una relación asimétrica al involucrar fuerzas desiguales en las partes que la componen. Por ello es el derecho del trabajo una disciplina especial y protectora al trabajador, tratándose de una regulación tuitiva en términos generales. Esto, porque no necesariamente todas sus normas o instituciones tienen tal carácter, sin embargo la tuitiva al trabajador es un principio básico de la disciplina.¹ Por ello, es posible sostener que la especial naturaleza de la relación laboral es el fundamento del derecho del trabajo. La principal característica de esta relación, que representa un vínculo jurídico particular, es la existencia de subordinación o dependencia de la parte trabajadora a las directrices impartidas por la parte empleadora. El que dicha relación se constituya en un plano de desigualdad de fuerza entre las partes, entre las cuales el trabajador sin duda es un contratante más débil, amerita como base el sistema de protección del derecho del trabajo y su estatuto esencialmente tuitivo.

En la línea de lo expuesto, un rasgo fundamental de la relación laboral es que implica una colisión de intereses. En tal línea, se plantea por la doctrina que es menester reparar la desigualdad económica entre sus partes. En ese sentido el derecho del trabajo tendría un objetivo redistributivo dado por la consecución de objetivos de justicia que son imposibles de obtener en base a la sola actuación del mercado. La intensidad de la promoción o incentivo a dicha redistribución dependen de la posición de la que se parta el análisis. La visión actual al respecto difiere en diversos términos de los fundamentos iniciales de esta disciplina. Así, se sostiene que en nuestros días el derecho del trabajo tiene otro tipo de funciones, como lo es promover el empleo.²

Por su parte, es el contrato de trabajo la herramienta jurídica de surgimiento de la relación laboral. En otras palabras, el contrato de trabajo es el acto jurídico que es

¹ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 4ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Págs. 33 Y 34.

² RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 67.

presupuesto de una relación de carácter laboral. De manera conteste con la existencia de esta legislación especial a la ley civil general y común, tanto el contrato de trabajo como la relación laboral que éste origina tienen caracteres especiales que los autores han tematizado de manera constante. Sin embargo, la existencia de un contrato –resabio de la común legislación civil que antaño reguló estas materias- no deja de ser discutible a nivel doctrinario, así como de plano la subordinación del derecho del trabajo a un plano jurídico definitivamente público, como es el derecho constitucional. En los siguientes párrafos expondremos los principales comentarios de la doctrina acerca de la naturaleza y fundamentos tanto del contrato de trabajo como de la relación laboral, conceptos básicos para comprender el problema de la externalización en las relaciones laborales y los supuestos de fraude por parte del empleador en tal contexto. Tratamos ambos temas de modo conjunto dada su evidente relación.

Pese a su especial naturaleza, el contrato de trabajo no se origina de modo espontáneo, sino que tiene una indudable raigambre jurídico - positiva dada por la noción de contrato en un ámbito amplio que, a su vez, refleja la idea de obligación, es decir, el vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe una prestación a otra.³ En el ámbito de la doctrina comparada, comenta CABANELLAS que su naturaleza jurídica ha sido discutida, incluso negándosele la calidad de contrato. Así, señala que esta clase de contrato “puede calificarse del menos contrato de todos los contratos”. En esta línea, los autores en general manifiestan opiniones divergentes, así por ejemplo para RIPERT la tipología contractual actual puede categorizarse como semilegal o semicontractual al tener sólo como presupuesto el consentimiento de las partes. Por su parte, JOSSERAND discrepa planteando que la terminología es preferible al término utilizado de modo más recurrente en el siglo XIX, cual es el de “arrendamiento de servicios”, denominación que omite la libertad humana de los trabajadores. PLANIOL, en la otra vereda, señala que el único término riguroso a nivel de ciencia jurídica al respecto es precisamente el de arrendamiento de trabajo. Sin perjuicio de ello en la actualidad la expresión “contrato de trabajo” se acepta de un modo masivo por los autores y así se ha reflejado aquello en las legislaciones positivas comparadas. Tal evolución demuestra que la noción específica de contrato de trabajo es de data relativamente reciente, pues antes del siglo XX se sostenía la existencia de un arrendamiento civil de servicios sin más. Si bien la doctrina en general logró un acuerdo acerca de la existencia de un contrato de trabajo con caracteres propios y diverso del arrendamiento de servicios o mano de obra, en este trabajo veremos cómo

³ CABANELLAS, Guillermo. Compendio de derecho laboral. Tomo I. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2001. Págs. 313 y 314.

la masificación de la externalización laboral ha llevado a un retorno, en lo práctico, de la vigencia de tal civil categoría para regir vínculos que, en rigor, son relaciones laborales en sentido estricto.

Por su parte, en el marco de la doctrina nacional, HUMERES comenta, asimismo, la diversidad de teorías existentes al respecto resaltando que en nuestra tradición jurídica aún puede considerarse vigente, como fue expuesto, la necesidad de un contrato de trabajo para concebir una relación laboral. Como este autor bien hace notar, diverso es el caso de otros sistemas jurídicos como el alemán, el cual ha superado la dependencia de la concepción contractual en un contexto de constitucionalización de los derechos laborales y su consecuente emancipación de la categorización meramente civil contractual. En esta línea ciertos autores han resaltado el carácter objetivo de la relación laboral versus la subjetividad de la posición contractualista haciendo hincapié en que el trabajador al insertarse en una relación laboral simplemente asiente en el ingreso a una situación jurídica previamente constituida por el empleador. También procede exponer los reparos que esta línea de pensamiento genera fundadamente. Así, la extrema objetivación que implica la relación laboral puede desnaturalizar el consentimiento que el trabajador debe prestar para la existencia de una relación laboral pudiendo caerse en la imposición del trabajo. Sin perjuicio de ello, en nuestro sistema jurídico es indispensable la existencia de un contrato de trabajo para la concepción de la relación laboral y aquello se basa en la insuficiencia legislativa referente al concepto de relación laboral (tan sólo se refieren a ella los artículos 1° y 8° del Código del Trabajo) y la insostenibilidad de dicho concepto en nuestra cultura jurídica nacional.⁴

También abordan dicha relación THAYER y NOVOA, quienes se refieren a la comentada diferencia insalvable entre los autores y el carácter relacionalista de la tesis anticontractual alemana, según la cual el trabajador simplemente acepta las condiciones de un orden preestablecido previamente por el legislador, la organización sindical o el reglamento de la empresa. Señalan que esta línea de pensamiento está íntimamente relacionada con una concepción de la empresa empleadora en tanto institución, como contraposición a la fuerza colaborativa temporal de los trabajadores, lo cual implica una visión jurídico objetiva de la situación laboral. Sin embargo los críticos de esta postura señalan que no es posible sostener una objetividad pura en las

⁴ HUMERES, Héctor. Derecho del trabajo y de la seguridad social. Tomo I. 17ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2007. Págs. 97 a 100.

relaciones desde que es posible que exista una base contractual en sentido clásico entre trabajador y empleador, siendo las disposiciones de derecho objetivo sólo supletorias a dichas estipulaciones.⁵ Ante ello cabe señalar que precisamente el sello del derecho laboral es ofrecer un piso amplio regulatorio que se encuentra por sobre la libertad contractual en una serie de aspectos que significan derechos irrenunciables para el trabajador y que se encuentran objetivamente regulados por sobre la voluntad incluso contraria de aquél. Por otro lado, y como se sostiene en la vereda favorable a la doctrina alemana, es la incorporación objetiva de un trabajador a una empresa o la prestación de servicios por su parte lo que amerita la protección del derecho laboral y no el acuerdo de voluntades por sí mismo.

Sin perjuicio de las discusiones sobre la necesidad de una base contractual para una relación de trascendencia laboral es efectivo que ambos conceptos se refieren a distintos fenómenos interrelacionados, pues por un lado el contrato de trabajo alude al acuerdo de voluntades necesario entre empleador y trabajador para que se desarrolle una relación de trabajo, la cual es una situación jurídica que, como señalan THAYER y NOVOA, es el verdadero objeto de protección del derecho laboral más que el mero negocio jurídico que le sirve de base. Dichos autores sostienen que nuestra legislación protege la realidad del vínculo laboral en atención a lo prescrito por el artículo 8 del Código del Trabajo, el cual señala expresamente la protección que el derecho del trabajo otorga a las relaciones jurídicas desenvueltas en los términos del artículo 7 de dicho Código, es decir, prestaciones de servicios bajo subordinación o dependencia exista o no un contrato expreso, el cual se presume por la ley. En este sentido nuestro legislador reconocería levemente los fundamentos de la tesis alemana aunque no por ello deja de adscribir al contractualismo francés tal como lo advierten THAYER y NOVOA, quienes plantean de modo ferviente que la relación laboral sin un contrato de trabajo como predecesor lógico es una situación de excepción cuyo amparo jurídico es precisamente mantener la fluidez de las relaciones jurídicas y especialmente laborales. Sin perjuicio de ello no puede sostenerse su validez general pues aquello implica desatender la importante base de la autonomía de la voluntad en la generación de una relación laboral desde que cada trabajador y empleador efectúan una decisión racional acerca de bajo qué condiciones se habrán de obligar.⁶

⁵ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Pág. 40.

⁶ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Págs. 41 y 42.

Por su parte, es innegable que el artículo 8 del Código del Trabajo citado precedentemente implica una vía idónea para proteger las situaciones de connotación laboral en un plano de realidad amparando la eventual desprotección del trabajador frente a la inexistencia de un contrato de trabajo expreso. Así, dicha presunción de contrato ha resultado ser una eficaz herramienta para otorgar el carácter de relación laboral a diversas situaciones que, pese a la definición sobre su naturaleza jurídica dada por las partes involucradas, importan en la realidad un vínculo de carácter laboral. En la misma Alemania, país cuna de la teoría alternativa objetiva anticontractualista, destaca DAUBLER que pese a la primacía de la teoría contractualista la jurisprudencia ha aplicado el principio de la realidad en una serie de casos carentes de fuente contractual. Lo mismo cabe decir de la situación chilena, donde este artículo 8 mencionado ha sido la base para una nutrida jurisprudencia sobre la materia.⁷ Dicha jurisprudencia sin duda es de alta relevancia para la materia específica a ser investigada en este trabajo, puesto que en muchos casos los trabajadores se encuentran formalmente contratados para cierta empresa prestando realmente servicios para otro empleador. Así, una sentencia de la Corte Suprema del año 1990 señala claramente que:

“La circunstancia de que los trabajadores tengan contrato escrito con otra empresa, distinta de la demandada, no obsta a concluir que son dependientes de esta última, toda vez que en materia laboral debe estarse más a las características que la relación presenta antes que a la fisonomía o apariencia que se pretenda darle”.⁸

Esto se relaciona directamente a uno de los principios clave en materia de derecho laboral, cual es el principio de primacía de la realidad, el cual será abordado más adelante. Por lo pronto, huelga sostener que en nuestro sistema nacional si bien existe una visión contractualista sobre el origen de una relación laboral, aquella es morigerada en base a un criterio objetivo basado en la realidad material laboral dado por la existencia práctica de una relación de connotación laboral vigente.

CABANELLAS otorga al efecto una definición de contrato de trabajo, señalando que es:

“aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración o

⁷ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Pág. 43.

⁸ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Pág. 44.

recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra”.⁹

Destaca este autor que la definición otorgada sintetiza los planteamientos tanto de quienes sostienen que se trata de un contrato en un sentido técnico como de quienes difieren de dicha postura y plantean la existencia de una relación de trabajo dada por la prestación de servicios. Asimismo, se destacan los elementos que caracterizan al contrato de trabajo, dados básicamente por su naturaleza privada (dejándose al margen de ella, entonces, a los funcionarios públicos) y de carácter económico y consistente en una remuneración de cualquier especie dada por el goce de los servicios profesionales de una persona y existiendo una dirección del empleador o subordinación del trabajador, representando estos caracteres las dos caras de una misma moneda.¹⁰

Expone el autor en comentario su propia definición de contrato de trabajo, señalando al efecto que se trata de:

“el acuerdo, expreso o tácito, por virtud del cual una persona realiza obras o presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, a cambio de una remuneración”.¹¹

En la doctrina nacional, THAYER y NOVOA analizan la definición de dicho acto jurídico ofrecida por nuestra normativa laboral vigente, el artículo 7 del Código del Trabajo. Dicho texto legal señala:

“Art. 7.o Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”

Para los autores en comentario, de dicha definición es posible extraer cuatro elementos del contrato de trabajo, cuales son la existencia de un acuerdo de voluntades entre el empleador y el trabajador, la obligación de este último de prestar servicios al empleador, la consiguiente obligación del empleador de pagar al trabajador una remuneración determinada por la labor ejercida y, finalmente, la relación de subordinación o dependencia como contexto de la prestación de servicios ya

⁹ CABANELLAS, Guillermo. Compendio de derecho laboral. Tomo I. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2001. Pág. 319.

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo. Compendio de derecho laboral. Tomo I. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2001. Pág. 319.

¹¹ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Págs. 29 y 30.

mencionada. Al respecto, sostienen que este último rasgo más que un elemento del contrato de trabajo es una característica suya de difícil precisión, siendo incluso desechada por ciertos autores a la hora de conceptualizar la relación laboral, realzando de mayor manera la ajenidad que esta relación implica en el sentido de prestar el trabajador un servicio por cuenta de otro. Ya volveremos más adelante al cuestionamiento del paradigma de la subordinación o dependencia e incluso de la ajenidad para efectos de analizar el contexto actual de las relaciones laborales.

Comentan THAYER y NOVOA que la definición del Código del Trabajo no se refiere a los especiales caracteres de la relación laboral salvo el factor de subordinación o dependencia, siendo un ejemplo de ellos el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo. Sin embargo aquello no tiene una connotación negativa para dichos autores, desde que el contrato de trabajo es para ellos una suma de diversos caracteres que son sumamente variables y dinámicos.¹²

La naturaleza jurídica del contrato de trabajo ha sido arduamente discutida por los autores. Se han dado al respecto varias teorías, las cuales se revisarán de somero modo. En primer lugar se planteó que el contrato de trabajo era en verdad un contrato de arrendamiento de servicios. Esta posición, como ya fue comentado, es planteada por el jurista francés PLANIOL, quien afirma que el objeto arrendado es la fuerza de trabajo capaz de ser desempeñada por una persona. Sin embargo esta asimilación al arrendamiento adolece de defectos, ya que omite el carácter de comunidad de la relación laboral al referirse el arrendamiento a un mero intercambio patrimonial. El contrato de trabajo tiene elementos éticos y sociales que superan ampliamente dicha naturaleza jurídica, los que por lo demás implican también una especial regulación y protección por parte del legislador. Además de la diferente naturaleza de ambos contratos en la práctica suele utilizarse la contratación “a honorarios” con el objeto de encubrir una verdadera relación laboral, como lo denuncian THAYER y NOVOA y se expuso en la introducción a este trabajo. Esto demuestra la diferencia entre ambos institutos y la consiguiente regulación diversa a la que se ven enfrentados, lo cual funda el afán de los empleadores de rehuir las normas laborales, más protectoras del trabajador optando por la regulación civil de orden patrimonial y básicamente supletoria de la voluntad de las partes.^{13 14}

¹² THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Pág. 30.

¹³ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Págs. 44 a 48.

En segundo lugar se ha planteado que el contrato de trabajo reviste la naturaleza jurídica de un mandato. Dicha teoría tampoco es satisfactoria desde que el mandato importa la celebración de actos jurídicos por parte del mandatario y el contrato de trabajo implica la ejecución de toda clase de servicios por parte del trabajador. Esto sin perjuicio de que en ciertos cargos sí se configuren elementos del mandato como, por ejemplo, el caso de los gerentes o plana mayor de una empresa, quienes tienen la capacidad de representar a su empleador en ciertos actos jurídicos. También se ha sostenido que se trata de una sociedad, sin embargo al trabajador le falta el elemento más fundamental de toda sociedad, cual es la *affectio societatis*.¹⁵

La doctrina concluye de un modo más o menos conteste que la naturaleza del contrato de trabajo no es ninguna de las anteriormente planteadas y que dicho acto tiene caracteres propios distintivos que no necesariamente encuadran en las categorías civiles preexistentes. En ese sentido se ha planteado que el contrato de trabajo tendría una naturaleza *sui generis* que responde a un fenómeno socio económico determinado y que, por ende, posee caracteres particulares sin olvidar que su base es netamente de derecho privado. Consecuentes con aquello, THAYER y NOVOA hacen hincapié en que el contrato de trabajo es un contrato de derecho privado, ya que rige relaciones entre particulares, sin perjuicio de que está sujeto a una regulación tuitiva por parte del legislador –lo que no es exclusivo de dicho contrato y es posible de percibirse en otras figuras de carácter jurídico-privado- limitativa de la autonomía de la voluntad y que, paralelamente no opere la conmutatividad que comúnmente es la base de dichos negocios jurídicos civiles.¹⁶

LIZAMA señala, por su parte, que la subordinación y la dependencia es el elemento esencial del contrato de trabajo y determina la posición que las partes han de tener durante la vigencia de éste. Por un lado se encuentra el empleador, quien ejerce potestad de dirección, y por otro, el trabajador, quien se encuentra en una posición de sujeción a su respecto.¹⁷

¹⁴ O bien por la legislación laboral, aunque rehuida mediante un empleador formal diverso al empleador real, precisamente el problema objeto de nuestro estudio.

¹⁵ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Págs. 48 a 54.

¹⁶ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Págs. 55 a 57.

¹⁷ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 18.

La subordinación o dependencia ha sido caracterizada por la Dirección del Trabajo en su Dictamen 5848/386, de fecha 26 de noviembre de 1998, cuyo texto señala, en lo pertinente:

“Del contexto de los preceptos anotados se desprende que constituirá contrato de trabajo toda prestación de servicios que reúna las siguientes condiciones:

- a) Una prestación de servicios personales;
- b) Una remuneración por dicha prestación, y
- c) Ejecución de la prestación en situación de dependencia y subordinación respecto de la persona en cuyo beneficio se realiza, elemento este último que permite diferenciar el contrato de trabajo de otras relaciones jurídicas.

De las mismas disposiciones fluye que la sola concurrencia de las condiciones precedentemente enunciadas hace presumir la existencia de un contrato de trabajo aún cuando las partes le hayan dado otra denominación a la respectiva relación jurídica, de suerte que estaremos en presencia de un contrato de trabajo si en la práctica se dan los elementos señalados, no obstante haberse suscrito un convenio de otra naturaleza.

Sin embargo, y en relación con el requisito signado con la letra c), esta Dirección reiteradamente ha establecido que el vínculo de subordinación y dependencia se materializa cuando concurren diversas manifestaciones o elementos fácticos determinantes, tales como:

- a) La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento.
- b) La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo.
- c) Durante el desarrollo de la jornada el trabajador tiene la obligación de asumir, dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente, sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores.
- d) El trabajo se realiza según las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Esta supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador.
- e) Por último, las labores, permanencia y vida en el establecimiento, durante la jornada de trabajo, deben sujetarse a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador.

Es del caso consignar que los elementos fácticos precedentes, que revisten la calidad de determinantes del vínculo de subordinación y dependencia, se configuran y definen en cada caso concreto por las particularidades y modalidades que presente la prestación de servicios del trabaja en consecuencia, no obstante que el dependiente de que se trata esté contratado a honorarios se debe entender que el mismo tiene un

contrato de trabajo, por el sólo hecho de configurarse los elementos ya analizados que definen la relación laboral.”¹⁸

Aquellos elementos a los que alude la Dirección del Trabajo son los llamados “indicios” de una relación de trabajo, que deben ser evaluados de modo casuístico para determinar su existencia. Dichos indicios son de alta relevancia para la materia que nos convoca, en especial para determinar los casos en que, existiendo relación laboral, se utiliza la externalización de trabajadores o la atomización de empresas para aparentar que tal vínculo se configura con otro empleador.

Analizando el contrato de trabajo desde una perspectiva civil, se trata de un contrato bilateral, ya que obliga a ambas partes. Además, es oneroso ya que ambas partes reciben un beneficio. La reciprocidad y equivalencia de las prestaciones le otorga el carácter de contrato sinalagmático conmutativo. Por otro lado, se trata de un contrato consensual, aunque típico, pues se encuentra regulado por el Código del Trabajo. Adicionalmente, el legislador fija el contenido de las cláusulas de este contrato estableciendo ciertos límites en protección al trabajador, por ello se trata de un contrato dirigido. La debilidad del trabajador se refleja en otro carácter del contrato de trabajo, cual es el ser un contrato de adhesión, ya que normalmente las cláusulas son fijadas por el empleador. Finalmente, el contrato de trabajo es, en categorías civiles, un contrato de tracto sucesivo, ya que su cumplimiento implica la ejecución de las prestaciones en el tiempo.¹⁹

En cuanto a la relación entre el contrato de trabajo y la relación laboral, precisan THAYER y NOVOA que la relación de trabajo es la consecuencia de la existencia de un contrato, de manera conteste con lo expuesto ya en relación a nuestro sistema laboral nacional. Para ellos la relación de trabajo resultante del contrato es la que le da a este último sus especiales caracteres que lo distinguen de otros actos jurídicos bilaterales civiles o mercantiles. Esta relación tiene diversos caracteres que la particularizan.

En primer lugar se trata de una relación personal en un sentido de fidelidad contrapuesto al carácter patrimonial de las obligaciones de naturaleza civil. Esta característica es ciertamente una conquista de la evolución del pensamiento jurídico a través del siglo XX, pues dista del carácter impersonal del que estaba dotada la

¹⁸ Dirección del Trabajo. Dictamen 5848/386 [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86814.html>> (Fecha de consulta: 28-8-10).

¹⁹ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 21.

relación laboral en tiempos más pretéritos asociada netamente al arrendamiento de servicios, como ha sido comentado. Sin embargo, a nivel jurídico positivo la base de este carácter cuya consecuencia es el contenido ético jurídico del contrato de trabajo asociado a la fidelidad de las partes se encontraría no en el Código laboral, sino que en el Código Civil, en su artículo 1546.²⁰

En segundo término en la relación laboral el trabajo es realizado por el trabajador por cuenta ajena y no propia, lo que implica que el producto del trabajo es propiedad de la empresa empleadora y el trabajador sólo es acreedor de la remuneración pactada por dicha labor, lo que también conlleva que el riesgo de la empresa sea solamente del empleador, no debiendo el trabajador soportarlo al tener éste derecho a su remuneración sea el resultado empresarial de ganancia o pérdida. Sin embargo estos términos no son absolutos y así la legislación los recoge, pudiendo existir ciertas implicancias para el trabajador de acuerdo con los resultados del trabajo realizado.²¹

En tercer lugar es la subordinación una característica de la relación laboral, recogida en el artículo 7 del Código del Trabajo en la actualidad en la definición de contrato de trabajo, situación innovadora si se compara con el Código de 1931, que no contemplaba dicho elemento. La real procedencia de la subordinación ha sido ampliamente discutida en doctrina, sin embargo en la práctica tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa han delimitado dicho concepto y han otorgado sentido y alcance a su vigencia legislativa. Al respecto, comentan THAYER y NOVOA que la subordinación ha reducido sus límites para tener en la actualidad una connotación básicamente jurídica y no personal como en tiempos pasados. El límite de dicha subordinación se encuentra, por ello, en la dignidad y los derechos del trabajador. Por la doctrina se sostienen básicamente tres manifestaciones de la subordinación del trabajador desde el punto de vista de las facultades que dicha subordinación otorga al empleador. Estas son: el poder de dirección, el *ius variandi* y el poder disciplinario. El poder de dirección implica la facultad del empleador de tomar las decisiones conducentes al buen funcionamiento de la empresa. El *ius variandi*, por su parte, se refiere a la posibilidad del empleador de modificar ciertos aspectos del contrato de trabajo primitivamente considerado, bajo los límites que la ley considera. Finalmente el poder disciplinario se relaciona con la potestad del empleador de conservar el orden

²⁰ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Págs. 31 y 32.

²¹ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Pág. 33.

en la organización. Por su parte, la subordinación se manifiesta en una serie de situaciones fácticas que son las que deben acreditarse en juicio con el objeto de demostrar la existencia de una relación de naturaleza laboral y no meramente civil. Así, se ha considerado una serie de situaciones con amplitud de criterio, determinadas básicamente por la primacía de la realidad en la determinación de una relación laboral, ya expuestas en el dictamen de la Dirección del Trabajo referente al tema. Sin embargo, como ha sido señalado, la existencia de trabajadores cada vez más calificados han hecho a la doctrina incluso prescindir de este elemento de la relación laboral. Los autores nacionales THAYER y NOVOA, reconociendo esta diferencia de criterios, señalan que la subordinación adquiere sentido como carácter diferenciador de la relación laboral si se da en el contexto de diversos elementos característicos de ella, es decir, en el contexto de una relación jurídico-personal.²²

En cuarto lugar se plantea el carácter profesional de la prestación como característica de la relación laboral. Esto quiere decir que la causa del ejercicio del trabajo por parte del trabajador es la remuneración que el empleador habrá de pagarle en base a ello. Por ende, se excluyen del ámbito laboral las actuaciones realizadas en base a un afán solidario o cooperativo, incluso si existe permanencia en éstos. THAYER y NOVOA agregan que este carácter sólo sirve para excluir los servicios prestados por cuenta ajena sin afán de lucro, pero que no sirve para delimitar la relación laboral de modo estricto, al ser aplicable también a los trabajadores que obran por cuenta propia y a los trabajadores públicos.²³

Como quinta característica de la relación laboral se señala su estabilidad y continuidad, la cual tiene dos sentidos diversos. En primer lugar se refiere a la estabilidad en el empleo como principio del derecho laboral consistente en el derecho del trabajador de permanecer en su puesto de trabajo de no existir factores legalmente justificados que funden la terminación de tal situación jurídica. En segundo lugar, se refiere esta característica a la exclusión del ámbito laboral de las prestaciones discontinuas o esporádicas. Este principio se encuentra recogido en el artículo 8 del Código del Trabajo y la estabilidad en el empleo funda un área completa de estudio del derecho laboral y de legislación correlativa, cual es la terminación del contrato de trabajo. Se sostiene por la doctrina que este principio es recogido de diversos modos

²² THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Págs. 34 a 37.

²³ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008. Pág. 38.

por la ley, todos los cuales demuestran el afán del legislador de que el vínculo laboral ostente una larga duración en el tiempo. Así, la ley protege la estabilidad en el empleo y la posibilidad de realizar cambios durante la vigencia de la relación laboral, tendiéndose a la continuidad laboral incluso en caso de incumplimientos de términos de éste por algunas de las partes en él involucradas. Asimismo, se consagra la continuidad de la empresa en caso de una traslación en la propiedad de ésta y se considera la suspensión de la relación laboral como fundamento de las interrupciones de ésta en el tiempo. Ello provoca una adaptabilidad de la relación laboral que ciertamente la hace más resistente al paso del tiempo.²⁴

Una definición de relación laboral que permite comprender a cabalidad dicho concepto conciliando las diferencias entre la postura adoptada por nuestra legislación y las visiones contrarias al contractualismo como base de ella es otorgada por el autor PÉREZ BOTIJA, quien señala que:

“es la relación que se produce entre la empresa y los trabajadores y está constituida por un conjunto de vínculos personales y patrimoniales que ligan entre sí a aquéllos, reconociéndoles derechos e imponiéndoles deberes de carácter moral y económico”.²⁵

Por ende, es posible reiterar lo ya expuesto, en cuanto al carácter esencial de la relación laboral como fundamento de la especial regulación del derecho del trabajo. De hecho, el que dicha relación haya evolucionado en el tiempo y ciertos elementos de ella carezcan de la fuerza de antaño para cierta doctrina amerita el revisar la vigencia de la protección del derecho del trabajo. Sin duda este tópico amerita una revisión separada que se realizará en los próximos párrafos.

b. Sujetos del vínculo laboral.

b.1 El empleador.

²⁴ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 4ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Págs. 38 a 40. Estas manifestaciones de la continuidad en la relación laboral son puestas en evidencia por el autor uruguayo Américo Plá y son ciertamente coincidentes con los lineamientos de nuestra legislación. Sin embargo, existe una menor protección del legislador en relación a la institución de la suspensión de la relación laboral, escasamente reglada en nuestro derecho a diferencia de su amplia regulación a nivel comparado. Sin perjuicio de ello, casos como la enfermedad del trabajador –que sin duda es uno de los más recurrentes motivos de interrupción momentánea en la prestación de servicios por parte del trabajador- se encuentra regulado en nuestro derecho y cubierto por la red de seguridad social. Lo mismo cabe sostener en el caso de las vacaciones o de ciertos permisos de base sindical o militar.

²⁵ HUMERES, Héctor. Derecho del trabajo y de la seguridad social. Tomo I. 17ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 100.

El concepto de empleador ha sido definido cuidadosamente por los autores, ya que no toda persona que contrata el trabajo de otra persona califica en este concepto. Así, y a nivel de doctrina comparada, GIDE señala que el patrono o empresario es quien posee la propiedad de un instrumento productivo y, dada su entidad, carece de la facultad de explotarlo por sí solo, requiriendo la asistencia adicional de un trabajador asalariado. CABANELLAS, por su parte, destaca a modo sintético que se trata del sujeto que recibe la prestación dada por el trabajo ajeno con un fin de lucro, o en otras palabras, el acreedor de la obligación de hacer nacida por el contrato de trabajo.²⁶

Se ha planteado como criterio diferenciador entre el empleador y el trabajador la búsqueda de la riqueza por parte del primero en contraposición al afán de subsistencia del segundo²⁷, aunque este criterio en la actualidad parece anacrónico, considerando básicamente la creciente importancia de las pequeñas empresas en la actividad productiva y la creciente cantidad de trabajadores altamente calificados que ciertamente pueden aspirar a un nivel considerable de riqueza a lo largo de su carrera.

Especial es el caso de los intermediarios y contratistas, quienes poseen rasgos singulares que es menester evaluar a la luz del objeto de estudio de este trabajo. Los intermediarios son los sujetos que sirven de ligazón entre las empresas y los trabajadores y los contratistas son quienes toman a su cargo la ejecución de un trabajo. La intermediación se trata para la doctrina de un contrato de subempresa en virtud del cual un subcontratista ejecuta los trabajos con obreros pagados por él y en acuerdo con un intermediario, quien debe proveer de lo necesario para la ejecución de las labores, estando el desempeño del subcontratista acotado a la mano de obra. Según comenta CABANELLAS esta especie de contratación laboral ha sido blanco histórico de variadas críticas, dadas básicamente “por descubrir un factor de envilecimiento del salario o de encarecimiento del producto”.²⁸ Ello nos muestra que la crítica a este sistema de trabajo no es meramente contingente.

²⁶ CABANELLAS, Guillermo. Compendio de derecho laboral. Tomo I. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2001. Pág. 348.

²⁷ CABANELLAS, Guillermo. Compendio de derecho laboral. Tomo I. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2001. Pág. 349.

²⁸ CABANELLAS, Guillermo. Compendio de derecho laboral. Tomo I. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2001. Pág. 351.

Ciertamente el estatuto jurídico del contratista y de la Empresa de Servicios Transitorios, la otra entidad intermediaria reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, comprende su calidad de empleador de los trabajadores externos. Sin perjuicio de ello, ciertas facultades son desdibujadas a favor de las empresas principal y usuaria, como se verá al estudiarse en profundidad ambos regímenes legalmente vigentes. Por el momento, es menester consignar que dichos intermediarios tienen la calidad jurídica de empleador sin más y, por ende, todo lo dicho respecto al empleador en este apartado rige para ellos.

En nuestro derecho positivo el artículo 3 del Código del Trabajo define al empleador en su letra a, señalando al efecto:

“a) empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”.

Como se verá, a diferencia del trabajador, quien sólo puede ser una persona natural, el empleador puede ser tanto una persona natural como una jurídica. Para el caso del empleador dicha distinción no tiene relevancia. El hecho de que el empleador sea, según esta definición, quien es la contraparte del trabajador en un contrato de trabajo, utilizando los servicios del trabajador en consecuencia, implica que la identificación de la calidad de empleador de un sujeto –a veces, tarea titánica, como se aborda en esta exposición- requiera la indagación acerca de quién es, pues, el beneficiario directo de los servicios intelectuales o físicos otorgados por el trabajador, o como dice LIZAMA, “de quien actúa efectivamente como tal”.²⁹

Una norma relacionada a la transcrita se encuentra en el artículo 4 del Código del Trabajo, que en su inciso primero presume de derecho la calidad de representante del empleador en el caso de ciertos sujetos planteando una hipótesis abierta en su parte final:

“Art. 4.o Para los efectos previstos en este Código, se presume de derecho que representa al empleador y que en tal carácter obliga a éste con los trabajadores, el gerente, el administrador, el capitán de barco y, en general, la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica.”

Como puede verse, el solo ejercicio de las potestades de dirección o, en otras palabras, el ejercer las facultades que la calidad del empleador otorga –es decir, la

²⁹ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 11.

dirección, el *ius variandi* y las facultades disciplinarias-, permiten presumir de derecho que nos encontramos frente a un empleador al tener tal sujeto la calidad de representante de éste. Un problema que han denunciado los trabajadores es la diferenciación entre la condición de empleador y la estructuración de un concepto de empresa, términos que para algunos debieran ser sinónimos, pero que bajo nuestro sistema, que define la empresa posteriormente –y cuyos alcances abordaremos más adelante- no lo son expresamente, tratándose de dos sujetos distintos para la doctrina. En esa línea, se plantea que el empleador es el sujeto que dirige y maneja la empresa, es decir, él es el autor de la organización de medios que la empresa supone.³⁰ Opinión diversa manifiesta UGARTE, para quien el que la definición legal de empresa sea una noción no económica, sino jurídico-laboral –la definición excluye el lucro dentro de sus objetivos necesarios, como se verá- implica que una persona natural empleadora de un trabajador de casa particular bien puede ser considerada empresa para efectos laborales. En ese sentido, la empresa cumple un mero rol de “factor de modalización de las obligaciones del empleador en materia laboral”, o sea, su función es solamente circunscribir el modo de cumplimiento del empleador de ciertas obligaciones laborales. Así, el reglamento de higiene y seguridad o las salas cuna.³¹

b.2. El trabajador

El artículo 3 del Código del Trabajo define al trabajador del siguiente modo en su letra b:

“b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”.

Esta terminología, a diferencia de la usanza en la etapa primaria del derecho del trabajo, comprende tanto a los obreros como a los empleados, antigua distinción basada en la primacía del trabajo físico por sobre el intelectual y viceversa.

LIZAMA extrae de la definición legal de trabajador cinco rasgos fundamentales:

1. Se trata de un trabajo personal, es decir, sólo puede ser trabajador un individuo humano. Ello se extrae de la frase “persona natural” usada por la norma. Si

³⁰ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 12.

³¹ UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007. Págs. 77 a 82.

bien ello parece ser evidente se explica en tanto se excluye la persona jurídica como sujeto de la relación laboral en su faz de trabajador. Esto, porque la prestación laboral efectuada por el trabajador tiene el carácter de una actividad o conducta con consecuencias productivas para el empleador. Ello explica por qué el contrato de trabajo se extingue con la muerte del trabajador y la imposibilidad de éste de otorgar la prestación laboral por medio de intermediación de sujeto.³²

2. Es un trabajo realizado de manera voluntaria. LIZAMA consigna este rasgo a propósito de la protección a la libertad de trabajo consagrada en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política y además de la referencia del artículo citado al origen contractual del carácter de trabajador. Ello se relaciona con la proscripción del trabajo forzado, sin perjuicio del cumplimiento de ciertas cargas legales como el servicio militar que no califican como excepción a este principio laboral.³³
3. Es un trabajo realizado a cambio de una remuneración. Por ende, el trabajador no se desempeña gratuitamente. El contenido patrimonial es constitutivo de la condición de trabajador.³⁴
4. Se trata de un trabajo realizado por cuenta ajena, es decir, el trabajador obra en un ámbito cuyo riesgo es asumido no por él, sino que por el empleador. Aquello lo deriva LIZAMA de la referencia normativa a la prestación de servicios personales, materiales o intelectuales.³⁵ Ya veremos más adelante que este es uno de los rasgos tradicionales del vínculo laboral que se han ido amoldando con el tiempo, presentándose hipótesis en las que el trabajador sí asuma ciertos riesgos en el desempeño de su rol.
5. Es un trabajo dependiente y subordinado al empleador. Ello conlleva que el trabajador forma parte de una actividad dirigida no por él, sino que por su empleador, debiendo cumplir los lineamientos que a tal respecto dicha parte establezca. Así, la jornada de trabajo, el cumplimiento de instrucciones, etc. Es

³² LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 8.

³³ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 9.

³⁴ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Págs. 9 y 10.

³⁵ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 10.

esta característica la que distingue al trabajador del trabajador independiente, quien al no estar sujeto a potestad directiva de nadie no es sujeto regido por el derecho del trabajo. Como LIZAMA bien advierte, este factor es de suma relevancia, pues en él normalmente se basan los Tribunales para determinar la existencia de una relación laboral, con todas las consecuencias que ello tiene.³⁶ En ese sentido, es este elemento el más importante para los efectos de detectar la correcta configuración de un régimen externalizado, o bien, la existencia de un fraude a la ley laboral o cesión ilegal de trabajadores.

II. El principio de primacía de la realidad.

El derecho como manifestación positiva tiene fundamentos teóricos en los cuales es posible identificar las hipótesis prácticas planteadas por las normas. Se trata de los principios del derecho, fuente jurídica de gran importancia, mayor aún en el ámbito laboral. Américo PLÁ, importante jurista laboral, define los principios señalando que éstos son:

“líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos”.³⁷

Los principios cumplen ciertas funciones en un sistema jurídico según este tratadista. Así, en primer lugar los principios tienen una función informadora en tanto se trata de una fuente material del derecho, base del sustrato valorativo existente en cada norma. Además, los principios sirven como instrumento de interpretación, precisamente a causa de revestir la norma con una valoración determinada. Finalmente, los principios pueden también cumplir un cometido de integración, cuando no existe texto legal positivo que resuelva un caso particular, o bien éste existe, pero su aplicación en el caso concreto es obstada por su obscuridad.³⁸ El llevar ínsito el

³⁶ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 10.

³⁷ PLÁ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma. 1998. Citado en: PALAVECINO, Claudio. Los principios del derecho del trabajo. Apuntes de cátedra de curso de Derecho Laboral impartido por la profesora Rosa María Mengod. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2008. Pág. 3.

³⁸ PLÁ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma. 1998. Citado en: PALAVECINO, Claudio. Los principios del derecho del trabajo. Apuntes de cátedra de curso de Derecho Laboral impartido por la profesora Rosa María Mengod. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2008. Págs. 3 y 4.

fundamento de las normas positivas también justifica esta función que los principios pueden cumplir.

En el derecho laboral existen una serie de principios propios que han sido contruidos tanto por la doctrina como la jurisprudencia. En este sentido, es menester recordar que el derecho laboral –por mucho que se utilicen categorías civiles en su desenvolvimiento práctico- es una disciplina diversa e independiente de las demás ramas del derecho, presentando un origen particular y tardío a nivel histórico si se le compara con las principales ramas jurídicas. Asimismo, los antecedentes del surgimiento de dicha disciplina también son particulares y diversos al restante sistema jurídico, ello explica la existencia de muchos principios sólo aplicables en esta área del derecho, que, por los fundamentos mismos de su aparición, son de capital importancia tanto en la dogmática laboral como en las normas que se han dictado hasta la fecha.

Así, y de modo ejemplar, existe el principio pro – operario o de protección al trabajador, el principio de continuidad de la relación laboral –para el caso del cambio en la titularidad del dominio de la empresa empleadora, consagrado en el artículo 4 del Código del Trabajo-, el principio de la irrenunciabilidad de los derechos para los trabajadores, etc.

Uno de los principios fundamentales del derecho laboral es, específicamente, el principio de la primacía de la realidad, cuya comprensión es de vital importancia para los objetivos de este trabajo. El jurista en comento lo define del siguiente modo:

“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 hechos”³⁹.

Este principio apunta a un afán básico del derecho del trabajo, cual es el de proteger la situación real en la que se encuentra el trabajador y esto implica que, entre la realidad formal y la realidad material debe siempre primar esta última. Por ende, es el sustrato fáctico de la relación laboral lo relevante para el derecho del trabajo, criterio objetivo, en desmedro de un criterio subjetivista que haga primar la voluntad plasmada en un acto jurídico en el cual se base dicha relación. Por ende, sólo si los acuerdos

³⁹ PLÁ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma. 1998. Citado en: PALAVECINO, Claudio. Los principios del derecho del trabajo. Apuntes de cátedra de curso de Derecho Laboral impartido por la profesora Rosa María Mengod. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2008. Pág. 12.

entre las partes coinciden con la realidad laboral dichas convenciones tendrán valor. Además, el hecho de tratarse de un contrato de tracto sucesivo –es decir, cuyo cumplimiento ocurre en un período de tiempo- implica naturalmente que durante su ejecución vayan incorporándose y desechándose usos y prácticas, disintiendo en tal caso, notoriamente, la realidad de la convención escrita.

Este principio, como bien fue señalado, refleja un afán básico del derecho del trabajo, cual es sancionar la realidad material por sobre la formal. Esto, porque esta rama del derecho parte de la base de la desigualdad entre las partes, existiendo una parte poderosa que es el empleador y una parte de suyo más débil, el trabajador. En este sentido, el otorgar valor absoluto a la realidad formal ciertamente puede ir en desmedro del trabajador, ya que al no existir igualdad entre las partes con el consecuente desequilibrio negociador la voluntad del trabajador reflejada en un instrumento puede no ser coincidente con la voluntad real de dicho sujeto. Ante la posibilidad de que los acuerdos expresos entre trabajador y empleador oculten realidades diversas plausiblemente atentatorias contra los derechos de los trabajadores es menester que la ley laboral escudriñe más allá de lo formal hacia lo que realmente ocurre en la relación laboral.

a. Fundamento positivo de este principio.

Para analizar el fundamento positivo de este principio es menester reunir dos artículos. El artículo 7° del Código del Trabajo señala lo siguiente:

Art. 7. Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

Esta norma define el contrato de trabajo, fundamento jurídico básico de la relación laboral. Ahora bien, el primer inciso del artículo 8 del mismo cuerpo legal es el que, estudiado en conjunto con esta norma, permite sostener que el legislador laboral nacional adscribe al principio de la primacía de la realidad. El texto de dicha norma es el siguiente:

Art. 8. Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.

La unión de ambas normas permite presumir la existencia de un contrato laboral aún a falta de convención expresa, siendo en tal caso labor de los Tribunales determinar, en base a los antecedentes fácticos probados en juicio, si se dan los elementos de subordinación y dependencia básicos para la conformación de una relación laboral. Esta norma es la herramienta básica de defensa para los trabajadores que se ven forzados a participar de una relación laboral que ha sido disfrazada de relación civil, de prestación de servicios, con el afán de eludir las obligaciones que el derecho laboral impone más estrictas que el derecho común.

b. Reconocimiento del principio de primacía de la realidad por parte de la jurisprudencia judicial y administrativa.

La Dirección del Trabajo, reconociendo la vigencia del principio de primacía de la realidad, ha derivado de ello la existencia de cláusulas tácitas en el contrato de trabajo dadas por la práctica de las partes durante un lapso de tiempo de importancia, las cuales pueden considerarse como parte integrante del contrato expreso en tanto cláusulas tácitas de éste. Esta construcción teórica puede apreciarse en el dictamen N° 1.984/101 de 28/03/95, el cual señala lo siguiente:

“Una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo sino que deben también entenderse como cláusulas incorporadas al respectivo contrato, las que deriven de la reiteración del pago u omisión de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc., que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes durante un lapso prolongado, con anuencia diaria o periódica de las mismas, configurando así un consentimiento tácito entre ellas, el cual, a su vez, determina la existencia de una cláusula tácita, la que debe entenderse como parte integrante del contrato respectivo”.⁴⁰

Por su parte, el órgano fiscalizador ha sostenido la aplicabilidad de la regla de conducta contenida en el artículo 1564 del Código Civil, atinente a la ejecución de los contratos. Esta conclusión puede observarse en el dictamen N° 4.929/272, de 19/08/97, cuyo texto en lo relevante es el siguiente:

“Al respecto, no apareciendo claramente definida en la especie cual ha sido la intención de las partes al convenir la cláusula que nos ocupa (...), cabe recurrir a otros elementos de interpretación de los contratos, y específicamente, a la norma que al

⁴⁰ Dirección del Trabajo. Dictamen 1984/101 [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-89002.html>> (Fecha de consulta: 30-10-10).

efecto se contiene en el inciso final del artículo 1564 del Código Civil. Conforme al precepto legal citado, que doctrinalmente responde a la teoría denominada “regla de la conducta”, un contrato puede ser interpretado por la forma como las partes lo han entendido y ejecutado, en términos tales que tal aplicación puede legalmente llegar a suprimir, modificar o complementar cláusulas expresas de un contrato, es decir, la manera como las partes han cumplido reiteradamente en el tiempo una determinada estipulación puede modificar o complementar el acuerdo que ella contenía”.⁴¹

Esto significa que no sólo es posible el nacimiento de nuevas cláusulas tácitas no contempladas en el acto jurídico originario de la relación laboral o uno expreso posterior, sino que también es posible que la práctica de las partes en la ejecución sostenida en el tiempo de dicho contrato implique la contradicción entre cláusulas expresas y usos contractuales, primando estos últimos. Un dictamen más reciente sintetiza este principio. Así, la ordenanza N° 1.171/025, de 29/03/07 señala:

“...un principio fundamental de la legislación laboral en la materia corresponde a la primacía de la realidad, que consiste en otorgar prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido.

En consecuencia, se ha agregado, que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos, debe darse preferencia a los hechos. Prima, entonces, la verdad de los hechos, sobre la apariencia, la forma o la denominación que asignaron éstas al contrato.”⁴²

Por su parte, los Tribunales han reconocido reiteradamente la vigencia de este principio, estableciendo relaciones laborales donde se pretendía la existencia de un mero vínculo civil y dando por sentadas cláusulas tácitas como el pago de ciertas asignaciones o beneficios aun cuando éstas no consten en el contrato de trabajo original.

Incluso, existe una ocasión en que se hizo aplicación del principio de primacía de la realidad *contra legem*. Tal decisión fue tomada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa “Palmará Iribarre, María con Fisco de Chile”, quien señaló lo siguiente:

“...si bien es cierto el artículo 4º de la Ley 18.746 hizo declaración en el sentido que las contrataciones efectuadas por la demandada por prestaciones de servicios se encontraban conforme a derecho y debían entenderse que lo habían sido sobre la base de honorarios, es un principio interpretativo de la ley que ésta no puede alterar la

⁴¹ Dirección del Trabajo. Dictamen 4929/272 [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-87686.html>> (Fecha de consulta: 30-10-10).

⁴² Dirección del Trabajo. Dictamen 1171/025 [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-94540.html>> (Fecha de consulta: 30-10-10).

realidad de las cosas, y que dicha realidad constituye un límite al legislador que no puede éste sobrepasar⁴³.

Como puede verse, la sentencia de alzada reconoce la relación laboral aun cuando la relación era, externamente, civil. Por ende, tanto la jurisprudencia judicial como la jurisprudencia administrativa reconocen la vigencia de este principio de modo tal que incluso es posible contrariarse exitosamente un contrato escrito. Todo depende de la índole de las prácticas entre trabajador y empleador, cuya permanencia y susceptibilidad de prueba podrán marcar la diferencia.

En conclusión, el principio de primacía de la realidad es ampliamente reconocido tanto en la doctrina laboralista como en nuestra legislación y para los órganos encargados de la aplicación e interpretación de la ley laboral, es decir, la Dirección del Trabajo y los Tribunales de Justicia, cada uno de ellos dentro de sus propias competencias, por cierto. Dicho principio representa una más de las muestras del carácter protector del derecho del trabajo respecto de la persona del trabajador, quien merece esta protección adicional por parte del legislador al tratarse de una parte más débil y vulnerable, que se encuentra en una capacidad de negociar y decidir mucho menor que la de su empleador. Este principio es de importancia capital para el objeto de este estudio, por las razones que a continuación se exponen:

1. Como es sabido y ha sido ya abordado como problema central de este trabajo, el derecho laboral es un conjunto de normas de, relativamente, nueva aparición, cuyo afán básico es propender a la equidad en las relaciones laborales. Esto lleva a la mayor exigencia y severidad de la ley laboral en comparación con la legislación patrimonial común –llámese derecho civil o mercantil-. Esto, ciertamente, provoca que los empleadores busquen burlar la aplicación de este estatuto de dos modos. En primer lugar, tratando de impregnar las relaciones laborales de un halo civil o mercantil, lo cual funda las hipótesis generales de fraude a la ley laboral consistentes en, lisa y llanamente, aparentar la inexistencia de una relación laboral disfrazándola y eludiendo la aplicación del Código del Trabajo. El que los Tribunales puedan detectar y sancionar dichas prácticas, precisamente aplicándoles la ley laboral, es en base al principio de primacía de la realidad, ya que en ese caso por mucho que

⁴³ Publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta De Los Tribunales, tomo LXXXVII N°3, septiembre-diciembre 1990, pág. 182. Citado en: PALAVECINO, Claudio. Los principios del derecho del trabajo. Apuntes de cátedra de curso de Derecho Laboral impartido por la profesora Rosa María Mengod. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2008. Pág. 14.

se aparente una relación civil, por ejemplo, a través del pago con boleta de honorarios, si en los hechos se constata una ocurrencia de los presupuestos básicos de la relación laboral el vínculo jurídico será de esa naturaleza. En segundo lugar, mediante la desnaturalización formal de la calidad de empleador dada en el contexto de un régimen externalizado o mediante la atomización de empresas objeto de este estudio. La detección de dichas conductas es sin duda producto de la aplicación del principio e primacía de la realidad.

2. En la línea recientemente señalada, el principio de primacía de la realidad es en cierta medida antecedente de las reformas que han intentado frenar los abusos en la tercerización en las relaciones laborales. Así, la ley 19.250 que incluyó las hipótesis de simulación y subterfugios, la Ley 19.759 que perfeccionó dichos institutos y, finalmente, la Ley 20.123. Las primeras leyes mencionadas ciertamente buscan sancionar de modo expreso el afán de los empleadores de eludir la ley laboral que, consecuentemente, evidencia una diferencia entre la realidad formal que ellos han creado y la realidad material que es lo protegido por estos ilícitos laborales. Por su parte, la Ley 20.123 busca que la conexión material entre trabajadores externos y la empresa en la que laboran se traduzca en una mayor responsabilidad para dichas empresas que, formalmente, no son sus empleadoras. En este sentido, dichas relaciones implican una precariedad mayor para el trabajador y, sin embargo, en la realidad material, implican un contexto igualmente conveniente para el empleador. Por ende, la ley busca que la realidad material, perjudicial para el trabajador aunque no en términos teórico-formales, sea compensada mediante un régimen de responsabilidad de las empresas relacionadas materialmente con ellos.
3. El principio de primacía de la realidad también permite fundar una concepción objetiva de empresa, lo cual permite impedir que los empleadores, nuevamente, eludan el cumplimiento de la ley laboral en una hipótesis específica de fraude, ya mencionada: los subterfugios de empresas. Es la realidad de dirección la que permite sostener que un conjunto de personas jurídicas diversas, empresas distintas en términos formales, conforman una sola empresa o, más simplemente, un solo empleador para los efectos de la ley laboral y del cumplimiento de los derechos de los trabajadores.

Este es, en términos generales, el contexto en el cual este importante principio de primacía de la realidad laboral actúa, pudiendo verse en las manifestaciones señaladas una demostración más de que este principio refleja simplemente el fundamento primero del derecho del trabajo.

III. Las relaciones laborales en el contexto actual. ¿Crisis del derecho del trabajo?

La sociedad en cuyo contexto surge el derecho del trabajo es radicalmente opuesta a la que actualmente es posible percibir. Si esta disciplina se originó en el contexto de la revolución industrial y la masificación de la contratación de mano de obra en las grandes ciudades en la actualidad el panorama ha evolucionado de un modo vertiginoso. Y si en aquella época la relación laboral clásica constituía un vínculo entre patrón y trabajador, siendo el primero el dueño de la cadena de producción vertical en tal entidad desarrollada y teniendo el trabajador subordinación y dependencia respecto del mando de este personaje, en la actualidad los modelos productivos se han diversificado de tal modo que no existe un tipo de relación laboral paradigmático como en aquellos tiempos.

Uno de los factores que marcan la diferencia entre el contexto original del derecho del trabajo y el actual es la globalización, concepto muy utilizado, pero cuyo contenido dista de ser unívoco. Sin embargo, la globalización suele entenderse en una faz económica como la integración cada vez mayor entre las diversas economías dada la minimización de los costos de transporte y comunicación. Su existencia ciertamente se ha relacionado con el modo como se desenvuelve el trabajo en el mundo, resumiendo tal proceso UGARTE del siguiente modo:

“¿Qué ha ocurrido con la gestión en las empresas, incluida la organización del trabajo, en el nuevo mundo globalizado?

La explicación no es tan difícil y puede ser lúdicamente explicada siguiendo un modelo simple de causa a efecto del siguiente modo: de la globalización a la competencia mundial, de la competencia mundial al entorno inestable, y del entorno inestable a la flexibilidad.”⁴⁴

Dicho escenario ha implicado una mayor exigencia a las empresas en cuanto a su eficiencia, ya que la apertura de la economía ha llevado a una mayor competencia y a un paralelo repliegue del Estado, que ya no cumple la función tutelar de la economía de antaño. En ese contexto surge a partir de los setenta y en base a diversos acontecimientos (englobables, valga la redundancia, por la globalización), la flexibilidad empresarial cuya manifestación es la flexibilidad laboral.⁴⁵

En tal sentido, existen ciertos autores que han llegado a sostener el fin del derecho laboral como disciplina jurídica. Así, desde el plano de la filosofía del derecho, HABERMAS. Y es que, se aduce, el derecho laboral tiene una particularidad susceptible a los cambios en la ciencia, la tecnología y la globalización, que incluye no sólo dinámicas comerciales, sino que también comunicacionales.⁴⁶

Esto ha llevado a que el arquetipo clásico de un vínculo entre dos partes, una subordinada a la otra, causado en un trabajo específico a realizarse de un modo determinado y a cambio de una remuneración definida se configure en un número cada vez menor de casos. Así, tópicos como la remuneración o las funciones a ser realizadas han pasado a ser en muchos casos más o menos variables. Incluso, como HALPERN apunta, ítemes como la permanencia misma en un puesto de trabajo se

⁴⁴ UGARTE, José Luis. Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2004. Pág. 7.

⁴⁵ UGARTE, José Luis. Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2004. Pág. 9.

⁴⁶ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Págs. 10 y 11.

determinan por variables. Esto sucede en los empleos sujetos al cumplimiento de metas, los cuales a medida que se han masificado han llevado al cuestionamiento de uno de los rasgos más importantes de la relación laboral, cual es la eximición del riesgo de empresa para los trabajadores. En este caso sí existe un riesgo asumido por el trabajador y aquello ciertamente es reflejo de que los vínculos laborales actuales difieren en algunos rasgos de la relación laboral paradigmática. También la subordinación habría perdido su fuerza original, dada por la fiscalización directa y detallada del empleador hacia al trabajador. Esto ha ocurrido básicamente dada la mayor calificación de la mayoría de los trabajadores y el modo más flexible de funcionamiento del trabajo en la actualidad. Esto ha llevado a una mayor autonomía o *empowering* de cierto sector de los trabajadores, fenómeno que no da señales de retroceder sino todo lo contrario.⁴⁷ Esto ha llevado a cierta doctrina a postular el repliegue del derecho del trabajo a favor del mero arrendamiento de servicios civil o mercantil. Sin embargo, tales asertos, sin negar su veracidad, aplicados a la realidad nacional no pueden llevar a tal conclusión desde que existe aún un importante número de trabajadores de baja calificación y, por ende, de vínculos tradicionales al menos en el factor de la subordinación y dependencia. Por otro lado nuestra realidad evidencia una serie de incumplimientos a los derechos básicos de los trabajadores –a diferencia de los países del primer mundo donde el respeto por los derechos de los trabajadores es notoriamente mayor- lo que impide siquiera teorizar el repliegue del derecho laboral. Sin embargo, el escenario es evidentemente distinto y aquello no puede negarse y debe servir de base para todo análisis dogmático y futuras legislaciones.

El tema no es pacífico a nivel de doctrina. En una primera posición, y como estrategia a seguir por el derecho laboral para asumir estas nuevas circunstancias, HALPERN niega valor a las vías tradicionales, dadas por la dictación de normas protectoras y sanciones ante los incumplimientos. En tal sentido, la autora en comento señala que es inoficioso aquel camino ya que simplemente va a agravar el problema de base petrificando el vínculo laboral y no logrando su objetivo protector. En esa línea, la meta en la actualidad debe ser más que nada proteger la relación de trabajo como un todo y, con ello, proteger al trabajador como parte de dicha relación.⁴⁸

⁴⁷ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Págs. 12 y 13.

⁴⁸ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 15.

Diversa opinión manifiesta UGARTE, para quien no es efectivo dicho cambio en las condiciones del trabajo que justifiquen un repliegue de su regulación. En tal sentido, el empleo en un sentido tradicional continúa siendo la forma más masiva de trabajo no sólo en Chile, sino que también en el mundo. En tal línea, la extinción de dichas relaciones laborales estándar que debiera haber ocurrido al menos en un porcentaje importante luego de los dramáticos cambios en la economía durante la segunda mitad del siglo XX no ha ocurrido. Por lo demás, lo que ha ocurrido ha ido por el lado de la externalización solamente y no del “*empowering*” de los propios trabajadores. Por ello, sólo un pequeño circuito de trabajadores goza del estatus que la doctrina tan gustosamente define como un ejemplo de la necesidad del fin del derecho del trabajo (al menos en su concepción arquetípica), es decir, trabajadores muy calificados, que gozan por ello de libertad para emplearse en lugares diversos y por ello de altas remuneraciones unidas a un desempeño altamente flexible. Se trata, entonces, de una “realidad fragmentada y dividida del mundo del trabajo” que dista bastante del fin de la relación laboral como tal.⁴⁹

En esa línea el derecho del trabajo posee un rol no sólo de regulación antojadiza de la libertad empresarial, sino que cumple una importante función de conciliar los intereses de los empleadores con los de los trabajadores evitando que las diferencias que entre ellos pudieran generarse impliquen un quebrantamiento en las condiciones óptimas de bienestar y estabilidad a las que el Estado propende. Dicho afán se evidencia incluso en las motivaciones del redactor del primer Código del Trabajo, quien plantea la necesidad de establecer un marco normativo que evite el estallido social producto de las crecientes demandas de los trabajadores. En otras palabras, UGARTE repara en que la concepción del derecho del trabajo como sola herramienta jurídica de justicia social es errónea, pues se olvida la función de este campo normativo de:

“canalizar el conflicto propio de un sistema de producción capitalista a objeto de asegurar su supervivencia política”.⁵⁰

En tal sentido, la intervención del derecho del trabajo implica una redistribución de la riqueza en el contexto de la relación laboral, alterando la libertad contractual con el afán de minimizar las ganancias del empleador a favor del trabajador. Con ello se

⁴⁹ UGARTE, José Luis. Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2004. Págs. 15 y siguientes.

⁵⁰ UGARTE, José Luis. Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2004. Pág. 19.

obtiene la adhesión de la parte débil económicamente, es decir, del trabajador, a las reglas de libre mercado que rigen esta relación, las cuales precisamente han sido invertidas en parte por el derecho del trabajo para lograr esta adhesión.⁵¹ Casualmente, incluso para las nuevas corrientes que propugnan una minimización del derecho de trabajo atendida su función principal, cual sería la de promover el empleo, existe en el fondo un afán redistributivo al implicar aquellas políticas la repartición de los recursos de quienes sí tienen empleo a favor de quienes carecen de él.⁵²

Sin perjuicio de ello, es menester tener claro el carácter multifuncional del derecho del trabajo, cuya función política es, pues, controlar el conflicto inherente al sistema económico que nos rige satisfaciendo una necesidad exógena del sistema productivo como un todo, cual es evitar el riesgo de su alteración o sustitución. Se trata, entonces, de un derecho transaccional.⁵³ Ello lleva a concluir que la función del derecho laboral tiene un carácter permanente, mientras haya un régimen capitalista será necesaria su defensa desde dentro, aunque yendo en algún sentido en dirección contraria a él.

Al respecto, es plausible sostener que el derecho del trabajo debe continuar cumpliendo la función que históricamente le ha correspondido, cual es en esencia velar por el equilibrio en las prestaciones en una relación altamente desigual como la relación laboral. Si bien es cierto que la mayor calificación intelectual de los trabajadores hace diversa la subordinación como ha sido entendida y, por ende, implica una disminución en el desequilibrio de las partes, aquello sólo sucede en un sector marginal de la población en nuestra realidad nacional. Por otra parte, la difusión de los límites de la subordinación no obstan a la superioridad conceptual de la parte empresarial y a su interés contrapuesto al del trabajador, de preocupación constante por abaratar costos, por ello es esencial la continuación del carácter protector de la legislación laboral, la cual no obstará al desarrollo económico en tanto se respete la ley por los empleadores y ésta sea lo suficientemente equilibrada en sus planteamientos, siendo además, permanentemente, en algún sentido garante del sistema económico. La inferioridad en las condiciones del trabajador y la permanente

⁵¹ UGARTE, José Luis. Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2004. Pág. 20.

⁵² UGARTE, José Luis. Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2004. Pág. 20.

⁵³ UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007. Pág. 19.

asimetría entre esta parte y la parte que lo emplea se demuestra con el simple hecho de que los trabajadores han aceptado trabajar en régimen de subcontratación o suministro –régimen cuya participación en el mercado laboral se ha incrementado exponencialmente-, y tal decisión no parece racional a simple vista si se tiene en cuenta que, objetivamente, las condiciones laborales de los trabajadores externos son siempre más desventajosas que las de los trabajadores de planta. Ello demuestra no sólo que el temor a la cesantía lleva a los trabajadores a aceptar esta dinámica, sino también que la subordinación como sello del vínculo laboral mantiene su vigencia.

Lo dicho no desconoce la necesidad de la ley laboral de reconocer que la evolución de la civilización ha deparado un nuevo paradigma de flexibilidad en la operativa de las empresas. En esta línea, la flexibilidad laboral puede desarrollarse principalmente de tres maneras:⁵⁴

1. Flexibilidad salarial: Este mecanismo de flexibilización del precio de la fuerza de trabajo se desarrolla básicamente modificando la composición de los salarios. En este sentido, se disminuye drásticamente el monto del salario fijo y se sitúa como base salarial, incorporándose un porcentaje importante de salario variable –como incentivos o bonos-. De este modo se motiva a los trabajadores a producir más y, junto con ello, se adaptan los costos a nivel remuneracional a las variaciones en la demanda.
2. Flexibilidad en la dotación: Este mecanismo implica modificar la estructura de ocupación de los cargos, de modo tal que la cantidad de trabajadores pertenecientes a la planta fija de una empresa –contratados a plazo indefinido- disminuya y el número de trabajadores temporales aumente. También esta flexibilidad permite a las empresas adaptarse más precisamente a las fluctuaciones del mercado.
3. Flexibilidad funcional: Se refiere a la flexibilidad en las tareas a desarrollar por los trabajadores y equivale a la polifuncionalidad o polivalencia. En tal virtud los trabajadores deben ser capaces de ejecutar funciones diversas en la empresa de acuerdo a las necesidades que vayan surgiendo. La idea es que el

⁵⁴ AGACINO, Rafael. Ponencia citada en: RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 156.

trabajador sea un “recurso maleable capaz de amoldarse a cualquier requerimiento”.⁵⁵

UGARTE, por su parte, señala que la flexibilidad puede ser interna o externa. La flexibilidad interna comprende la flexibilidad horaria, salarial y funcional. La flexibilidad externa, por su parte, implica la posibilidad de los empleadores de contratar más o menos personas. Esto puede ocurrir mediante el aumento de la contratación de trabajadores en un momento determinado, llamada flexibilidad de entrada, o bien por su disminución mediante los despidos, llamada flexibilidad de salida. Agrega la flexibilidad de hecho, ocurrente cuando por la inexistencia de controles legales las relaciones laborales se encuentran en alguna línea desreguladas⁵⁶

La flexibilidad puede ser reemplazada por el concepto de adaptabilidad, que si bien persigue el mismo fin de la flexibilidad laboral (es decir, la obtención de un mayor campo decisorio sobre las condiciones laborales y para los particulares) consiste no en el repliegue expreso del Estado mediante la dictación de normas más laxas sino que en incentivar los acuerdos entre empleadores y trabajadores en virtud de la negociación colectiva. La ventaja es que, si bien el resultado es similar, el medio para obtenerlo fue bilateral y no unilateral, lográndose una realidad beneficiosa tanto para trabajadores como empleadores.⁵⁷

a. La empresa como contexto de la relación laboral.

a.1. La empresa y su evolución histórica: la descentralización y la horizontalidad como nuevos paradigmas.

Durante el siglo XX la evolución vivida por la empresa como entidad empleadora de trabajadores en el contexto de un proceso productivo ha sufrido cambios dramáticos, los cuales prácticamente han deformado en su totalidad su morfología y características. Así, de la industria vertical como paradigma del naciente concepto de

⁵⁵ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 156.

⁵⁶ UGARTE, José Luis. Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2004. Págs. 32 a 42.

⁵⁷ UGARTE, José Luis. Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2004. Pág. 45.

empleador a finales del siglo XIX es posible distinguir un paso a la empresa como entidad horizontal fuertemente interrelacionada. En tal sentido se ha señalado que se ha pasado de una empresa análoga a un castillo a una con la estructura de una red. Esto, pues originalmente la producción se concibió como un proceso en el cual lo óptimo era centralizar los componentes y factores productivos tomando con ello el control de cada una de las etapas de fabricación de un objeto, llegándose a la mayor cantidad posible de productos finales idénticos o en serie que pueden identificarse fácilmente como el resultado del trabajo realizado centralizadamente en el “castillo” cuales materias primas también perfectamente identificables.⁵⁸ La actualidad ofrece un escenario totalmente diverso y claramente provocado por los vertiginosos avances en la tecnología que han incrementado tanto la velocidad como la eficiencia en las comunicaciones, lo cual ha acrecentado tanto la complejidad como la variedad de la oferta y la demanda de productos en un contexto de intercambio comercial globalizado. Esto ha provocado una intensa especialización que ha restado eficacia al proceso centralizado y autónomo de la empresa en tiempos precedentes. Su manifestación jurídica, ciertamente, ha sido la modificación de una relación de subordinación jurídica a la de igualdad dada por el intercambio comercial de unidades más bien fragmentadas y semi autónomas. Por ello el término de red explica de modo atractivo el fenómeno actual de la empresa. Por ello, la clave en la actualidad para el éxito financiero radica precisamente en la capacidad de definir qué es menester realizar por sí misma una empresa y qué es preferible encargar a un tercero, quien pasa entonces a un plano de colaboración jurídico comercial. Cuán complejo y específico sea este conjunto de colaboraciones otorga mayor probabilidad de éxito en cuanto al producto final. Ello seguramente implica la existencia de una autonomía a nivel de personalidad jurídica de los diversos componentes productivos⁵⁹, situación que de suyo es clave para el análisis de la simulación y el fraude realizados en el contexto de la subcontratación, materia de esta investigación. Esto es sin perjuicio de que, obviando las posibilidades de fraude, el abaratamiento de costos no es necesariamente una motivación a esta nueva organización empresarial sino que lo es mucho más la obtención de un producto más depurado y perfecto.⁶⁰

⁵⁸ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Págs. 25 y 26.

⁵⁹ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 27.

⁶⁰ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 27.

Esta evolución del modelo de empresa ha generado un nuevo paradigma productivo cuyas características esenciales son las siguientes:⁶¹

- 1) La herramienta fundamental de la empresa es la información: Esto como contraposición al concepto tradicional de herramienta en un sentido material como elemento motor de la primera producción industrialmente relevante. Si en el modelo primigenio las maquinarias son el elemento esencial la evolución tecnológica ha desmaterializado los motores productivos de la empresa, siendo en la actualidad los datos el factor fundamental de desarrollo. Ello, como fue esbozado con anterioridad, implica el salto de la producción en serie al desarrollo de productos complejos y específicos para cada tipo de necesidad que el mercado demande. Por su parte, conlleva que la producción física o material en la actualidad ocupe un segundo orden de importancia en las empresas, lo que la hace altamente externalizable. Así:

“la idea de una empresa sin producción ni trabajadores, dueña de marcas y que tan sólo firma contratos con los productores por una parte, y con los comerciantes por otra parte, deja de ser un caso imaginario”.⁶²

- 2) Evolución hacia la horizontalidad en la dirección: Si antaño la unidad productiva constaba de diversos escalafones y un control superior en la cúspide de la pirámide, en la actualidad se valora de modo cada vez mayor la existencia de ciertas instancias de horizontalidad que implican un grado de innovación mayor, económicamente deseable dadas las ventajas comparativas que esto genera en un producto.
- 3) Ampliación del espacio requerido: El masivo uso de las tecnologías y de las comunicaciones ha generado que el espacio físico, tan relevante en una empresa a la usanza primigenia, en la actualidad haya perdido sentido. La existencia de un centro territorial donde se desarrollan los procesos productivos pierde cabida ante la eficiencia de la producción por medios virtuales, los cuales pueden ser desarrollados en cualquier lugar y comunicados de modo instantáneo. Esto también ha provocado la simplificación de la globalización del alcance de los productos.

⁶¹ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 28 y ss.

⁶² ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 29.

- 4) Especificidad de los nuevos productos: Como fue comentado previamente, en el pasado (siendo el modelo de Ford el paradigma al efecto) la producción era de gran entidad y seriada, en cambio en el modelo actual de empresa la producción masiva y uniforme ha decantado en una mayor diversidad de productos y servicios y su enfoque a públicos, gustos y necesidades específicas. Esta situación conlleva la necesidad de una mayor adaptabilidad en las empresas y la consiguiente necesidad de externalizar ciertos servicios para abarcar las necesidades diversas de producción. Tales servicios son, preferentemente, los pertenecientes al área secundaria o periférica de una empresa, pudiendo reducirse los costos de producción de esas unidades al ser posible el reclutamiento de recursos humanos para proyectos específicos. Así, las empresas responden a necesidades momentáneas del mercado ofreciendo productos en cuya producción participaron trabajadores “ad hoc” proveídos por una empresa externa, prescindiéndose de la contratación permanente de los colaboradores en la fabricación de aquellos productos cuya demanda no es permanente.

En suma, el panorama actual de las empresas es el de un creciente nivel de especialización y complejización en los sectores estratégicos, propiciado por el veloz avance de la tecnología, y, a su vez, la externalización de ciertos servicios periféricos, potenciándose el control de los niveles principales del negocio.

A un nivel jurídico positivo la empresa se encuentra conceptualizada para los efectos de la ley laboral en el artículo 3 del Código del Trabajo. Sin embargo el panorama de descentralización y horizontalidad que exhiben las empresas en la actualidad, al mismo tiempo de haber propiciado la subcontratación y el suministro de trabajadores, ha implicado también el abuso de dicha fragmentación en planos meramente jurídicos con el afán de eludir el correcto cumplimiento de la ley laboral y de los fines de esta disciplina. Es ello precisamente lo que se produce mediante las figuras de simulación y de subterfugio, las cuales serán analizadas en su oportunidad y en cuyo contexto se evaluará la vigencia actual del concepto de empresa otorgado por el artículo 3 del Código del Trabajo y la plausibilidad de un concepto alternativo. Por lo pronto, en el siguiente capítulo se expondrá el concepto jurídico de empresa a la luz del Código del Trabajo y las diversas visiones que su contenido ha generado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

a.2. El concepto de empresa para la ley laboral.

En las líneas anteriores se expuso el fenómeno de la descentralización productiva y el consiguiente adelgazamiento de las empresas como consecuencia de los cambios a nivel económico y tecnológico. El tenor de dicha referencia es meramente descriptivo de un fenómeno fáctico. Este capítulo, en cambio, busca exponer cuál ha sido el criterio normativo para definir qué es una empresa, y en tal sentido, analizar si la norma ha vivido una adaptación a la histórica evolución de dicho objeto. Asimismo, es menester realizar una exposición sobre la visión de los autores sobre este concepto, toda vez que se trata de una definición de capital importancia para los efectos del objeto de estudio de este trabajo.

En este último sentido, el actual artículo 507 del Código del Trabajo sanciona dos modalidades de fraude a la ley laboral. Huelga decir que ambas figuras consisten en conductas que pugnan con el principio de primacía de la realidad, ya expuesto por dicho motivo. En específico, la primera de dichas figuras es la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros. Dicho fraude se relaciona fuertemente con el concepto de empresa, aunque de un modo más significativo con la evolución de ella ya expuesta que ha provocado un alza notable en la tercerización de los servicios. Tal fraude, por ende, posee como presupuestos teóricos la empresa en un sentido descriptivo y la subcontratación y el suministro, como conceptos jurídicos que se han hecho cargo de dicha base fáctica. Es la simulación una transgresión básicamente a la correcta interacción entre estos dos últimos conceptos jurídicos al implicar un mero suministro cubierto por la subcontratación. En cambio, el inciso segundo del artículo en comento consagra otro ilícito laboral, consistente en la realización de subterfugios en el contexto de una empresa con el objeto de que el trabajador quede bajo la subordinación laboral de empresas diversas de la empresa que busca eludir sus obligaciones laborales y previsionales. Es en este ilícito que es presupuesto teórico básico el estudio del concepto normativo de empresa, ya que aquel fraude consiste en “llevar al límite” el concepto de empresa legalmente vigente por parte de los empleadores. Por ende es vital definir el sentido y alcance actual del concepto de empresa consagrado por la ley laboral, así como la interpretación que al respecto se ha realizado por los Tribunales y la doctrina.

La empresa es un concepto capital en el derecho del trabajo. Así, se ha señalado, de modo conteste con lo ya expuesto, que el derecho laboral ha puesto a la empresa

en un centro de imputación normativa, dependiendo de su entidad.⁶³ Así, muchas instituciones del derecho laboral están determinadas por la existencia de una empresa y de su entidad y el cambio en su dirección ha fundado un régimen especial regulatorio al efecto. Sin embargo, lo más relevante para efectos de este trabajo es que de la determinación de la calidad de empresa se deriva en muchos casos la responsabilidad que cabe al empleador.

El artículo 3 del Código del Trabajo otorga al efecto una definición de empresa, cuyo texto exacto en lo pertinente, es decir, sus dos últimos incisos, es el siguiente:

“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. Las infracciones a las normas que regulan las entidades a que se refiere este artículo se sancionarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 507 de este Código.”

Como puede verse, el inciso final del artículo demuestra la fuerte relación entre el concepto de empresa y el fraude a la ley laboral a ser abordado en este trabajo, en especial, como ya se ha hecho hincapié, respecto al inciso segundo de la norma aludida por este artículo.

De la definición expuesta es posible extraer cuatro elementos:

1. Se requiere una organización de medios personales, materiales e inmateriales. Se trata de una frase que abarca muchísimas hipótesis, incluyendo todo medio que pueda ser funcional a los objetivos de funcionamiento de una empresa.
2. Bajo una dirección común: es menester que exista una organización que una estos diversos medios y les otorgue operatividad en su conjunto.
3. La entidad debe buscar fines económicos, sociales, culturales o benéficos: Esta norma es útil para incluir entidades que carecen de fines de lucro y que buscan otra clase de beneficios, lo cual también amplía bastante el concepto de empresa. Sin perjuicio de ello no es evidente la calificación de una persona natural como empresa, como ha sido señalado por THAYER y NOVOA, quienes

⁶³ ROJAS, Irene. El Peculiar Concepto de Empresa para Efectos Jurídico Laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva. Revista *Ius et Praxis* Año 7 No 2: 409 - 422, 2001. [en línea]. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200018&script=sci_arttext> (consulta: 20-10-10).

sostienen que en el caso de un abogado o una dueña de casa empleadora de una trabajadora de casa particular existirá no una empresa, sino que simplemente un empleador, ya que la noción de empresa es esencialmente económica.⁶⁴ Similar criterio manifiesta LIZAMA, quien rememora la distinción entre empleador y empresa. En tal sentido el acreedor persona natural de servicios de un trabajador es un empleador, mas no una empresa en términos laborales si no se trata de una organización de medios destinadas a un fin.⁶⁵ Difiere de la posición expuesta Ugarte, cuya opinión ya referimos en relación a la íntima vinculación entre la empresa y el empleador.⁶⁶

4. Poseedora de una individualidad legal determinada: Es éste, como se verá a lo largo de este trabajo, el requisito de la discordia, que se encuentra vigente en la actualidad para la configuración de una empresa. Qué se debe entender por individualidad legal determinada ha provocado un concepto histórico cuestionable de empresa, que será revisado en los próximos párrafos. Por lo pronto cabe decir que existen posiciones encontradas en la doctrina. Una postura identifica dicha individualidad con la forma jurídica en que el capital se ha organizado, relacionándose entonces la individualidad determinada con una individualidad jurídica. Otra visión en la doctrina no ha identificado dicha noción con la personalidad jurídica, sino que lo ha interpretado como la exigencia de un ser jurídico.⁶⁷ LIZAMA llama a esta individualidad legal determinada la “certeza jurídica” que debe existir acerca de la empresa en cuanto entidad organizada, siendo irrelevante cuántas formas jurídicas individuales lleve inmersa.⁶⁸

Desde ya cabe decir que no es procedente el considerar al empleador con la empresa simples sinónimos, ya que la empresa tiene un objetivo específico en el derecho laboral, cual es servir para determinar cómo el empleador debe cumplir con algunas de sus obligaciones laborales. En este sentido es que la norma identifica a la

⁶⁴ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 4ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Pág. 141.

⁶⁵ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 12.

⁶⁶ UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007. Págs. 77 a 82.

⁶⁷ Así, THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 4ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Pág. 142.

⁶⁸ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 13.

empresa con una personalidad natural o jurídica, en tanto se trata de una entidad organizativa que desarrolla actividades en miras a un fin, que no se identifica con el empleador, en tanto los derechos y obligaciones que emanan del contrato de trabajo y la relación laboral recaen en el empleador y no en la empresa. En esa línea, cabe sostener que el empleador, para efectos laborales, es quien dirige los procesos y las actividades propias de la empresa, por ende, se trata de conceptos relacionados, pero no sinónimos.⁶⁹

Por su parte, la norma expuesta es la única definición legal de empresa. Sin perjuicio de ello y en virtud del texto mismo de la norma, su vigencia se encuentra acotada al ámbito laboral y de seguridad social.⁷⁰

Además, del texto legal es posible afirmar que nuestro ordenamiento sigue un concepto objetivo de empresa, en contraposición a uno subjetivo que alguna vez en la historia imperó. Esto, pues se trata de una organización que reúne medios de diversa índole bajo una misma dirección, dotada de una individualidad legal determinada. Por ende se trata de una unidad para un efecto funcional. Sin embargo, esta interpretación no es masiva en la aplicación práctica de este concepto. A continuación veremos por qué.

Es la individualidad legal determinada prescrita por la norma en comento la que, mayoritariamente, se asocia a la figura legal por la cual se rige el sujeto que dirige dicha empresa, siendo ésta normalmente la sociedad. Así, la Dirección del Trabajo normalmente ha identificado dicha unidad jurídica con el concepto de empresa, sin perjuicio de lo cual no se ha descartado la existencia de una empresa en términos laborales cuando se trata de diversas sociedades altamente interrelacionadas, por ejemplo, domicilio, socios o directores en común. Esto, sin perjuicio de que, finalmente, las constataciones mayoritarias de la Inspección del Trabajo consisten en determinar diversas empresas y no una sola. Por ende, sólo en escasas ocasiones la Dirección ha hecho primar otros criterios por sobre la unidad jurídica para definir una

⁶⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 25.

⁷⁰ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. Los Grupos de Empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile. Revista *Ius et Praxis*, 11 (1): 93 - 131, 2005. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000200015&script=sci_arttext> (Fecha de consulta: 2-11-10).

empresa. En este sentido, puede sostenerse que dicha repartición fiscalizadora ha evidenciado un criterio más bien subjetivo en la definición de empresa.⁷¹

Los Tribunales, en cambio, han atendido a criterios de raigambre más objetiva, sosteniendo que no es menester que se trate de una figura jurídica específica, exigiéndose una unidad jurídica determinada que puede ser bien una sociedad, bien otra figura de agrupación. En ciertos fallos los Tribunales han, simplemente, escindido la noción de empresa con la existencia de una sociedad o individualidad jurídica determinada. Sin embargo, es posible afirmar que, lamentablemente, tanto la jurisprudencia judicial como administrativa han identificado el concepto de empresa con el titular jurídico de ella, comúnmente una sociedad.⁷² Las consecuencias de dicha interpretación son de gran gravedad, partiendo por la desprotección de la facultad de negociación colectiva de los trabajadores. En cuanto a la negociación colectiva, dicho derecho es conculcado al disminuirse la capacidad negociadora al existir organizaciones sindicales fragmentadas del mismo modo que las empresas empleadoras. Además, se conculca de modo más grave al disminuirse las empresas de tal modo que ni siquiera es posible para los trabajadores formar un sindicato. Finalmente, se desmejora en términos sindicales la situación de los trabajadores al incorporarlos a empresas con utilidades negativas. Junto con lo expuesto, la grave consecuencia de esta interpretación es la consecuente aplicación estricta que los Tribunales hagan del artículo 507 del Código del Trabajo, referente al fraude precisamente por la fusión o fragmentación, fenómeno cuya eventual manifestación concreta son las ya habituales empresas "multirut" y que será abordado al final de este trabajo.

La interpretación subjetivista expuesta es errónea, básicamente porque la misma ley laboral ha determinado en el concepto expuesto la existencia de una entidad integrada por diversos medios y con objetivos específicos. La individualidad legal determinada aludida por la norma, y que funda estas interpretaciones expuestas, no se identifica con un factor constitutivo de la empresa, como erróneamente podría tender a creerse. En este sentido la empresa carece de individualidad legal en derecho, por ende, no es un sujeto jurídico en estricto rigor. Sí identifica a la empresa su dirección,

⁷¹ ROJAS, Irene. El Peculiar Concepto de Empresa para Efectos Jurídico Laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva. Revista *Ius et Praxis* Año 7 No 2: 409 - 422, 2001. [en línea]. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200018&script=sci_arttext (consulta: 20-10-10).

⁷² ROJAS, Irene. El Peculiar Concepto de Empresa para Efectos Jurídico Laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva. Revista *Ius et Praxis* Año 7 No 2: 409 - 422, 2001. [en línea]. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200018&script=sci_arttext (consulta: 20-10-10).

es decir, el factor que orienta la diversidad de medios a los fines que la empresa se plantea. Tal dirección puede identificarse, para efectos del derecho laboral, con la figura del empleador ya expuesta y regulada en el mismo artículo en comento. Por ende, se plantea como solución atender a la identidad legal en la dirección determinada, coincidente con la calidad jurídica de empleador y susceptible de ser una persona –natural o jurídica- y también una entidad de hecho. En otras palabras, independiente de la cantidad de sociedades y razones sociales que hayan –u otras figuras al efecto- si existe una única dirección en términos económicos no puede ignorarse tal evidente unidad directiva en base a un excesivo formalismo subjetivista. Esto, de un modo notorio en el caso de las empresas que crean filiales o externalizan procesos que desarrollaban ellas mismas con anterioridad con el afán de “especializar” dichos procesos aumentando la productividad de la operación productiva en cada ítem específico.

Lo que para la doctrina laboral es más o menos claro no es explícito en la ley. Como se expondrá más adelante, la Ley 20.123 fue una oportunidad para modificar el concepto legal de empresa y abrirlo, de modo expreso, a una entidad económica única sin importar cuántas unidades jurídicas ésta tenga. Tal fue uno de los desafíos de la nueva ley que no fueron satisfechos, básicamente por la férrea oposición de la visión liberal que vio en esto un ataque injustificado y de graves consecuencias a la realidad de las empresas, y con ello a la economía.

a.3. Los grupos de empresas y la desprotección al trabajador.

En el capítulo anterior se expuso la visión de la doctrina y la jurisprudencia acerca del concepto de empresa, visión mayoritariamente formal y subjetiva que tiende a considerar varias empresas cuando se trata de unidades jurídicas diversas en base al concepto legal existente en el artículo 3 del Código del Trabajo. En los siguientes párrafos iremos más allá y abordaremos el cada vez más ocurrente fenómeno de los grupos de empresas, la problemática a ello asociada y su solución doctrinaria. La doctrina efectúa una definición al efecto:

“...los grupos de empresas están formados por sociedades o empresas que, siendo formalmente independientes, actúan sin embargo bajo una dirección unitaria, lo que les proporciona, más allá de aquella pluralidad, una cierta unidad económica, originando una separación entre la realidad material y las formas jurídicas. Por consiguiente, su existencia deriva de la concurrencia de dos o más empresas o

sociedades relativamente autónomas o de un proceso de división o filialización de una empresa; aunque en la actualidad es más generalizado este último fenómeno...”⁷³

El problema fundamental que esta agrupación plantea para los efectos de este trabajo es definir quién es el empleador de un trabajador parte de este grupo de empresas. La calidad de una de las partes de la relación laboral se difumina, entonces, bajo el velo de la división empresarial. Junto con ello, como fue expuesto en el capítulo anterior, se vulnera una serie de derechos de los trabajadores al avalarse esta fusión. En primer lugar se encuentran los derechos de los trabajadores en un sentido individual cuya eficacia se ve mermada al dividirse el sujeto pasivo de dichos derechos. En segundo término se encuentran los derechos cuyo contenido está determinado por la empresa obligada a su respecto, como por ejemplo, el derecho a las salas cunas en una empresa, el cual depende del número de trabajadoras que la empresa tenga. Ciertamente la disminución del tamaño de las empresas dada por su división merma la eficacia de estos derechos. Finalmente es posible apreciar los derechos laborales de índole colectiva, los cuales al igual que la segunda clase de derechos expuesta, se encuentran legalmente determinados por la entidad que la empresa empleadora tenga. Así, dos derechos como el derecho a la sindicalización y el derecho a la negociación colectiva dependen de la magnitud de la empresa empleadora.

Los grupos de empresas se originan en la ya señalada evolución económica y globalización que han tornado arcaicas las empresas autónomas y aisladas. Se configuran por la existencia de un conjunto de empresas en el cual existe una entidad dentro de dicho grupo que lo dirige. Los grupos de empresas pueden desenvolverse de formas diversas, como las empresas matrices con estructura multidivisional o bien los *Holdings*, entre otros. El contenido de la dirección que identifica a estos grupos como grupos de empresas varía según la visión doctrinaria. Así, algunos sostienen que la coordinación común versa sobre cuestiones económicas de alta relevancia – concepción amplia-, en cambio otra visión, restringida, plantea que la dirección común debe incluir todos los temas que competen al desarrollo económico de las empresas. Sin perjuicio de ello se supone un contenido mínimo de atribución centralizada en la entidad directiva, referente a la conducción financiera y en menor medida al factor de su personal.

⁷³ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. Los Grupos de Empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile. Revista *Ius et Praxis*, 11 (1): 93 - 131, 2005. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000200015&script=sci_arttext> (Fecha de consulta: 2-11-10).

Por su parte, existen diversas estructuras de control en un grupo de empresas. La estructura por excelencia es la de grupo de empresas ordenadas jerárquicamente, existiendo una entidad superior que toma las decisiones y mantiene el control de empresas de ella dependientes. A su vez, puede darse también una relación de dirección común de un grupo de empresas estructuradas de un modo paritario o por coordinación. En este caso, si bien también existe una dirección unitaria de dichas empresas en este caso su fuente no es la jerarquía sino que el libre acuerdo de las integrantes. En tercer lugar pueden existir grupos de entidades de diversa índole (personas naturales, corporaciones, sociedades) dirigidos por una entidad.

Pues bien, el problema de relevancia jurídica que generan los grupos de empresas en comento es la disparidad que a su alero surge entre la realidad material y la realidad jurídica, ya que al conformarse cada cual por unidades jurídicas determinadas conforman tantas empresas cuantas unidades existan en términos estrictamente jurídicos, sin embargo en la realidad forman una sola empresa al existir la unidad de dirección ya referida.

El típico caso de grupos de empresas constituyentes de una unidad de dirección relevantes para el derecho del trabajo al conformar un solo empleador es la división o fusión de compañías en unidades más pequeñas formándose a partir de una empresa original diversas personas jurídicas. Este caso ha sido reconocido como una unidad empleadora por los Tribunales, en una visión más amplia que el criterio histórico que es esperanzadora.

Vale la pena comentar que cierta doctrina ha cuestionado esta tendencia jurisprudencial. Esto, en relación precisamente con el régimen de responsabilidad subsidiario-solidario que existe para la empresa principal en relación con las obligaciones laborales o previsionales que deba cumplir la empresa contratista respecto de sus trabajadores en el contexto de un régimen externalizado. Al respecto, señala que los Tribunales si bien han aceptado la tesis del levantamiento del velo – concepto que será abordado más adelante-, aquello sólo ha sucedido en relación con casos de simulación o suministro ilegal de trabajadores entre las empresas relacionadas, por ende, la aplicación más que implicar una novedad en el concepto de empresa simplemente constituye la sanción por dichos ilícitos. Esto implica el apoyo por parte del autor en comento al fracaso del nuevo concepto de empresa, el cual puede llevar, según él, a la aplicación de la responsabilidad solidaria en casos diversos a la subcontratación o bien, el llegar a considerar que entre la empresa

principal y la contratista exista una unidad de dirección dada la eventual dependencia que podría existir entre ambas, deformándose el régimen de subcontratación al considerarse que ambas entidades son una misma empresa.⁷⁴

Por el contrario, LIZAMA considera, tomando en cuenta la jurisprudencia razonable que al efecto ha surgido de la Corte Suprema a propósito de los *holdings*, que existe una base jurídica suficiente para evitar la burla de los derechos de los trabajadores, sea por la vía del principio de primacía de la realidad, sea por la definición de empleador consagrada en el artículo 3 del Código del ramo.⁷⁵

Si bien el derecho del trabajo no se hace cargo de los grupos de empresas esto sí ocurre en otras áreas del derecho, tales como el derecho mercantil y tributario. En base a tales legislaciones, que aluden a los grupos de empresas con diversos objetos que exceden nuestro estudio (mercado de valores, ley de renta) la doctrina especializada ha otorgado un concepto de grupo de empresas inclusivo de una realidad común dada por la dirección unitaria de éstas. Tal concepto alude precisamente a la organización económica de las empresas y de su dirección.

Estrictamente en un ámbito laboral sólo existen referencias jurisprudenciales a la noción de grupo de empresas, las que, sin embargo, han sido acotadas a la problemática de la responsabilidad del empleador en el contexto de la terminación del contrato de trabajo. Por ende, los Tribunales no se han referido a la calidad de empleador de un grupo de empresas en el contexto de los derechos individuales determinados por la entidad de una empresa (como el ya mencionado derecho a la instalación de una sala cuna dependiente del número de trabajadoras en una empresa) ni menos a la entidad del grupo de empresas para los efectos de los derechos laborales colectivos. Sin perjuicio de ello, como destacan ROJAS y AYLWIN, la mayoría de los conflictos laborales ventilados en Tribunales se relacionan con los derechos de los trabajadores exigibles en base a la terminación del contrato de trabajo. Por ello, el que la jurisprudencia reconozca estas realidades es ya un paso aceptable y esperanzador en la obtención de una jurisprudencia de los Tribunales Superiores más acorde con la realidad y las conclusiones de la doctrina laboral.

⁷⁴ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 52.

⁷⁵ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 14.

En concreto, la hipótesis común es la demanda por causa de la terminación del contrato de trabajo cobrándose ciertas prestaciones a un conjunto de empresas ya que ellas forman un todo unitario sin perjuicio de que el contrato de trabajo ligue al trabajador con una compañía específica. Al respecto, la Corte Suprema ha resuelto:

"..., se evidencia que en el caso de autos se está en presencia de un 'holding'. En efecto, 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."⁷⁶

Como es posible apreciar esta sentencia parte de la base de la existencia de un grupo de empresas relacionadas o *holding* que, sin perjuicio de conformar unidades jurídicas diversas, se desempeña bajo una dirección determinada que implica su actuación como una entidad unitaria frente al trabajador y a terceros.

En segundo lugar la jurisprudencia ha aceptado la "tesis del levantamiento del velo" considerando responsables a cada una de las sociedades o unidades jurídicas involucradas en cuanto al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que correspondan a favor del trabajador de una de estas unidades.⁷⁷ De ahí bien puede derivarse que el reconocer la responsabilidad en cada unidad radicaría en una fuente común a ellas de tal obligación, lo cual implica reconocerles a todas la calidad tanto de empresa como de empleador para los efectos de la aplicación de la ley laboral. En tal sentido es el principio de primacía de la realidad laboral la base para que dichos conjuntos revistan la calidad de empresas para el máximo Tribunal.

"...que constituye un derecho del hombre organizarse para producir y que tal derecho emana de su naturaleza. La ley sólo tiene que reconocerlo y ampararlo. Tal facultad del ser humano ha ido variando en cuanto a su forma de ejercicio y ha ido adoptando evolucionados y diferentes modelos. Uno de ellos es el denominado 'holding' o conjunto de empresas relacionadas, las que en general presentan un patrimonio común o compartido. Atento a tales cambios, en la especie, ha de hacerse primar el principio de la realidad, esto es, la verdad o autenticidad en las relaciones laborales, aquello que son y no lo que las partes han querido que sean. Es la supremacía de este principio la que se ha impuesto en la resolución de los jueces del grado y este Tribunal de Casación no puede sino considerarlo acertado"⁷⁸

⁷⁶ Corte Suprema. Sentencia de fecha 13 de agosto del 2003. Causa Rol 4005-02. Citada en: ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. Los Grupos de Empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile. Revista *Ius et Praxis*, 11 (1): 93 - 131, 2005.

⁷⁷ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. Los Grupos de Empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile. Revista *Ius et Praxis*, 11 (1): 93 - 131, 2005.

⁷⁸ Corte Suprema. Sentencia de fecha 19 de julio del 2001. Causa Rol 1933-2001. Citada en: ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. Los Grupos de Empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile. Revista *Ius et Praxis*, 11 (1): 93 - 131, 2005.

Dicha tesis implica para ROJAS y AYLWIN el levantamiento del velo de la persona jurídica para reconocer que la individualidad legal exigida por nuestro Código del Trabajo para la configuración de una empresa lo es no en referencia a la personalidad jurídica en tanto atributo de la personalidad sino a una entidad jurídica en sentido más amplio. Ciertamente una evolución en cuanto al pensamiento jurisprudencial que refleja las líneas de pensamiento ya dominantes en derecho comparado.

Estas conclusiones a las que ha llegado el Máximo Tribunal le han permitido condenar a estas empresas a responder solidariamente por las prestaciones procedentes. Por ende, en cuanto a los derechos patrimoniales de carácter individual existe al menos una señal positiva a nivel jurisprudencial consistente en una simple interpretación de la ley y los principios del derecho del trabajo más lógica y acorde con los fundamentos de dicha disciplina. En cambio, en el caso de los derechos colectivos no ha existido pronunciamiento de fondo de los Tribunales en cuanto al ejercicio de los derechos sindicales al alero de varias empresas relacionadas, sino meros razonamientos de forma, que cuestionan el actuar fiscalizador de la Dirección del Trabajo. Lamentablemente, la técnica del levantamiento del velo comentada y aplicada a propósito de los derechos individuales mencionados con suerte puede aplicarse exitosamente en cuanto a los derechos individuales dependientes de la dimensión de la empresa, pero carece de operatividad en relación a los derechos colectivos de los trabajadores por su especial índole diversa al contexto patrimonial en que se ha desenvuelto el levantamiento del velo de la persona jurídica.⁷⁹

a.4. Modificaciones al concepto legal de empresa. Discusión y nulos resultados.

Como ha sido expuesto, la concepción actual de la empresa para efectos laborales y de seguridad social revela una serie de confusiones que provocan como resultado, simplemente, la desprotección de los derechos de los trabajadores. Por el mismo motivo han existido intentos por precisar el sentido y alcance de dicha definición con el objeto de evitar la aplicación subjetivo-formalista que de ella han hecho tanto los Tribunales como la Dirección del Trabajo.

⁷⁹ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. Los Grupos de Empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile. Revista *Ius et Praxis*, 11 (1): 93 - 131, 2005.

En el año 2001, en el contexto de la discusión sobre las polémicas reformas laborales, se planteó la posibilidad de suprimir del artículo 3 del Código del Trabajo expuesto la última frase "...dotada de una individualidad legal determinada". La justificación de dicha norma era plantear una definición de empresa lógica en relación a otras utilidades del concepto en el Código del Trabajo y además la vigencia del principio de la primacía de la realidad en materia laboral. Sin embargo, dicha modificación no se consagró gracias a la férrea oposición de parlamentarios de derecha y de corrientes liberales de pensamiento. Así, en el momento de discutirse la Ley 20.123, nuevamente se planteó esta modificación, lo que fue impugnado ante el mismísimo Tribunal Constitucional, aduciendo la supuesta inconstitucionalidad de dicho cambio, al introducir la incerteza jurídica al concepto de empresa, habida consideración de la vigencia indiscutida de la definición otorgada al efecto por el Código del Trabajo. Ante tal petición, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento, aunque por una motivación diversa, meramente formal, basada en la necesidad de que sea el Presidente de la República y no el Congreso el órgano destinado a legislar acerca de tópicos de seguridad social como es el caso.

La visión contraria a la modificación al concepto de empresa señaló con alarma que el nuevo concepto significaría un atentado a la constitucionalmente protegida libertad de asociación. Específicamente, el *think tank* Libertad y Desarrollo comentó con preocupación este proyecto afirmando lo siguiente:

"Dicho concepto cambia la idea de empresa asociada a un RUT, por uno asociado al controlador. Se dice que dicho concepto será "sólo aplicable a las empresas que subcontraten", pero permite entonces que la Dirección del Trabajo desconozca subcontratos cuando ella estime que no tienen justificación, o reconozca como subcontratos a los que no lo son. Los autores de esta modificación la han justificado, señalando que con esto se busca impedir que la subcontratación sea utilizada como subterfugio para eludir obligaciones laborales y previsionales. Esto es erróneo, ya que en la actualidad el Código del Trabajo sanciona drásticamente y efectivamente a todo tipo de simulaciones empresariales (...) el proyecto amplía la definición de empresa para efectos del tema de subcontratación. Sin embargo esta línea divisoria es bastante sutil, pues queda abierto a otras materias tales como la negociación colectiva. Por ejemplo, hace unos meses los subcontratistas de CODELCO reclamaron bonos pagados a los empleados directos de CODELCO, el cual fue negado por el Ejecutivo. Si hubiese estado vigente la norma, dichos trabajadores subcontratados, con la nueva definición de empresa podrían incluso negociar colectivamente con los trabajadores de la empresa donde físicamente realizan labores en la modalidad de subcontratados.⁸⁰

⁸⁰ LIBERTAD Y DESARROLLO. Temas Públicos N° 764. 31-03-06. Pág. 3.

Discrepamos profundamente de dicha visión. En primer lugar porque no es sostenible en un Estado democrático de derecho la defensa a ultranza de derechos constitucionales en desmedro de otros. La libertad de asociación, si se aceptare que se ve afectada mediante la legislación laboral, no es un derecho que prime por sobre los demás y debe ejercerse con respeto a los derechos de los trabajadores y su derecho a no ser discriminados arbitrariamente. Cuando la externalización laboral se ejerce de modo abusivo sin duda el resultado es la transgresión a dicho derecho fundamental. Ello, incluyendo el derecho a la protección del trabajo que implica la protección del legislador de un trabajo decente, acorde, por lo demás, con el contexto normativo internacional. Por lo demás, si un empleador abusa de ese modo rehuendo su calidad de tal no se entiende por qué la jurisdicción, en atención a la realidad material perniciosa para el trabajador, no podría simplemente consagrar el estatuto realmente aplicable para tal estado. Por su parte, el sostener que la protección que el legislador presta a los trabajadores víctimas de fraude a la ley laboral -en el artículo 507 del Código del Trabajo, original artículo 478- es severa, es simplemente insólito. Ya volveremos a las falencias de dicha legislación cuando ésta sea analizada, al culminar este trabajo. En fin, más allá de las diferencias de opinión expuestas es claro que la visión liberal triunfó y el concepto de empresa continúa pétreo en nuestro Código del Trabajo.

Sin perjuicio de ello, la utilidad de dicha maniobra tampoco hubiera sido tan grande, según ROJAS y AYLWIN, ya que el eliminar aquella parte de la norma si bien ayuda a la definición de empresa no aporta mayormente al reconocimiento del grupo de empresas, situación –como se vio en el párrafo anterior- cuya regulación es apremiante en atención a la dificultad en la vigencia y defensa de los derechos colectivos de los trabajadores en tal contexto empresarial.⁸¹

Finalmente, y como advierte UGARTE, la decisión del Tribunal Constitucional abre sin saberlo una perspectiva de cambio al tratarse de una impugnación meramente formal. Por ende, de cumplirse los requisitos de forma que no se respetaron en el proyecto de la Ley 20.123 será perfectamente posible ampliar el concepto de empresa para hacerlo así aplicable a los grupos de empresas de un modo legal expreso, es decir, eliminándose la individualidad legal determinada como elemento de su concepto. Por lo demás, el autor en comento advierte que es positivo que dicho

⁸¹ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. Los Grupos de Empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile. Revista *Ius et Praxis*, 11 (1): 93 - 131, 2005.

concepto no se hubiera aprobado en el contexto de dicha Ley, ya que su aplicación se hubiera restringido al ámbito de la subcontratación y el suministro, áreas donde la atomización de empresas no es un problema mayor.⁸² Por ello, se hubiera desprotegido a la gran masa de trabajadores víctimas de la desnaturalización de la calidad de empleador cuyas empresas han sido atomizadas en un contexto diverso al régimen de subcontratación o suministro, hipótesis eventualmente cubierta por el artículo 507 inciso segundo y que se analizarán en la parte final de este trabajo, luego de revisadas las figuras de suministro ilegal de trabajadores.

b. El fenómeno de las relaciones triangulares en el ámbito laboral.

En el capítulo anterior se expuso el nuevo paradigma empresarial horizontal y descentralizado en contraposición a la empresa vertical y estructurada por niveles jerárquicos de antaño. Como fue expuesto anteriormente al explicar los principales mecanismos de funcionamiento de la flexibilidad laboral en la actualidad, una de las maneras de flexibilizar las relaciones laborales es mediante la flexibilidad de dotación, de manera que los trabajadores pertenecientes al núcleo fijo de la empresa disminuyan a favor de los trabajadores temporales. Por ello es posible sostener que la base teórica del complejo de relaciones triangulares a nivel de empresas es la flexibilidad laboral. Como bien señalan LIZAMA y UGARTE, de dicho fenómeno mucho ha expuesto la doctrina, aunque su explicación es bastante uniforme tratándose según el laboralismo de una manifestación de un fenómeno más amplio y de carácter económico, cual es la escuela neoliberal proclive a la desregulación. Tal corriente de pensamiento, en el contexto de la ya expuesta evolución del concepto mismo de empresa dado por una economía actual globalizada y tecnologizada consiste en reorganizar (*re-engineering*), reducir (*downsizing*) y desplazar (*outsourcing*).⁸³

La herramienta que coadyuva a las empresas a fragmentar los procesos productivos es la descentralización en ellos. En este contexto es que adquiere importancia el concepto de descentralización productiva, herramienta de flexibilización de las empresas. A nivel laboral el autor español CRUZ define este proceso señalando que se trata de:

⁸² UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007. Págs. 88 y ss.

⁸³ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 2.

“...(un fenómeno) en virtud del cual una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales, ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”.⁸⁴

Por su parte, la descentralización es lograda por dichos sujetos a través de la externalización de servicios. La externalización es el proceso que origina las relaciones laborales triangulares y tiene dos diversos niveles de actuación. Por un lado, la externalización disminuye o adelgaza el cuerpo de una empresa y es el reflejo de una nueva concepción que precisamente ya no busca el robustecimiento empresarial a través de su mayor entidad dada por los factores de producción, situación conocida como *downsizing*. Por otra parte, la externalización de servicios produce una modificación a nivel de la estructuración de los recursos humanos en una empresa, fenómeno conocido como *outsourcing* en inglés, que justamente define la triangulación en las relaciones de trabajo. En virtud de esta situación existen tres protagonistas de ella. En primer lugar una empresa que desarrolla un nivel de producción y contrata los servicios de otra, segundo sujeto en esta relación, quien por su parte se encarga de la provisión de los trabajadores necesarios para dicho cometido, los cuales, como bien señala UGARTE, en la práctica laboran para ambas entidades.⁸⁵⁸⁶

c. Subcontratación y suministro. Manifestaciones diversas de la externalización.

Dentro del sistema triangular de relaciones laborales existen, en general, dos modalidades diversas que es preciso distinguir. En primer lugar es posible definir la subcontratación, que se configura cuando una entidad dueña de un proceso productivo contrata a otra empresa, denominada empresa contratista, para que desempeñe por su cuenta y riesgo una parte o la totalidad de dicho proceso. Ello, ciertamente, implica que los trabajadores que se desempeñarán en dicha labor son proveídos por la

⁸⁴ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Subcontratación. Págs. 2 y 3.

⁸⁵ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 3 y 4. UGARTE, José Luis. Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. Revista Ius Ex Praxis. 12 (1): 11 - 29, 2006. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100002&script=sci_arttext> (Fecha de consulta: 3-10-10). Pág. 3.

⁸⁶ UGARTE, José Luis. Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. Revista Ius Ex Praxis. 12 (1): 11 - 29, 2006. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100002&script=sci_arttext> (Fecha de consulta: 3-10-10). Pág. 3.

empresa contratista. Es posible que esta empresa contratista contrate, a su vez, a otra empresa, con el mismo objeto, pasando esta última a denominarse empresa subcontratista. El suministro de trabajadores, en cambio, consiste en que una entidad empresarial dedicada al suministro de trabajadores, provea éstos a otra empresa por un tiempo o labor determinada, permaneciendo estos trabajadores bajo la subordinación contractual a la empresa suministradora.

De lo expuesto es posible concluir que un criterio que permite distinguir ambas clases de externalización laboral está dado por el objeto de la subcontratación, es decir, qué es lo que se subcontrata. Por un lado el objeto de la subcontratación es la producción de bienes o la prestación de servicios; por el otro, el objeto del suministro es, específicamente, la mano de obra o trabajadores determinados.⁸⁷ Por ende, en el caso de la subcontratación se trata de la ejecución de una obra o prestación de un servicio relevante en un proceso productivo determinados, con todo el despliegue de recursos que ello implica, a cargo de la empresa contratista que asumirá dicha labor. En cambio, en el contrato de suministro su objeto es tan sólo el suministro de trabajadores determinados a un precio fijo y por un tiempo definido.⁸⁸⁸⁹

A la diferencia en cuanto al objeto de lo contratado se suma una distinción que para LIZAMA y UGARTE es de importancia central, cual es la potestad de mando que cada régimen importa. Así, la potestad de mando en el caso de la subcontratación es conservada por la empresa contratista, en cambio, en el contrato de suministro el mando lo adopta la empresa usuaria que contrata el suministro de los trabajadores. En esta línea es posible advertir una ficción jurídica en el ámbito del suministro, dado por la existencia de un empleador “real”, con validez fáctica que tiene la calidad jurídica de un tercero responsable y un empleador “virtual”, quien es en la realidad jurídica la parte empleadora directa.⁹⁰ En esta línea, los autores plantean que, para determinar el régimen procedente es menester simplemente definir, en el contexto de una relación

⁸⁷ URIBE, Verónica y ECHEVERRÍA, Magdalena. Condiciones de Trabajo en Sistema de Subcontratación. Organización Internacional del Trabajo. 1998. Pág. 7.

⁸⁸ UGARTE, José Luis. Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. Revista Ius Ex Praxis. 12 (1): 11 - 29, 2006. [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100002&script=sci_arttext> (Fecha de consulta: 3-10-10). Pág. 4 y ss.

⁸⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 5 y ss.

⁹⁰ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 9.

laboral triangular, quién ostenta la titularidad de la relación de subordinación. Si la empresa externa mantiene el poder de subordinación sobre el trabajador, pues se está frente a un caso de subcontratación, en cambio, si el trabajador se encuentra subordinado a la empresa principal se trata de un suministro de trabajo. En tal sentido, de optarse por la última alternativa el requisito para que, a su vez, tal calificación (valga la redundancia) califique jurídicamente como un suministro de trabajo es más alto, ya que es menester satisfacer las exigencias que al respecto el legislador prescribe para esa modalidad, las cuales serán expuestas más adelante. Por su parte, dicha opción es, como remarcan los profesores en comentario, diversa a la solución planteada a nivel de derecho comparado, de considerar la autonomía de la empresa contratista para definir su carácter de suministradora o de subcontratista. En tal sentido, para esta línea, para que dicha empresa califique como subcontratista es menester que presente una organización y lineamientos propios, en caso de carecer de ellos se tratará de una mera intermediadora de trabajadores. Dicho criterio, llamado económico por estos autores, es nefasto ya que su premisa básica es la existencia de una empresa contratista autónoma y solvente que otorgue confianza acerca de su carácter de contratista y no de mero intermediario “de papel”. El problema es que tal exigencia excede la subordinación y la dependencia, criterio suficiente atendida la simplificación que, con la evolución de las tecnologías, ha tenido la empresa desde un punto de vista organizacional. En este sentido, de acuerdo a tal criterio, una empresa cuya solvencia se basa en medios meramente inmateriales, podría no calificar como un empleador contratista en tales términos.⁹¹ Ciertamente la solución de la subordinación y la dependencia como criterio central se ahorra este eventual problema que podría generarse aplicando el criterio de la autonomía del contratista a ultranza y, como señalan los autores en comentario, no sólo es la solución más práctica sino que es la vía adoptada por nuestra propia legislación.

Otra distinción puede percibirse en el número de involucrados en la relación laboralmente relevante. Así, en la subcontratación es posible la existencia de más de tres partes, pasando a existir un vínculo cuadrangular en el caso de que la empresa contratista subcontrate, a su vez, alguna labor o etapa de su propio proceso productivo. En cambio, el suministro de trabajadores implica siempre una relación triangular.⁹²

⁹¹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 14 y 15.

⁹² LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 10.

Esto, como se verá más adelante, ha implicado que ambas situaciones jurídicas corran por carriles diversos en la legislación, existiendo una regulación para ambas modalidades sólo en virtud de la Ley 20.123, tema a analizarse en los próximos capítulos. Sin perjuicio de sus diferencias, ambas son modalidades que, en esencia, manifiestan un mismo fenómeno: la existencia de trabajadores externos en una labor en la que, si bien son contratados por la empresa proveedora de sus servicios, en la práctica pertenecen al personal de la usuaria de dichos servicios, existiendo un margen de mando (que, como se adelantó y detallará más adelante, es más o menos intenso dependiendo de cuál modalidad es la que originó la contratación de los trabajadores involucrados) que dificulte su posición en algunos casos y, en ciertas ocasiones, haga patentes desigualdades que, de acuerdo con los derechos y los principios que rigen el derecho del trabajo, sean injustificadas y arbitrarias para ellos en relación con el trato recibido por los trabajadores de planta que laboran directamente para la empresa usuaria.

Sin perjuicio de ello, el que se trate de figuras diversas implica que las problemáticas que cada una de ellas genera sean, asimismo, de diversa índole. La subcontratación amerita básicamente el control de la efectividad de la responsabilidad de la empresa principal y controlar las desigualdades remuneracionales entre los trabajadores subcontratados y los trabajadores de planta. En cambio, en el suministro de trabajadores el tema principal es definir quién ha de tener la calidad de empleador para los efectos de la legislación laboral y, por ende, ser el titular tanto de derechos como de obligaciones en relación con los trabajadores involucrados.

Lo señalado precedentemente explica, para los profesores LIZAMA y UGARTE, por qué estas tipologías de externalización han recorrido caminos tan disímiles, como ya ha sido advertido. El que la subcontratación haya sido aceptada a lo largo de la historia del derecho del trabajo nacional y no así el suministro de trabajadores se puede entender a partir de la definición del empleador en cada categoría. En la primera se sabe quién es efectivamente el empleador, en cambio el suministro implica una empresa empleadora diversa de la empresa que ejerce el rol real de mando y dirección. El por qué dicha empresa no ostenta la calidad de empleadora a nivel jurídico es la interrogante que, según exponen los autores mencionados, ha despertado históricas suspicacias y recelos que pueden explicar por qué el suministro de trabajadores carecía de licitud en el derecho laboral de manera previa a la Ley 20.123. Al respecto dichos autores señalan:

“Razones que lo justifiquen se esgrimen muchas, pero algo huele mal para el Derecho del Trabajo en el suministro de personal. Demasiadas ganas de la empresa usuaria por no aparecer como empleador y, de paso, demasiada precariedad para el trabajador.”⁹³

Tal suspicacia ciertamente expresa la evidente cercanía con el fraude a la ley laboral que existe en el suministro, y será abordada más adelante precisamente al tematizar la subcontratación y el suministro de personal en mayor profundidad y, asimismo, las hipótesis que nuestro Código del Trabajo contempla en la actualidad al respecto.

IV. Antecedentes en el plano internacional. La subcontratación y el suministro de trabajadores para la OIT.

a. Discusión sobre la subcontratación. Ausencia de criterio vinculante.

Como ha sido señalado, la OIT ha abordado bastante el tema de la subcontratación, sin embargo no se ha llegado a ninguna clase de acuerdos con vigencia normativa sobre los límites a la tercerización. En tal sentido, se aduce que la amplitud de los límites del concepto de subcontratación ha impedido la adopción de un instrumento vinculante a nivel internacional teniendo en cuenta la necesidad no sólo de que los términos que definan la palabra subcontratación se encuentren claros en idioma español, sino también que sean trasladables de modo unívoco al idioma inglés y al francés, lenguas en las cuales los convenios de la OIT también poseen carácter vinculante. Esto, obviando la dificultad básica que ha tenido la OIT durante estos años, cual es la fuerte polaridad existente en la materia entre las posiciones de los trabajadores y de los empleadores.⁹⁴

Así, en el año 1997 se realizó el Seminario Regional sobre Trabajo en Régimen de Subcontratación para Organizaciones Sindicales de Países de América Latina en

⁹³ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 11 a 13.

⁹⁴ BRONSTEIN, Arturo. La Subcontratación Laboral. Ponencia en Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo. San José de Costa Rica. 1999. [en línea] Link en: <http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-10-25.1798310653/documentos_pdf.2006-11-02.8168875610> (Fecha de consulta: 5-10-10). Págs. 2 y ss.

Ciudad de México.⁹⁵ Dicha reunión tuvo por objeto precisar la naturaleza y problemática aparejada de la subcontratación laboral. Tal encuentro tuvo variadas conclusiones, concluyéndose en primer término que la subcontratación es una realidad extendida y que ello se explica por el desarrollo de la economía y la consecuente globalización, que ha incrementado la competitividad entre los actores económicos. Tal competencia y la relacionada necesidad de reducir los costos de producción han llevado a las empresas a la práctica de rebajar costos de mano de obra, olvidándose en esta conveniente operación económica la calidad laboral de los trabajadores. Éstos, por su parte, debido a las pocas ofertas laborales existentes en la actualidad, se ven obligados a aceptar esta clase de empleos, de suyo más precarios y con inferiores remuneraciones. Un tercer actor en este proceso es el Estado, cuya regulación en la materia a nivel latinoamericano es posible de ser calificada como deficitaria y germen de prácticas abusivas carentes de control. La extensión masiva de este fenómeno se evidencia mediante su irrupción en áreas económicas donde no se utilizaba tradicionalmente. Así, de los sectores donde clásicamente se ha utilizado la subcontratación, como la agricultura y la construcción, se ha pasado a su práctica usual en otras áreas de la economía, como el sector textil.

En tal reunión se plantearon metas a seguir en la celebración de un Convenio sobre la materia. La idea matriz de dicha legislación debe ser la protección del trabajador ante su uso como una mercancía transable sin más para los empleadores. Se subrayó la importancia de definir criterios para calificar qué actividades son propias de un régimen de subcontratación, así como la prohibición de su aplicación en determinados casos. Tales casos ciertamente habrán de relacionarse con el afán del empleador de eludir tanto las obligaciones laborales como la capacidad sindical de los trabajadores. Se subrayó además la necesidad de que los Estados Miembros dicten la legislación protectora procedente al efecto, resguardando el respeto a los principales derechos de los trabajadores tales como libertad de asociación y negociación colectiva, las normas relativas al contexto de trabajo, seguridad e higiene para los trabajadores, las contribuciones para la seguridad social, las compensaciones para el caso de accidentes o muertes ocasionadas durante el desarrollo del trabajo, la edad mínima de los trabajadores, su jornada de trabajo y la protección a la maternidad. Asimismo, se destacó la importancia de la información para los trabajadores en relación al régimen de subcontratación y la protección a los trabajadores migrantes y a los sindicatos.

⁹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Reunión sobre el trabajo en régimen de subcontratación en América Latina. Boletín Cinterfor. [en línea] <<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/144/pdf/oit2.pdf>> (Fecha de consulta: 1-10-10). Págs. 219 y ss.

Como fue expuesto, la Conferencia no obtuvo el acuerdo necesario para la asunción de un Convenio y ello, además de lo encontrado de las posiciones de los actores en la materia se debe a la carencia de un concepto jurídico de subcontratación. Como señala BRONSTEIN, dicho concepto debe ser, por un lado lo suficientemente amplio como para abarcar todas las problemáticas laborales relacionadas con la subcontratación en los diversos países, sin embargo también debe revestir una precisión tal que cada país que lo ratifique tenga certeza acerca del efectivo sentido y alcance de sus términos, a los efectos de su aplicación práctica. En tal línea la voz “trabajo en régimen de subcontratación” cubre realidades absolutamente diversas si se compara la realidad jurídica de los diversos Estados Miembros. Además de tener diversos significados, tales diversas realidades tienen tratamientos opuestos si se compara una legislación con otra, existiendo más o menos tolerancia de los diversos legisladores a la subcontratación.⁹⁶

Sin perjuicio de ello se investigaron las situaciones más problemáticas, llegándose a cuatro focos básicos de desprotección de los trabajadores: la poca claridad de la legislación, la apariencia –fraudulenta o no- de relación meramente civil o mercantil de un vínculo de naturaleza laboral, la ambigüedad de ciertos vínculos –que comienzan siendo de índole profesional o de servicios y que en la práctica devienen en relación laboral al prestarse ciertos servicios a un solo cliente- o el cuarto conflicto, cual es la dificultad de determinar quién es el empleador en una relación laboral definida como tal. Es por ello que la OIT formula una recomendación tendiente a la definición clara de cuándo nos encontramos frente a una relación de trabajo, evitando el encubrimiento de ciertas relaciones de trabajo bajo otras formas contractuales.

En ese contexto en 1998 se realizó la 86° Conferencia Internacional del Trabajo en la cual se origina un Proyecto de Convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación y un Proyecto de Recomendación. La idea es que el nuevo Convenio a firmarse sobre la materia otorgue protección a los trabajadores, en especial en materias como el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, las condiciones de higiene y seguridad y los accidentes del trabajo de los trabajadores

⁹⁶ BRONSTEIN, Arturo. La Subcontratación Laboral. Ponencia en Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo. San José de Costa Rica. 1999. [en línea] Link en: <http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2006-10-25.1798310653/documentos_pdf.2006-11-02.8168875610> (Fecha de consulta: 5-10-10). Págs. 3 y 4.

externos, promover la igualdad de trato entre trabajadores subcontractados e internos y mejorar la negociación colectiva de los trabajadores sometidos a dicho régimen.⁹⁷

La OIT se ha concentrado además en definir la subcontractación de trabajo en distinción con la subcontractación de producción de bienes y servicios. En este último caso existe definición de quién será el empleador en la tarea externalizada, ya que el trabajador que obre en esta actividad contratada por la empresa usuaria es parte del proceso productivo que la empresa contratista debe realizar en su totalidad, por su cuenta y riesgo y por sus propios medios. Por ello bajo este modelo, teóricamente, existe una relación laboral tradicional, entre dos partes, cuales son el contratista y el trabajador, quedando la empresa principal al margen de dicho vínculo. En cambio, cuando lo subcontractado es puramente trabajo se forma una relación triangular altamente peculiar, en la cual pese a existir tres partes interrelacionadas existen sólo dos vínculos formalizados a nivel contractual, cuales son el contrato entre la empresa principal y la prestadora del servicio y, por su parte, el contrato de trabajo entre esta última y el trabajador. Esto implica que la tercera relación que se genera en este caso, es decir, la relación entre el trabajador y la empresa regulada quede en un terreno de menor control regulatorio. Este suministro otorgado por la empresa contratista además de implicar un ahorro para la empresa principal en el caso de la evaluación de las competencias para el cargo de los trabajadores suministrados implica además otra ventaja, cual es que durante el período de prestación del servicio el suministrador posee la calidad de empleador de estos trabajadores en vez de la empresa principal que es la que cuenta con sus servicios.

La OIT se ha abocado a la tarea de definir criterios útiles para definir el grado de dependencia existente entre el trabajador y las distintas empresas. Así, si existe total dependencia del trabajador a la empresa que cuenta con su servicio nos encontraríamos frente a una relación laboral tradicional, en cambio, si existe todo lo contrario dado por una total independencia, se configura simplemente una prestación de servicios por cuenta propia. Por ello debe existir cierta dependencia en una relación de subcontractación, planteándose por la OIT ciertos criterios para definir tal dependencia, entre otros, la exclusividad en la prestación de los servicios, el poder

⁹⁷ Organización Internacional del Trabajo. Noticias [en línea] <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang-es/WCMS_008939/index.htm> (Fecha de consulta: 20-9-10).

decisorio de la empresa usuaria en las condiciones de trabajo del dependiente, el pago periódico de sumas de dinero al trabajador, etc.⁹⁸

b. El convenio 181 de la OIT. Criterio unitario en materia de suministro de trabajadores.

El día 3 de junio del año 1997 se reunió la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo con el objeto de revisar el añoso convenio que se refería a las agencias de empleo, tópico que, como fue visto, era una parte de las materias problemáticas para dicho organismo –es decir, las relaciones triangulares por el suministro de trabajadores a una empresa usuaria-. Así, el Convenio sobre Agencias Retribuidas de Colocación data del año 1949. La misma OIT en el contexto de esta Conferencia destaca el inmenso cambio que el escenario fáctico del trabajo externalizado ha tenido desde la fecha de tal convenio hasta la fecha de la Conferencia en comento. A su vez, junto con destacar la necesidad de proteger a los trabajadores, la OIT no omite reflexionar sobre la importancia que este tipo de agencias puede tener en el desarrollo del mercado laboral y, además, en base a los argumentos ya expuestos dados por la protección de la libertad sindical, el diálogo social y la negociación colectiva.

En su artículo primero, el Convenio en comento define las Agencias de Empleo Privadas⁹⁹:

“1. A efectos del presente Convenio, la expresión **agencia de empleo privada** designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:

a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;

b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de

⁹⁸ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 67.

⁹⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C - 181 Convenio sobre Agencias de Empleo Privadas. 1997. [en línea] <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm>> (Fecha de consulta: 7-9-10).

empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.”.

Asimismo, el Convenio define qué se entiende por trabajadores y por el tratamiento de sus datos personales. En tal sentido, este pacto es aplicable a toda clase de trabajadores y respecto a todas las áreas económicas salvo respecto al reclutamiento y la colocación en el ámbito marítimo (artículo segundo).

En el mismo artículo el Convenio señala que un Estado miembro bien puede establecer restricciones tanto de clases de trabajadores como de empresas para su operatividad bajo el régimen de agencias de empleo privadas. Esto deberá realizarse, sin embargo, previa discusión social con los actores involucrados en tales decisiones. También será posible para los miembros excluir a ciertos trabajadores de la aplicación del Convenio en comento. Dichas excepciones deben ser planteadas al momento de ser ratificado el Convenio por cada miembro.

El artículo tercero de este pacto señala que tales agencias deberán regirse por la legislación interna al efecto, debiendo establecerse un marco regulatorio al respecto:

“Todo Miembro deberá determinar, mediante un sistema de licencias o autorizaciones, las condiciones por las que se rige el funcionamiento de las agencias de empleo privadas salvo cuando dichas condiciones estén determinadas de otra forma por la legislación y la práctica nacionales”.

En sus artículos 4, 5 y 6 el Convenio se encarga de establecer la importancia de que el régimen de agencias privadas proteja tanto la no discriminación en materia laboral como los derechos sindicales y de privacidad de datos de los trabajadores.

“Artículo 4

Se adoptarán medidas para asegurar que los trabajadores contratados por las agencias de empleo privadas que prestan los servicios a los que se hace referencia en el artículo 1 no se vean privados del derecho de libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva.

Artículo 5

1. Con el fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones, todo Miembro velará por que las agencias de empleo privadas traten a los trabajadores sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra forma de discriminación cubierta en la legislación y la práctica nacionales, tales como la edad o la discapacidad.

2. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no serán obstáculo a que las agencias de empleo privadas faciliten servicios especiales o apliquen programas

destinados a ayudar a los trabajadores más desfavorecidos en sus actividades de búsqueda de empleo.

Artículo 6

El tratamiento de los datos personales de los trabajadores por las agencias de empleo privadas deberá:

- a) efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales;
- b) limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente.”

Asimismo, en su artículo 9 el Convenio expresa la necesidad de evitar que las agencias privadas recurran al trabajo infantil en cualquiera de sus formas.

Junto con ello, importante es destacar que el pacto en comento prohíbe bajo todo respecto la existencia de cobros a los trabajadores por la labor de colocación realizada por esta clase de agencias. Sin perjuicio de ello, el mismo artículo 7 señala:

“En interés de los trabajadores afectados, la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, podrá autorizar excepciones a lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo respecto de determinadas categorías de trabajadores, así como de determinados servicios prestados por las agencias de empleo privadas”.

Ello, al igual que en el caso de toda norma restrictiva en cuanto a la operatividad de las agencias en cuestión, requiere fundamentación y ser producto de un acuerdo social, siendo necesario exponer tales razonamientos al momento de ratificarse este convenio. Tal excepción bien puede explicarse en base a los mismos fundamentos vertidos por la OIT al momento de reunirse en la Conferencia que da origen a este Convenio, básicamente en cuanto a la plausibilidad de que este tipo de agencias dinamicen el mercado laboral y aporten a su desarrollo. Bien podría, entonces, justificarse en casos excepcionales la permisión de honorarios con el afán de incentivar el empleo en cierta actividad económica. Ciertamente la norma apunta a un actuar cauteloso de los Estados Miembros, pues toda excepción mal fundada puede prestarse para eludir los principios de la norma internacional.

El artículo 10 es de gran importancia y es posible propugnar su importancia para su aplicación en el sistema nacional. Tal norma destaca la necesidad de la existencia de órganos representativos que manifiesten la voluntad de los actores involucrados en esta situación jurídica (tanto los trabajadores como las agencias mismas) debiendo existir una instancia para los reclamos o denuncias por la evasión o elusión de los principios base de esta regulación.

“Artículo 10

La autoridad competente deberá garantizar que existen mecanismos y procedimientos apropiados en los que colaboren si es conveniente las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas”.

Finalmente, es menester destacar la necesidad de que los Estados Miembros promuevan la protección y el respeto de los derechos básicos de los trabajadores por parte de estas agencias, señalando al respecto los artículos 11 y 12 tal prescripción:

“Artículo 11

Todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de:

- a) libertad sindical;
- b) negociación colectiva;
- c) salarios mínimos;
- d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo;
- e) prestaciones de seguridad social obligatorias;
- f) acceso a la formación;
- g) seguridad y salud en el trabajo;
- h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales;
- j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales.

Artículo 12

Todo Miembro deberá determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas que prestan los servicios que se mencionan en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 1, y de las empresas usuarias, en relación con:

- a) la negociación colectiva;
- b) el salario mínimo;
- c) el tiempo de trabajo y las demás condiciones de trabajo;

- d) las prestaciones de seguridad social obligatorias;
- e) el acceso a la formación;
- f) la protección en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo; g) la indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional;
- h) la indemnización en caso de insolvencia y la protección de los créditos laborales;
- i) la protección y las prestaciones de maternidad y la protección y prestaciones parentales.”

Finalmente, el Convenio destaca la necesidad de colaboración permanente entre los sistemas públicos de empleo y esta clase de agencias. Asimismo, se destaca la aplicabilidad de estas normas en el derecho interno no sólo a través de la legislación, sino también a través de otras manifestaciones públicas como las sentencias judiciales o los convenios colectivos, siendo fiscalizable su cumplimiento y sancionable su incumplimiento mediante la acción cautelar de las autoridades públicas competentes en materia de fiscalización laboral.

Es posible reconocer la importancia del Convenio expuesto en diversos sentidos. En primer lugar este Convenio internacional reconoció como figura lícita a nivel internacional el suministro de trabajo, el cual ante la anterior realidad internacional dada por el Convenio de 1949 ya expuesto se encontraba altamente restringido. El Convenio 181 surgió precisamente de la necesidad de revisar el Convenio de 1949 en atención a la diversa realidad actual.

Por su parte, este Convenio no sólo dio pie para el reconocimiento de esta clase de relaciones, sino que además a su regulación y control. He ahí el intento de la Organización Internacional por conciliar la libertad de empresa y los derechos de los trabajadores.

Finalmente, puede sostenerse que la dictación de la Ley 20.123 es, en parte, consecuencia de sus términos y, como señaló la Presidenta Michelle Bachelet en el discurso pronunciado en el acto de publicación de dicha ley, su motivación básica –al igual que los fines expuestos en la Convención de la OIT- es conciliar la creación de más y mejores empleos y la protección a los trabajadores en el marco de relaciones laborales equilibradas. En tal exposición, la Jefa de Estado reconoció la consecuencia de la ley en cuestión con las nuevas tendencias del derecho laboral y con las

recomendaciones a nivel internacional dadas por el Convenio 181 de la OIT.¹⁰⁰ En esta línea, ilustrativas son las palabras de la Presidenta de aquel período:

“Hoy, el suministro de trabajadores de una empresa a otra es una actividad ilícita y que se realiza al margen de la ley. Hoy, la subcontratación de funciones es legal, pero se había prestado para innumerable vulneración de derechos.

A contar de la entrada en vigencia de esta ley, las empresas de servicios transitorios y las relaciones que establecen con sus trabajadores y con las empresas clientes, dejan la informalidad y la ilegalidad.

Con la nueva normativa estamos actualizando nuestra legislación, poniéndonos, por lo demás, a tono con las nuevas realidades del mundo laboral, pero también poniéndonos a tono con las recomendaciones internacionales, como las del Convenio 181 de la OIT, sobre Agencias Privadas de Empleo.”

Por ello, es posible concluir que la OIT se encargó de tematizar y regular una práctica que se encontraba avalada por la vertiginosa evolución de la economía y, consecuentemente, del mercado de trabajo, haciendo jurídicamente legítima una situación que no se concebía previamente en los ordenamientos jurídicos creados bajo contextos económicos y laborales diversos. Tal reconocimiento ha dado pie para el desarrollo de la práctica, pero también para su ejercicio regulado y fiscalizado.

Sin embargo cabe reparar en cierta imprecisión del acuerdo internacional señalado dada por una confusión entre el suministro de trabajadores propiamente tal y la mera colocación de personal. Al respecto, LIZAMA y UGARTE advierten que la expresión “agencia de trabajo temporal”, como fue expuesta su definición en dicho Convenio, incluye a las empresas cuyo rubro es relacionar ofertas y demandas de empleo, “sin que la agencia de empleo privada pase a formar parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse”. Dicha clase de empresas difiere del concepto de empresas de suministro de trabajadores en tanto estas últimas sí forman parte de una relación jurídica triangular, como ha sido expuesto durante este trabajo, tratándose de “empleadoras virtuales”, usando la terminología de LIZAMA y UGARTE, reales en un sentido jurídico. Los términos del Convenio incluyen figuras no necesariamente diversas en un sentido relacional fáctico, mas sí distintas en términos jurídicos, tratándose de agentes intermediarios de hecho.¹⁰¹

¹⁰⁰ Intervención de S.E. La Presidenta de la República, Michelle Bachelet, en acto de publicación de Ley Sobre Subcontratación y Trabajo Transitorio. [en línea]. <http://www.mintrab.gob.cl/ley_subcontratacion/documentos/Intervencion_Pdta.pdf> (Fecha de consulta: 2-10-10).

¹⁰¹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 8.

V. La subcontratación laboral en el derecho nacional.

La subcontratación es un tópico que genera una variedad amplia de opiniones en los diversos actores del sistema laboral chileno. Por una parte, se percibe como una práctica que denota progreso y crecimiento económicos, asociada a la modernidad y la evolución de la tecnología con la consecuente especialización y complejización de tareas que ello implica. Por otro lado se critica la subcontratación desde diversos puntos de vista, los cuales se relacionan básicamente con su utilidad para la precarización del empleo y el irrespeto de las condiciones mínimas que requieren los trabajadores bajo el halo cobertor de esta figura, cuya aplicación ciertamente minimiza el poder de las organizaciones sindicales dentro de una entidad empleadora. Además se asocia la subcontratación con una mayor relajación o flexibilidad laboral, al implicar una evolución del concepto tradicional de empleador como una entidad vertical y centralizada con quien el trabajador tiene un vínculo exclusivo y rígido.

Como ya es sabido, la subcontratación es una forma de externalización en la organización de una empresa. Sin perjuicio de ello, un problema histórico ha sido la definición de dicha práctica laboral, ya que es posible abordar desde dos aristas diversas el concepto de subcontratación. Según la Real Academia Española la subcontratación es un "contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera". Por su parte, el contratista es la "persona que por contrata ejecuta una obra material o está encargada de un servicio para el Gobierno, para una corporación o para un particular" y, a su vez, define la palabra subcontratista, señalando que es: "dicho de una empresa: Que es subcontratada por otra para determinados servicios".¹⁰²

Se destaca de la definición de subcontratación dada por la organización española que se trata de tareas que la empresa contratante podría realizar por sí misma y que, sin embargo, encarga a sujetos externos. Por ende el término no envuelve todo servicio contratado de manera externa a la empresa usuaria, sino que se trata de procesos productivos que bien podrían desarrollarse en ella y se externalizan por diversos motivos. Asimismo, si bien la regla general es que la empresa principal sea de mayor entidad que la o las empresas contratistas también puede ocurrir que estas últimas sean altamente especializadas y más complejas en su organización, ocupando

¹⁰² Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 22ª. Ed. 2001.

los niveles más altos de un mercado en particular. Por su parte, es posible que existan muchas empresas contratadas por la empresa principal, las que a su vez bien pueden externalizar servicios, por lo cual la dinámica de subcontratación puede desarrollarse en niveles y grados diversos.¹⁰³

La subcontratación puede abordarse desde un ángulo jurídico y desde una perspectiva económica, no necesariamente coincidentes. En un sentido económico es posible, a su vez, subdistinguir dos acepciones, una amplia y otra restringida. En tal sentido, se llama subcontratación tanto a la descentralización en el proceso de producción de una empresa, el cual implica una desintegración vertical en dicho proceso, así como en específico el acto por el cual se contratan los servicios de una empresa externa para el desarrollo de dichos procesos. En el primer sentido se incluye la contratación de mano de obra externa como parte del desarrollo descentralizado de la producción. Una acepción específica como la segunda, en cambio, excluye el suministro de mano de obra del concepto de subcontratación, distinguiéndose ambos institutos. Dicho criterio implica que el contratista de una empresa es quien ha de desarrollar en ella específicas funciones, teniendo para ello sus propios empleados o trabajadores. Por ello la mera colocación de trabajadores no aplica en este concepto, calificando ciertamente como un suministro de personal al existir una relación directa entre los trabajadores involucrados y la empresa principal que descentraliza sus procesos productivos. Así lo entendió la Dirección del Trabajo en sucesivos dictámenes al otorgar un concepto de contratista, que esencialmente se identifica con el empleador¹⁰⁴ y ha sido reconocido expresamente por el legislador mediante la dictación de la Ley 20.123 en el año 2006.

A un nivel internacional el tema también ha sido fuertemente discutido y su definición no ha estado exenta de dificultad. Así, la Organización Internacional del Trabajo se ha esmerado en abordar el tema durante la década de los noventa, realizándose dos Conferencias Internacionales relativas al trabajo en régimen de subcontratación, las cuales no surtieron efectos normativos a nivel de acuerdos, básicamente dada la oposición de las empresas a una regulación que podría significar una limitación a los intercambios comerciales y el crecimiento económico. Pese a ello

¹⁰³ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 54 y 55.

¹⁰⁴ URRÁ, Joaquín y JOFRÉ, Carlos. Análisis de la ley de subcontratación y de empresas de servicios transitorios. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2008.

la investigación y teorización realizada en esta sede conserva interés y ha sido abordada ya en un capítulo separado.

Sin perjuicio de ello, ya que nos referimos al concepto de subcontratación, es menester enunciar que la OIT ha caído en una imprecisión al concebir la subcontratación de un modo amplio, abarcando tanto la externalización de procesos productivos encargados a una empresa determinada, la cual contrata trabajadores para llevarla a cabo con la contratación de trabajadores a través de terceros, suministro que como se ve a lo largo de este trabajo es un concepto diverso. En tal sentido, autores nacionales como UGARTE y, coincidentemente, PALAVECINO, postulan la inconveniencia de plantear un concepto tan amplio de subcontratación, pues ello conduce a una confusión que, eventualmente, puede tener consecuencias prácticas al existir diversas figuras jurídicas aplicables a un supuesto fáctico determinado. En tal sentido se cita el Convenio 181 de la OIT¹⁰⁵, que ya ha sido abordado, cuyo alcance técnico es el suministro de trabajadores.

a. Antecedentes legislativos de la subcontratación.

Si bien la Ley 20.123 marca un antes y un después en materia de subcontratación, esto no quiere decir que la subcontratación no haya sido regulada antaño. En ese sentido, si bien esta práctica ha crecido exponencialmente esto no significa que en la era pre-tecnológica globalizada no se hubiera producido. Ya en el Chile de finales del siglo XIX se conocían los enganchadores del salitre, personas que en la zona central del país se encargaban de reclutar trabajadores para llevarlos a las faenas salitreras en el norte de Chile. Si bien este personaje terminaba su actuación al momento de la contratación de los trabajadores para las salitreras se trata sin duda de una relación intermediada por un tercero, antecedente no menor en nuestra propia historia de las relaciones laborales triangulares. Por su parte, en áreas como la construcción o la minería, esta práctica se ha desarrollado desde tiempos inmemoriales.¹⁰⁶

A nivel positivo en el derecho nacional, como antecedente más remoto y en el campo común del derecho civil, previo al surgimiento del derecho laboral como rama jurídica, es posible citar el artículo 2003, regla 5, del Código Civil, cuyo texto señala:

¹⁰⁵ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Págs. 27 y 28.

¹⁰⁶ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 23.

“5.a Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente, y hasta concurrencia de lo que éste deba al empresario.”

Ciertamente el antecedente es muy lejano, sin embargo vale la pena realizar la referencia a él si consideramos que es una legislación que data del siglo XIX y que, por ende, era la referencia a un tema que, si no masivamente, al menos ocurría y ello explica su regulación en sede civil comprendiéndose la inexistencia del derecho laboral en aquel tiempo. Por su parte, la Ley 4.055, de Accidentes del Trabajo, publicada en el año 1925, en su artículo 4 señala lo siguiente:

“... la responsabilidad del patrono o empresario que por cuenta ajena tome a su cargo la ejecución de un trabajo o la explotación de una industria, no excluye la responsabilidad subsidiaria del propietario”.

El Código del Trabajo dictado en el año 1931 contenía una referencia expresa a este tema en su artículo 16, cuyo texto establecía que:

“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los obreros”.

Por su parte, el mismo cuerpo legal en su artículo 256 consagró la citada norma de 1924, agregándose en el artículo 257 lo siguiente:

“...los subcontratistas o subempresarios que tengan tres o menos obreros ocupados en el momento del accidente, no adquieren la calidad de patronos y subsistirá la responsabilidad del empresario o propietario en su caso”.

Posteriormente, en el año 1968, la Ley 16.744 consagra la responsabilidad subsidiaria del empleador en materia de accidentes del trabajo. El tenor del inciso segundo de su artículo 4 es el siguiente:

“El dueño de la obra, empresa o faena, será, subsidiariamente, responsable de las obligaciones que, en materia de afiliación y cotización, afecten a sus contratistas respecto de sus trabajadores. Igual responsabilidad afectará al contratista en relación con las obligaciones de sus subcontratistas”.

La Ley 16.757, por su parte, manifestó un reproche legislativo a la tercerización en la contratación de trabajadores. Así, su artículo 1 señala lo siguiente:

“Los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria, o de reparación o mantención habituales de sus equipos y que no sean tratados en los

incisos segundo y tercero de este artículo, no podrán ser ejecutados a través de contratistas o concesionarios.

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

El DL 2200, en el año 1978, derogó estas normas sin referirse positivamente al tema. Al año siguiente se dictó el DL 2759, el que derogó la Ley 16757 y planteó misma solución que el Código del Trabajo de 1931 cuyo texto ya se expuso.

En 1987 se dicta un nuevo Código del Trabajo, el que reprodujo en lo tocante a esta materia el DL 2759 ya referido planteando nuevamente la responsabilidad subsidiaria del dueño de la obra, empresa o faena. El artículo 63 de dicho Código es el que se refiere a esta materia y su texto es el siguiente:

“El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones que afecten a los contratistas a favor de los trabajadores de éstos. En caso de construcción de edificios por precio único prefijado, no procederá esta responsabilidad subsidiaria cuando el que encargue la obra sea una persona natural.”

En cuanto a la responsabilidad subsidiaria por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales ésta también se consagra en este cuerpo legal, en su artículo 209, subsistente hasta nuestros días. El texto de dicha norma es el siguiente:

“Art. 209. El empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la ley N° 16.744.

En los mismos términos, el dueño de la obra, empresa o faena es subsidiariamente responsable de las obligaciones que en materia de afiliación y cotización, afecten a los contratistas en relación con las obligaciones de sus subcontratistas.”

En el año 1993 se dicta la Ley 19.250, que se encarga de regular la situación de los subcontratistas en relación a la responsabilidad del dueño de la obra, empresa o faena, consagrando positivamente la responsabilidad de dicho sujeto en relación a los trabajadores del subcontratista. Por su parte, el año 2000 se publicó la Ley 19.666, la cual modificó el artículo 64 del Código del Trabajo y agregó una nueva norma, el artículo 64 bis. La modificación buscó explicitar la posibilidad del trabajador de demandar de manera conjunta tanto al responsable principal como al subsidiario. Esto, pues cierta jurisprudencia confundió los términos del anterior texto legal exigiendo un juicio nuevo y diverso para perseguir al responsable subsidiario. El artículo 64 bis, por su parte, otorgó ciertas herramientas a la responsable subsidiaria para protegerse en

relación al empleador deudor principal. El artículo 64 resultante de aquella reforma señalaba expresamente:

"Artículo 64. El dueño de la obra, empresa o faena será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos. También responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

En los mismos términos, el contratista será subsidiariamente responsable de obligaciones que afecten a sus subcontratistas, en favor de los trabajadores de éstos.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos.

En los casos de construcción de edificios por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades subsidiarias cuando el que encargue la obra sea una persona natural."

Por su parte, el texto del artículo 64 bis, garantía para la empresa principal subsidiariamente responsable, es el siguiente:

"Artículo 64 bis. El dueño de la obra, empresa o faena, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informado por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

En el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, así como cuando el dueño de la obra, empresa o faena fuere demandado subsidiariamente conforme a lo previsto en el artículo 64, éste podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél, el monto de que es responsable subsidiariamente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas.

En todo caso, el dueño de la obra, empresa o faena, o el contratista en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso primero de este artículo, podrá ser acreditado mediante certificados emitidos por la Inspección del Trabajo respectiva.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento del dueño de la obra, empresa o faena, las infracciones a la legislación laboral o previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas."

Este es el contexto legal en el que surge la ley que actualmente regula la materia, la Ley 20123, cuya génesis y contexto de aplicación se expondrá y analizará en seguida.

b. La Ley 20.213: Antecedentes e implementación.¹⁰⁷

En la década de los noventa los Gobiernos de turno se encargaron de promover diversas reformas laborales protectoras de los trabajadores. Sin embargo ninguna de ellas fue tan discutida como la ley en comento. En tal contexto el tema de la subcontratación era de capital importancia, por su creciente participación en las relaciones laborales y sus notorias consecuencias. La masificación de la subcontratación trajo como consecuencia un empeoramiento de las condiciones laborales dado por la mayor precariedad en el empleo y el rebaje de los salarios de los trabajadores subcontratados, quienes así formaban parte de una especie de “segunda clase” de trabajadores. Paradigmático al respecto fue el caso de los trabajadores de la minería, quienes enarbolaron el fin de todas las diferencias entre los trabajadores de planta y los subcontratados, quienes en CODELCO fueron favorecidos por la Dirección del Trabajo, organismo que ordenó a la minera estatal a incorporar a dichos trabajadores a su planta, situación revertida posteriormente por la Corte Suprema en un criterio que pasaremos a revisar más adelante.

Si por un lado los trabajadores buscaban con anhelo una regulación que los protegiera de desigualdades odiosas dadas por la subcontratación, los empleadores, por su parte, temían que una nueva regulación diera pie para que los sindicatos aumentaran desmedidamente su poder logrando presionar no sólo en base a una empresa en particular sino en representación, derechamente, de sectores de la producción.

Esta discusión y polaridad existente entre los trabajadores y las empresas es la evidencia de la paradoja que ha generado el adelgazamiento de las empresas propio de los procesos de externalización. En esta línea, LIZAMA y UGARTE reparan en que, a medida que las empresas han ido reduciendo su entidad en base a la menor cantidad de trabajadores de planta –reduciéndose, desde ese punto de vista, el universo de protegidos por el derecho laboral- ha ido apareciendo de modo paralelo un estamento

¹⁰⁷ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Págs. 138 y ss.

de trabajadores que claman por recibir tal protección jurídica, lo cual es posible de apreciarse en nuestra realidad jurídica en el caso de los trabajadores externos.¹⁰⁸

Es posible sostener que la regulación nueva que respecto a la subcontratación ofrece la Ley 20.123 refleja una posición histórica del legislador que, si bien no ha sido activa a un nivel regulatorio, exhibe aquiescencia al desarrollo de esta práctica (a diferencia del caso del suministro de personal propiamente tal que será evaluado más adelante). En este sentido la Ley 20.123 es una muestra del afán del legislador de que el modelo tripartito expuesto, que ha sido tan usado en la minería y en la industria, pase a otras áreas de la economía, pero de un modo regulado mediante una correcta delimitación de la responsabilidad de cada una de sus partes.¹⁰⁹

En esta línea cabe exponer cómo se ha incrementado la subcontratación en las relaciones laborales nacionales. Así, se plantea que el número de trabajadores que labora en esta modalidad (sea para contratistas o subcontratistas) es aproximadamente un 30% de los trabajadores regidos por el Código del Trabajo y de un 20% para el caso de los trabajadores que se desempeñan en el sector público.¹¹⁰ Por su parte, en el año 2008 un 30,5% de las empresas reconocen subcontratar actividades a otra entidad y un 2,8% afirma subcontratar derechamente personal, lo que de acuerdo a la actual nomenclatura significa utilizar trabajadores de servicios transitorios mediante un suministro de trabajadores. Es menester consignar que estos porcentajes son más bajos que en años anteriores, pudiendo explicarse aquello precisamente por la dictación de nueva normativa al respecto.¹¹¹ La mayor frecuencia de esta práctica –lo que llevó precisamente a la dictación de la Ley 20.123 para regularla de mejor manera- puede explicarse resumidamente en base a cuatro factores, cuales son:¹¹²

¹⁰⁸ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 4.

¹⁰⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 13.

¹¹⁰ PÉREZ y WALKER (2008). En: ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Págs. 70 y 71.

¹¹¹ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 71.

¹¹² ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 48 y ss.

1. La dramática modificación del modelo de empresa desde un paradigma serial o estandarizado a una oferta específica y variada.
2. El cambio a nivel de organización económica de las empresas. Así, en la actualidad la existencia de diversas unidades pequeñas que operan en colaboración mutua es la tónica, así como también la fragmentación de empresas en razones sociales diversas y, como contrapartida consecuente, los pactos globales o *holdings*. Por su parte, las modificaciones en el área tributaria también han sido un factor que ha moldeado la organización económica de las empresas menoscabando la verticalidad y simplificando la horizontalidad y la externalización de servicios. Esto, pues el antiguo impuesto a las ventas y servicios, basado en el valor bruto del producto, incentivaba la organización vertical y el desarrollo de todos los niveles de producción en una misma empresa con el afán de que el pago del impuesto se realizara en una sola ocasión. En cambio, la creación del I.V.A. o Impuesto al Valor Agregado permitió que las transacciones intermedias no fueran gravadas de modo repetido al descontarse dicho gravamen de la siguiente transacción del bien.
3. La desregulación en el ámbito laboral que ha otorgado un amplio margen de acción para los empleadores. En esta línea la contratación de personal a través de empresas externas es eficiente al conllevar una mayor flexibilidad para los empleadores. Por su parte, los trabajadores aceptan operar bajo condiciones más precarias que las que gozan los trabajadores que se desempeñan para la empresa principal, y esto se debe, evidentemente, a la necesidad de trabajo acrecentada por las altas tasas de desempleo y de inestabilidad laboral. Esta modalidad ciertamente implica una mayor precariedad para los trabajadores al estar condicionado su trabajo al acuerdo predeterminado entre la empresa que lo contrató y el empleador principal, por ello la estabilidad en el empleo se ve fuertemente mermada en aras de la flexibilidad que este sistema ofrece. Esto sin siquiera referirnos al escenario en que el empleador simplemente comete un fraude a la ley laboral a través de la subcontratación encubriendo verdaderas relaciones laborales, tópico que será abordado más adelante.
4. El afán de restar poder a los sindicatos. Esto, pues los trabajadores carecen de la cohesión legal que les permita unirse en su totalidad y formar sindicatos. El fenómeno que sucede al configurarse la subcontratación de trabajadores en una empresa es que automáticamente se forman dos grupos de trabajadores

muy diversos, por un lado los contratados por la empresa principal y, por el otro, los externos a ella. Se trata, ciertamente, de una fragmentación de la fuerza de los trabajadores que daña el potencial de los sindicatos. Por su parte, los trabajadores externos, de organizarse sindicalmente, sólo pueden negociar con la empresa que los ha contratado y dentro del margen que otorgue la relación jurídica previa de esta empresa con la empresa principal, dado por la temporalidad y especificidad de los servicios a ser entregados.

Como señala Magdalena ECHEVERRÍA en su investigación sobre la materia, el tema provocaba fuertes reacciones básicamente por tres motivos. El primero de ellos está dado por la masividad ya comentada que alcanzaba a tal época el trabajo bajo el régimen de subcontratación. En segundo lugar, dado que la flexibilidad laboral –tan ansiada y defendida por el sector empresarial- en nuestro país sólo tiene como manifestación precisamente las prácticas de externalización de actividades productivas y de trabajo. Finalmente, y como fue comentado, la externalización significaba para los empleadores no sólo un modo de flexibilizar los vínculos laborales, sino además de abaratar costos marginando costos previsionales y de contratación y despido, entre otros ítemes de suyo complicados a nivel económico y político para cualquier empleador. Ello explica la natural resistencia que este tipo de legislación provocó en el sector empresarial y el nutrido debate que precedió a esta ley.

Como contrapartida a ello, cabe sostener que lo buscado por el legislador mediante la dictación de la Ley 20.123 es la transparencia en los vínculos laborales existentes en nuestra sociedad, incluyéndose además de los casos de subcontratación la situación de las empresas de servicios transitorios, las cuales adolecían de ilicitud en la época previa a la vigencia de estas nuevas normas, como se ha expuesto ya. Junto con ello se reguló el régimen de subcontratación, cuya regulación previa era claramente insuficiente. Esto, pues la nueva normativa se encarga de definir con detalle los componentes de la relación tripartita característica del sistema de subcontratación. Además de definir los contornos fácticos de aplicación de este régimen lo más destacable de esta ley es el mayor grado de responsabilidad que otorga a la empresa principal como entidad relacionada con las falencias que el contratista perpetre contra los derechos laborales de los trabajadores. En esta línea, la responsabilidad solidaria de la empresa principal en relación con el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales incentiva a dichos entes al control y fiscalización del cumplimiento adecuado de tales deberes legales por parte de las empresas por ellos contratadas. Por su parte, si la empresa principal se preocupa de

informarse acerca del cumplimiento de dichas obligaciones por parte de la empresa contratista y, en caso de detectar incumplimientos, retiene los montos debidos su responsabilidad pasa de ser solidaria a ser subsidiaria, es decir, operando sólo ante el incumplimiento de la empresa contratista. Esto será analizado con mayor detalle en un próximo capítulo.

Por otro lado esta legislación se encarga de regular y prohibir expresamente la práctica fraudulenta de utilizar la subcontratación como contexto ficticio para encubrir verdaderas relaciones laborales que implican un suministro de trabajadores de carácter permanente.¹¹³ En tal sentido, se contemplan diversas hipótesis de cesión ilegal de trabajadores que serán analizadas precisamente al culminar nuestra exposición.

Por su parte, la ley en comento otorga especiales facultades a la Inspección del Trabajo para fiscalizar el cumplimiento de la ley laboral tanto a la empresa principal como a la empresa contratista. En este sentido, los inspectores del trabajo están obligados a informar a la empresa principal o contratante de las falencias en las condiciones laborales detectadas respecto de las empresas contratistas o subcontratistas. Esta interrelación traducida en la supervisión de la empresa principal en cuanto al cumplimiento de la ley laboral no sólo se refiere a las obligaciones meramente patrimoniales sino al contexto de desempeño de las funciones de los trabajadores, incluyéndose su salud y seguridad en dicho escenario. Así, en el artículo 183-E del Código del Trabajo y el artículo 7 de esta ley se establece el deber de las empresas principales de efectuar tal labor supervisora estableciendo ellas, al mismo tiempo, lineamientos o políticas sanitarias y de seguridad en general, acabándose con la discriminación que hasta en tal sentido era denunciada por los trabajadores. Esto, pues previo a que la ley estableciera este deber los trabajadores de la empresa principal solían estar protegidos con medidas de seguridad de las que los trabajadores externos carecían. Por otro lado la coexistencia de trabajadores que laboraban para empleadores diversos implicaba una descoordinación en las labores muchas veces riesgosa. Esta regulación conlleva la existencia de un reglamento y un comité paritario de higiene y seguridad para la faena en general, haya o no trabajadores externos, quienes ciertamente han de incluirse en los términos de dichas medidas, así como una

¹¹³ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Págs. 110 a 112.

unidad de prevención de riesgos que tome en cuenta la seguridad de la totalidad de los trabajadores.¹¹⁴

La motivación de esta legislación es, ciertamente, el incentivo al empleo. En este sentido, la ley no prohíbe que el trabajador, culminado el plazo establecido para su servicio transitorio, sea contratado esta vez para la empresa usuaria. Sin embargo, es claro que las posibilidades de fraude son latentes. Es por ello que de no cumplirse la letra ni el espíritu de la norma la ley da por establecida la relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador contratado de manera irregular bajo el régimen transitorio. Al respecto, el Gobierno al dictar esta ley hizo hincapié tanto en la ayuda que esta modalidad de empleo podría significar para ciertos sectores de la población como las mujeres o los jóvenes como en el carácter excepcional de este régimen para las empresas, las cuales sólo pueden recurrir a él en los acotados casos que la ley contempla. Ello implica que, en definitiva, la ley busca evitar que existan trabajadores que laboren su vida entera en esta modalidad y que los empleadores obtengan trabajadores temporales de manera cíclica para sus procesos productivos. En efecto, en el caso de huelga se prohíbe el reemplazo de trabajadores mediante esta modalidad.

El suministro de trabajadores consagrado en la Ley 20.123 importa una relación jurídica altamente particular, en la cual convergen responsabilidades tanto de la empresa de servicios transitorios como de la empresa usuaria. En tal sentido, la usuaria tiene potestad directiva sobre el desempeño del trabajador, pudiendo manejar sus tareas y horarios. Como parangón a esto tiene la responsabilidad directa sobre el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad respecto del trabajador y es subsidiariamente responsable en relación a las obligaciones laborales y previsionales que tengan las empresas de servicios transitorios respecto del trabajador. ECHEVERRÍA destaca al respecto la voz de los trabajadores sobre este tópico, siendo destacable esta nueva regulación respecto de las empresas de suministro y no así las contratistas, quienes no tienen las mismas limitaciones legales.¹¹⁵ Esto, como se verá al estudiar particularmente cada régimen, tiene como consecuencia el que la ley haya terminado siendo más beneficiosa para los trabajadores suministrados que para los

¹¹⁴ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 123.

¹¹⁵ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 130 a 132.

subcontratados. Todo ello se analizará al exponerse cuáles son las falencias que esta importante legislación ha demostrado tener durante estos cuatro años de vigencia.

c. La subcontratación en la actual legislación.

La Ley 20.123 se planteó el afán de definir la subcontratación, tarea de suyo complicada teniendo en cuenta que ni siquiera la OIT ha logrado formular un concepto unívoco. Sin embargo, el legislador cumplió con dicha misión, acotando conceptualmente dicha noción. En ese sentido, debe exponerse como noción previa que la subcontratación laboral es un concepto diverso de la subcontratación en términos civiles, ya que no es menester la existencia de dos contratos iguales entre las diversas empresas (es decir, el contrato primario y el subcontrato). Se plantea, entonces, un concepto amplio, que no exige la duplicidad en los contratos mencionada ni limita las materias objeto del contrato de naturaleza civil o mercantil que le sirve de base.¹¹⁶

El artículo 183-A del Código del Trabajo define la subcontratación:

Artículo 183-A.- Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478.

Esta definición se centra no en la calidad de la empresa empleadora y usuaria, sino que en la labor del trabajador, ello para LIZAMA y UGARTE es reflejo del afán del legislador de eliminar la posibilidad de suministro de trabajadores. En esta línea es que la norma exige que el trabajador debe operar para el contratista debiendo, por ende, existir un vínculo de subordinación y dependencia entre ambas partes mencionadas para que la relación en cuestión califique en la definición legal de subcontratación.

¹¹⁶ UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007. Págs. 99 y 100.

Por su parte, de la norma en cuestión la doctrina extrae los requisitos para la configuración del trabajo en subcontratación¹¹⁷:

1. Debe existir un vínculo jurídico de carácter contractual entre la empresa principal y la empresa contratista: Tal acto jurídico debe consistir en la obligación de la empresa contratista de prestar un servicio o ejecutar una obra para la empresa principal. Al respecto, LIZAMA y UGARTE acertadamente advierten que se debe tratar de una obligación de hacer y, asimismo, de resultado, ya que se trata de una obra o gestión por parte de la empresa contratista sujeta al pago de un precio en la medida que sea realizada. Por su parte, PALAVECINO también señala que el tipo de obligación que debe tener la empresa contratista es sólo de hacer y jamás de dar. La obligación de hacer, de ejecutar cierta obra, implica que la empresa principal puede ejercer cierto control en la gestión, situación que no ocurre en las obligaciones de dar, como una compraventa o un mero suministro.¹¹⁸ Por su parte, la legislación en comento no limita la subcontratación por parte de un contratista y así sería posible que cada subcontratista subcontrate *ad eternum*. Por ello, no es menester una obra que beneficie a la empresa que directamente contrata los servicios de la contratista, pues ella misma puede encontrarse contratada por otra principal. Es posible agregar que la actividad contexto de la subcontratación no necesariamente pertenece al sector productivo, sino que puede versar sobre gestiones, derechamente, en el sector terciario. Así, la tercerización de los servicios de asistencia al cliente o ventas.¹¹⁹ En efecto, es tal campo donde precisamente la subcontratación se ha masificado en un grado más notorio en las últimas décadas.
2. La empresa contratada debe actuar por su cuenta y riesgo: Como fue extraído de la definición, para cierta doctrina esta característica es definitoria de todo régimen de subcontratación y la definición otorgada por nuestro Código Laboral no dejó de tomar en cuenta ese factor. En tal

¹¹⁷ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 19 y ss.

¹¹⁸ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 35.

¹¹⁹ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 32.

sentido es menester que la empresa contratada para la realización de la obra o faena cuente con los medios necesarios para dicha empresa y los desarrolle por sí misma, lo que implica que ejerza el poder de supervisión y organización respecto de todos sus recursos, incluidos los trabajadores.

3. La obligación del contratista debe ser de ejecución permanente: Por ello la norma excluye las labores desarrolladas de modo esporádico o discontinuo. Al respecto el término “discontinuo” se debe entender de modo literal, según la Dirección del Trabajo, quien señala:

“...estaremos en presencia de trabajo en régimen de subcontratación cuando las obras o servicios que deban ejecutar y / o prestar los respectivos trabajadores sean realizadas en forma permanente o habitual para la empresa principal, entendiéndose que revisten tales características aquellas cuyo desarrollo implica permanencia, habitualidad, periodicidad o alguna secuencia en el tiempo, esto es, que no se realicen o respondan a necesidades específicas, extraordinarias u ocasionales.”¹²⁰

Huelga decir que tal frase de la norma en comento no se contemplaba en el texto original y su origen está en las críticas que señalaban que la definición de subcontratación era excesivamente amplia y en ella cabían hipótesis meramente civiles o comerciales.¹²¹ Esto llevó a que el Gobierno promotor de la iniciativa ejerciera un veto al respecto en el cual se incluyeron ajustes finales al, en ese entonces, proyecto de ley. El que la labor a desarrollar sea permanente impide incluir tales casos limítrofes en el concepto, acotándolo de modo adecuado a nuestro modo de ver. En tal sentido, tal frase ciertamente tiene concordancia sistemática con lo prescrito en el artículo 8 del Código del Ramo, que excluye ciertos servicios de la categoría laboral. Tal norma contempla los servicios “continuos o esporádicos”.¹²² Por ende, el coto es concordante con el régimen laboral común y es preciso en tanto responde a la crítica, ya que excluye todos aquellos casos que precisamente escapan del ámbito del derecho del trabajo de modo evidente.¹²³

¹²⁰ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen 0141/005 [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-94268.html> (Fecha de consulta: 2-9-10).

¹²¹ En esa línea, LIBERTAD Y DESARROLLO. Temas Públicos N° 764. 31-03-06.

¹²² LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 20.

¹²³ En tal sentido, es menester aclarar que no es la intención plantear que el criterio único para definir el carácter laboralmente relevante de una relación jurídica sea su carácter continuo. Simplemente nos atenemos a los casos de servicios que por su índole no ingresan a la esfera de esta rama jurídica, casos que podrían haberse incluido en el régimen de subcontratación según la crítica de LYD. La crítica,

4. Los servicios deben ser prestados en la empresa principal: Al respecto, existen diversas interpretaciones. Por un lado PALAVECINO cree que la preposición “en” utilizada por el legislador implica una exigencia espacial o física. Por ende, los servicios deben desarrollarse en dependencias de la empresa principal. Tal visión concuerda con la opinión de dicho autor anteriormente expuesta de que se excluyen del campo aplicacional de la subcontratación en estudio los contratos cuya obligación es de dar. En esta línea, señala PALAVECINO que el hecho de que los trabajadores se desempeñen en “el ámbito de organización y dirección de la empresa principal” otorga fundamento, del mismo modo que la obligación del contratista sea de hacer, para la responsabilidad de la empresa contratante, desde que ella tiene cierto control sobre el trabajo realizado. Tal ámbito de organización, entonces, es identificado por el autor en comento, con un criterio locativo o espacial.¹²⁴ Por su parte, LIZAMA y UGARTE plantean, a nuestro juicio correctamente, que tal término atiende a la propiedad del proceso productivo. Por ende, la participación en una obra o faena que forme parte del proceso de producción de una empresa principal califica con la idea del precepto.¹²⁵ Por su parte, el alcance del precepto, según la Dirección del Trabajo, atiende a la propiedad de la empresa principal sobre la obra o faena, sin ser relevante en tal sentido el lugar específico donde se labore. Al respecto, el organismo público sostiene:

“En lo que concierne al requisito establecido en la letra b), es necesario precisar que existirá subcontratación, tanto si las obras o servicios que ejecutan los trabajadores del contratista se desarrollan en las instalaciones o espacios físicos propios de la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, como fuera de éstos. En efecto, el análisis de la historia fidedigna del establecimiento de la ley N°20.123, norma de interpretación legal prevista en el artículo 19, inciso 2º, del Código Civil, permite sostener que carece de incidencia para los señalados efectos, el lugar en que deban desempeñarse los trabajadores del contratista.”¹²⁶

Todos los criterios son defendibles, sin embargo el primero de ellos restringe injustificadamente el alcance de la norma según nuestra visión, no

claramente, atiende a un caso meramente teórico, pues probablemente los Tribunales no hubieran dado lugar a dichas demandas precisamente por no tratarse de vínculos de naturaleza laboral.

¹²⁴ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Págs. 35 y 36.

¹²⁵ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 22.

¹²⁶ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen 0141/005 [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-94268.html> (Fecha de consulta: 2-9-10).

sólo porque circunscribir un “ámbito de organización y dirección”, concepto funcional, a un contexto meramente físico y espacial parece excesivo coto conceptual, sino que sus consecuencias son gravísimas si se busca la aplicación del régimen de subcontratación a la totalidad de las hipótesis fácticas existentes en nuestro país y que califican con la *ratio legis*. Así, si para PALAVECINO es “atípica” una subcontratación que no se desarrolle “en” las dependencias físicas de la empresa principal existirán muchos casos de trabajadores que bajo esta interpretación resultarían desprotegidos burlándose los fines de esta novel legislación. Esto, pues ciertamente aquella no es la idea de la ley, y a ello debemos atenernos antes que a la mera exégesis. Lo planteado es sin perjuicio del importante hecho que la subcontratación “atípica” no es otra cosa que un suministro ilegal de trabajadores, sancionado en virtud de esta ley en comento. Por lo dicho, es la pertenencia al proceso productivo el elemento esencial a nuestro modo de ver, pues tal idea se relaciona más con la esencia del concepto de externalización en una empresa, el cual precisamente se relaciona con la superación de los márgenes físicos de modo acorde con las virtualidades dadas por las nuevas tecnologías, como ha sido comentado con anterioridad, y como ciertamente tal proceso se vincula con el concepto mismo de subcontratación. De más está decir que dicho criterio protege en mayor medida al trabajador y califica de mejor modo con los fundamentos de la ley.

5. En el caso de las edificaciones encargadas a otra empresa por un precio único prefijado, la empresa principal que contrata tal obra no debe ser una persona natural: Al respecto, PALAVECINO incluye en la excepción descrita contenida en la norma a toda persona natural que no tenga la calidad de empresa o, más bien, cuando una persona natural no sea titular de una empresa. Se basa para ello en el permanente uso del legislador del término “empresa” a lo largo de los artículos 183-A y siguientes del Código del Trabajo.¹²⁷ LIZAMA y UGARTE, por su parte, se basan en la definición de empresa otorgada por el propio Código para concluir que la ley laboral concibe la existencia de una empresa como entidad compuesta por los elementos establecidos por la ley y por el empleador propiamente tal, quien

¹²⁷ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 40.

con su calidad dota a la empresa, a su vez, de tal calidad legal. Por ello, la ley laboral no obliga a una empresa sin más, sino que a un empleador que siempre es presupuesto de ella, para poder sostenerse que se trata de una empresa en términos laborales.¹²⁸ Tal posición, en otras palabras, adscribe al concepto material de empresa para efectos laborales asumiéndola como un ente compuesto cuya individualidad legal determinada que exige la ley es otorgada por la existencia de un sujeto empleador y no por la forma jurídica que ésta tenga.

6. El trabajador debe serlo jurídicamente respecto de la empresa contratada para la ejecución de la obra o la prestación del servicio: Esto, pues si existe una relación laboral triangular si el trabajador se encuentra bajo relación laboral de subordinación y dependencia respecto de la empresa principal nos encontramos frente a un caso de suministro de trabajo, el cual bajo esta ley procede sólo cumpliéndose determinados requisitos que se verán más adelante. Al respecto, LIZAMA y UGARTE han reparado en que los términos “subordinación y dependencia” son sinónimos, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia. Sin embargo existen otras dos discusiones para la doctrina. El primer punto es si la subordinación puede clasificarse. Así, algunos autores plantean que el trabajador se encuentra subordinado a su empleador de un modo moral –en tanto respecto al empresario-, técnico –en cuanto al modo de desempeñar las labores, prescrito por el empresario-, económica y jurídicamente. Sin embargo, la doctrina mayoritaria sostiene que la subordinación es puramente jurídica. Al respecto, LIZAMA y UGARTE señalan que:

“...es posible entender la subordinación como la dirección que un sujeto de derecho, denominado el empleador, efectúa de la actividad que coordinadamente ejecuta otro para él, quien se incorpora en forma continuada a la esfera productiva que controla el primero, lo que se manifestará en un conjunto de indicios vinculados más que a hechos físicos y espaciales (utilización de uniforme, instrucciones, control directo, trabajo en el lugar de la empresa) a determinados rasgos de la cooperación mutua entre las partes...”¹²⁹

¹²⁸ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 23 y ss. Al respecto es relevante revisar la discusión en la doctrina laboral generada a propósito del concepto de empresa, tratada en el capítulo III de esta investigación, Pág. 37 y siguientes.

¹²⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 28 y 29. Concepto extraído de UGARTE, José Luis. La crisis de la subordinación y el nuevo trabajo autónomo. Págs. 120 y 121.

Ello trae aparejado, para los autores citados, que ya no se considere la subordinación como un concepto estricto, con elementos estáticos, sino que como una noción dentro de la cual se puede encontrar puntos comunes con el caso concreto y no una subsunción exacta. Este criterio, por lo demás, es compartido por la jurisprudencia tanto judicial como administrativa. Dichos órganos toman en cuenta, como ha sido expuesto ya al estudiar la relación laboral, diversos indicios para así calificar una situación como de subordinación.¹³⁰ Así, el cumplimiento de un horario o el seguimiento de los métodos o directrices dados por el empleador para ejecutar las labores que el trabajador tiene a su cargo. A su vez, esta definición de subordinación es sin perjuicio del mando o fiscalización ejercido por la propia empresa usuaria respecto de la contratista o los mismos trabajadores, situación de excepción en razón de su legítimo afán de obtener buenos resultados en la obra, en cambio la subordinación respecto de la empresa contratista “supone un control permanente y una dirección cotidiana”¹³¹ de las labores realizadas por los trabajadores.

c.1. Responsabilidades de la empresa principal en el régimen de subcontratación establecido por la Ley 20.123.

c.1.1. Responsabilidad subsidiaria de la empresa principal

La ley señala que la responsabilidad de la empresa principal, dueña de la faena o contexto productivo en el que se desenvuelve la labor de la empresa contratista o subcontratista, de ser el caso, es subsidiaria en caso de cumplirse ciertos presupuestos. El carácter subsidiario de dicha responsabilidad ha sido tematizado de diversos modos en la doctrina nacional.

LIZAMA y UGARTE señalan que la responsabilidad subsidiaria en cuestión es una responsabilidad “en subsidio o en defecto”, de modo tal que sólo procede ante la insuficiencia del derecho de prenda general del empleador directo del trabajador. En ese sentido esta responsabilidad no se identificaría ni con la responsabilidad solidaria

¹³⁰ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 29.

¹³¹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 33.

civil ni con la responsabilidad por el hecho ajeno consagrada en el artículo 2320 del Código Civil. A su vez, estos autores sostienen que dicha responsabilidad se extiende a las obligaciones laborales y previsionales de dar, es decir, las obligaciones consistentes en traspasar el dominio u otro derecho real de una cosa. Esto, como lógica contraposición a las obligaciones de hacer que son las que el trabajador cumple en el contexto de la ejecución del contrato de trabajo.¹³²

Ahora bien, ¿cuáles son, específicamente las obligaciones laborales y previsionales? Al respecto, se plantea por la doctrina la remuneración y demás obligaciones en dinero que el empleador haya contraído con el trabajador, las cotizaciones previsionales y las indemnizaciones por término de contrato de trabajo. Se entiende por los autores y la jurisprudencia que las obligaciones no sólo deben tener como fuente el acuerdo entre las partes, sino que puede tratarse de obligaciones legales o de carácter tácito entre las partes, dado por su propia práctica y no estipuladas expresamente. LIZAMA y UGARTE critican la postura de la Corte Suprema, que ha excluido de dicho campo obligacional la indemnización por lucro cesante en el caso de los contratos por obra, faena o de plazo fijo dado que no podría responsabilizarse a la empresa principal por un mero actuar poco diligente del contratista en tanto contratante laboral. Estos autores discrepan de dicha posición y plantean que esta indemnización, si bien no está expresamente contemplada, se origina en la misma vinculación laboral existente entre las partes.

Por ello, es posible sostener que las obligaciones de dar de tenor laboral y previsional que deben ser satisfechas de modo subsidiario por el empleador principal son las remuneraciones, las asignaciones en dinero, las cotizaciones previsionales – sede en la que se incluye tanto el aporte a las AFP como a la Institución de Salud pertinente y, junto con ello, los aportes para financiar los seguros de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y cesantía- y las indemnizaciones legales por término de contrato de trabajo, es decir, la indemnización sustitutiva del aviso previo, la indemnización por años de servicio y los aumentos legales por despido injustificado y la indemnización especial a todo evento para el caso de las trabajadoras de casa particular.

El carácter subsidiario de la responsabilidad de la empresa principal es equivalente a la responsabilidad que, en materia civil, ostenta el fiador, es decir, es a su respecto

¹³² LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 33 a 35.

aplicable el beneficio de excusión. A su vez, se trata de una responsabilidad de carácter indirecto, al no provenir de un hecho propio de la empresa principal, sino ajeno, cual es el incumplimiento de las obligaciones de dar de las que el trabajador es acreedor por parte de su empleador directo.¹³³

Finalmente, se trata de una responsabilidad limitada en dos sedes. En primer lugar se encuentra limitada en el tiempo, esto quiere decir que sólo responde subsidiariamente el empresario principal respecto a las obligaciones originadas durante el tiempo que los trabajadores acreedores efectivamente prestaron servicios al contratista o subcontratista para la ejecución de la obra o prestación del servicio contratado por la empresa principal. Esto, tomando en cuenta que dichas obligaciones tendrán como límite temporal su extinción, sea por su cumplimiento o finiquito, sea por la prescripción o caducidad. En segundo término, esta responsabilidad tiene un límite subjetivo, dado porque el trabajador subcontratado se haya desempeñado efectivamente en la obra, faena o servicio propios de la empresa principal responsable subsidiariamente.¹³⁴

c.1.2. Responsabilidad solidaria de la empresa principal

La Ley 20.123 no sólo contempla una responsabilidad subsidiaria de la empresa principal, sino que también, y en este tópico aquello es ciertamente una innovación, incorporó una responsabilidad solidaria para la empresa principal bajo ciertos presupuestos. Como bien destacan LIZAMA y UGARTE, en este caso, a diferencia de la responsabilidad subsidiaria “común” expuesta en el párrafo anterior –caso en el cual se trataba de una responsabilidad indirecta de la empresa principal basada en un hecho ajeno a ella, consistente en el incumplimiento del empleador directo de los trabajadores de las obligaciones laborales y previsionales respecto a ellos procedentes- en este caso se trata de un hecho propio de la empresa contratista que genera esta responsabilidad. Tal hecho propio es la falta de control y vigilancia de su parte avalada por la misma ley que lo faculta a tal efecto. En tal sentido, el artículo 183-B del Código del Trabajo establece lo siguiente en sus cuatro primeros incisos:

¹³³ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 49.

¹³⁴ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 49 y 50.

“Artículo 183-B.- La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.”

Opinión diversa manifiesta PALAVECINO, quien destaca la facultad del trabajador de dirigirse, indistintamente y a su arbitrio, a su empleador contratista o bien a la empresa principal cobrando el total de la deuda que por concepto de obligaciones laborales o previsionales exista. Dicho autor plantea que es éste el régimen general de responsabilidad para la empresa principal, situación que critica desde que no existiría fuente para aquella responsabilidad. En tal sentido, anota que el contrato de trabajo tiene efectos relativos que se irrespetan al otorgarse responsabilidad a un tercero que no concurrió a dicho acto jurídico. El mismo autor otorga un fundamento ciertamente razonable e incuestionable a nuestro modo de ver, pero una “solución formalista y autoritaria” en palabras de dicho autor. Esto es que, más allá de buscar una fuente convencional de tal obligación el antecedente de ella es simplemente un deber de conducta establecido en la ley e inserto en la inclusión de la empresa principal o contratista en el régimen de subcontratación mediante un instrumento civil o mercantil. Para dicho autor aquello atenta contra la libertad de contratación y elección del trabajo.¹³⁵ ¹³⁶Ya hemos mencionado con anterioridad la improcedencia de la cita a derechos fundamentales –cuyo valor no es absoluto sino que debe ser ponderado– para obstar la legítima facultad del Estado de dictar normas que propendan al bien común y, con ello, establezca deberes de conducta.¹³⁷ No sólo ello, la misma doctrina y

¹³⁵ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 57.

¹³⁶ Una sencilla respuesta sería la siguiente: “las consecuencias extravagantes para el derecho civil no son tales para el derecho laboral. Una vez más nos encontramos, en plenitud, con el principio de primacía de la realidad.” En: GAMONAL, Sergio y PRADO, Pamela. El suministro de trabajadores en la nueva Ley N° 20.123: Acerca de la calidad de coempleador y la doble subordinación. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Ponencia [en línea]. <www.derecho-trabajo.cl/Ponencias/SERGIO%20GAMONAL.doc> (Fecha de consulta: 20-10-10). Pág. 10.

¹³⁷ Defendemos la postura que justifica esta responsabilidad en el deber de conducta que asume la empresa principal al ingresar a este régimen de subcontratación. De modo alguno se trata de circunstancias sobrevinientes que limiten su capacidad de actuar, sino que de un estatuto por ella conocido al momento de contratar y que como decisión económica que seguramente sabe tomar escogerá si sus costos son menores a los beneficios que ella le reporten. Ciertamente, el tema excede el

la jurisprudencia atienden a la utilidad o beneficio que los trabajadores reportan al empresario principal. PALAVECINO nuevamente discute ello, planteando que desoye el carácter oneroso-conmutativo del contrato civil o mercantil celebrado entre la empresa principal y la contratista (o entre la empresa contratista y la subcontratista y así, sucesivamente). Esto porque, según este autor el que el empresario pague un precio por el trabajo de los trabajadores implica una equivalencia en las prestaciones que se rompe al imponerle a dicho sujeto responsabilidades adicionales no consentidas por él. En tal sentido, se trataría de una responsabilidad objetiva sin fundamento alguno considerando que la subcontratación es una actividad lícita y acorde con los principios de libertad empresarial y derecho de propiedad que la Constitución garantiza y que, en caso de que se utilice para lesionar los derechos de los trabajadores ocultando una verdadera contratación real ya existen las figuras de fraude contempladas en el artículo 507 para sancionar aquello. Ello lo lleva a concluir que la ley presumiría de derecho la responsabilidad de la empresa principal en tal clase de fraudes desde que por el solo hecho de subcontratar se le impone misma responsabilidad que si hubiera cometido una de las conductas consagradas en el artículo 507 ya mencionado.¹³⁸ Repetimos la sencilla y señalada justificación en el deber de conducta que una empresa principal asume al momento de ingresar en la dinámica de la subcontratación, debiendo ser tenida en cuenta en tanto contratante diligente al momento de optar por dicho régimen.

Por otro lado, la solidaridad sólo procede cuando la empresa principal no ha ejercido los derechos que se le han otorgado para fiscalizar diligentemente el cometido de su contratista, lo que otorga sentido a todo el sistema en tanto se trata, en esta clase de responsabilidad, de un hecho negligente propio de la empresa principal.

En tal línea, esta norma otorga diversos derechos a la empresa principal en relación con la empresa contratista o subcontratista. El inciso primero del artículo expuesto consagra el derecho de información de la empresa principal. El inciso tercero, a su vez, contempla su derecho de retención. Finalmente, los incisos tercero y cuarto de la norma transcrita consagran el derecho de pago por subrogación.

objeto de este análisis, sin embargo huelga decir que el argumento de los derechos fundamentales carece de mayor asidero desde que la subcontratación implica en muchos casos el irrespeto de derechos fundamentales de los trabajadores y ello es justificación racional suficiente para que el Estado dicte normas que eviten dicha situación. De más está decir que la propiedad misma puede ser limitada en aras de su función social y no se ve por qué no podría conculcarse la libertad de empresa –concediéndose que el ejercicio de dicho derecho podría verse disminuido- en aras del interés mencionado.

¹³⁸ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 61.

De lo expuesto puede concluirse que la empresa principal, si cumple con el control que la ley le impone, se exime de esta clase de responsabilidad, ciertamente menos conveniente para ella, y vuelve al régimen general de responsabilidad subsidiaria ya mencionado. Por lo dicho cabe sostener junto con los profesores LIZAMA y UGARTE que la solidaridad no es la generalidad en el nuevo régimen de subcontratación, siendo la responsabilidad subsidiaria la regla general y existiendo la solidaridad como una sanción más gravosa para el caso del empresario diligente que no ejerció sus facultades fiscalizadoras de acuerdo a la ley. Estos autores explican que el fundamento de estas normas es, precisamente, motivar el autocontrol en las empresas basado en la evidente posición de superioridad que ostenta la empresa principal en relación a la contratista o subcontratista. Tal superioridad no sólo está dada por la condición propia de la contratación –que de suyo implica la fiscalización de la contratante del recto avance de la obra encargada- y la probable mayor entidad económica de dicho sujeto, sino que además por los derechos mencionados que la ley le otorga.¹³⁹

En cuanto al objeto de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, bien vale lo ya expuesto en relación a la responsabilidad subsidiaria. PALAVECINO, por su parte, señala que de la historia fidedigna del artículo 183-B, base del régimen de responsabilidad solidaria supletorio a la responsabilidad subsidiaria en comento, concluye que el objeto de las obligaciones a ser satisfechas por el empresario principal no incluye las obligaciones de hacer ni las equivalentes a ellas de dar.¹⁴⁰ Esta idea se extrae del mensaje dado por el veto presidencial que introdujo las últimas modificaciones a la Ley 20.123 con el objeto de obtener votos de sectores políticos más cercanos al ideario empresarial. Por su parte, señala dicho autor que las obligaciones a ser cubiertas por el empresario principal deben tener una fuente legal. Esto, atendida la gravosidad que de suyo implica el tener que cumplir solidariamente con las obligaciones laborales y previsionales o, además, subsidiariamente y previa fiscalización de acuerdo a la ley. Esta vez la posición parece razonable, aunque también es válida la argumentación dada por LIZAMA y UGARTE al respecto.

La Dirección del Trabajo ha sostenido un criterio aplicable tanto a la responsabilidad solidaria como a la responsabilidad subsidiaria de la empresa

¹³⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 59.

¹⁴⁰ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Págs. 69 a 71.

principal, conteste con lo ya expuesto, versando dicha línea de pensamiento del siguiente modo:

“...resulta dable afirmar que la responsabilidad solidaria que asiste a la empresa principal y al contratista por las obligaciones laborales de dar en favor de los trabajadores del contratista o subcontratista, según corresponda, alcanzará a todas aquellas obligaciones que, derivando de los contratos individuales o colectivos de trabajo o del Código del Trabajo y sus leyes complementarias, consistan en el pago de una suma de dinero determinada.

Por lo que respecta a las obligaciones previsionales, cabe señalar que la circunstancia que el artículo 183- B , en comento, haya circunscrito la responsabilidad de la empresa principal o del contratista sólo a las obligaciones de dar, no así a las de hacer, carácter que revisten las obligaciones de prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales a que se alude en el dictamen N° 544/32, precedentemente citado, forzoso es convenir que a la luz de la nueva normativa que se contiene en el citado artículo 183-B, la responsabilidad solidaria de la empresa principal y el contratista sólo alcanzará al pago de las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores de que se trata.

La conclusión anterior no significa, que el legislador no haya contemplado responsabilidad alguna de la empresa principal o del contratista, en materia de higiene y seguridad respecto de los trabajadores afectos a un régimen de subcontratación. Por el contrario, el artículo 183-E del Código del Trabajo dispone expresamente que sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, del contratista o subcontratista, en orden a adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y salud de sus propios trabajadores de conformidad a lo dispuesto en el artículo 184 del mismo Código, establece una responsabilidad directa sobre la materia para la empresa principal...”

“...la aludida responsabilidad sólo corresponde hacerla efectiva tratándose de las eventuales indemnizaciones legales que procedan por tal concepto, excluyéndose así, aquellas de carácter convencional.

De este modo, en opinión de este Servicio, la responsabilidad de que se trata sólo procederá respecto de las indemnizaciones que corresponde pagar cuando el término de la relación laboral se produce por aplicación de alguna de las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio escrito del empleador, comprendiéndose en ellas, la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163 y la sustitutiva del aviso previo, si correspondiere, prevista esta última en los incisos 2º del artículo 161 y 4º del artículo 162 del mismo Código.

Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de esta Dirección, la responsabilidad solidaria que asiste tanto a la empresa principal como al contratista, debe hacerse extensiva a las indemnizaciones que, en conformidad al artículo 168 del Código del Trabajo, debe fijar el juez que conoce del reclamo por despido, en caso de que habiéndose puesto término al contrato de trabajo del afectado por aplicación de causales distintas a las anteriormente consignadas, declare que tal aplicación es injustificada, indebida o improcedente.”¹⁴¹

¹⁴¹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Dictamen 0141/005 [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-94268.html> (Fecha de consulta: 2-9-10).

c.1.3. Responsabilidad de la empresa principal en materia de seguridad e higiene.

Como fue expuesto, esta era otra de las materias en las que los trabajadores externos eran víctimas de discriminación, ya que podían laborar en la misma dependencia que trabajadores contratados directamente, pero con menores medidas de seguridad.¹⁴² Además, la coexistencia de trabajadores provenientes de diversos contratistas generaba en algunos casos un caos en las faenas, ya que cada uno de ellos adscribía a un sistema de prevención e higiene diversos –y esto teniendo en cuenta que muchos contratistas probablemente ni siquiera tomaban medida alguna al respecto-. Gracias a la Ley 20.123, en este ítem la empresa principal se encuentra obligada de modo directo. Así, la ley subió al rango legal una obligación cuya fuente era reglamentaria (DS 594 del Ministerio de Salud)¹⁴³, contemplándose este deber de manera clara en el artículo 183-E del Código del Trabajo en su inciso primero, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 183-E.- Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud.”

Además, para el caso en que haya más de 50 trabajadores contratados o subcontratados en una obra, faena o servicio propio del giro de la empresa principal, ésta tiene obligaciones adicionales en materia de higiene y seguridad. Todo esto en virtud de la reforma realizada por la mencionada Ley 20.123 a la Ley sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales mediante el artículo 66 bis de dicho cuerpo legal.

VI. El suministro de trabajadores

¹⁴² Así, algunos trabajadores de la minería relataban que, derechamente, los destinaban siempre a las labores más riesgosas, con el afán de proteger a los trabajadores directamente contratados. ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 41.

¹⁴³ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 50.

Como ha sido señalado, la externalización del trabajo puede realizarse, básicamente, de dos modos: la subcontratación de trabajadores y el suministro o cesión de ellos. En los párrafos anteriores se ha analizado la figura de la subcontratación, sus caracteres y su regulación histórica y actual. Toca el momento de analizar la segunda figura de externalización laboral, la cual, como fue adelantado al momento de analizar la subcontratación, se distancia de ella en varios caracteres.

Así, el suministro ha sido mirado con recelo a nivel histórico y carece de licitud de manera previa a la Ley 20.123. Incluso, la Ley 19.759 parece reflejar un agravamiento en la visión recelosa del legislador a su respecto, en el año 2001, al regularse la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros como una hipótesis de ilícito laboral. La primera referencia de autoridad a esta figura la realizó la Dirección del Trabajo, en el año 1992. Dicho organismo emitió el dictamen N° 5487 en el que se refiere al “contrato de enganche”, consistente en un acto jurídico celebrado entre un trabajador y una empresa colocadora cuya función era emplearlo en empresas diversas.¹⁴⁴ Al respecto, la Dirección señala que no existe base jurídica que legitime dicha modalidad de contrato de trabajo, quitando desde ya todo piso a dicha figura. Por ende, en tales casos lo que había era una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador “real”, es decir, no la empresa colocadora sino que la empresa que efectivamente ejercía la potestad de mando sobre el trabajador y se beneficiaba de sus servicios.¹⁴⁵

Posteriormente, el organismo fiscalizador comenzó a considerar que el suministro de trabajadores configuraba una conducta de simulación laboral en los términos del artículo 478 del Código del Trabajo, constituyendo aquello un atentado contra los términos expresos del artículo 3 del Código del ramo. Así, el dictamen 922-25, del año 2003, que fija el sentido y alcance de dicha norma y que señala en lo pertinente a este tema:

“...esta forma de entender la conducta ilícita del artículo 478 inciso primero del Código del Trabajo, es coherente con la jurisprudencia administrativa emanada de este Servicio, que había señalado en dictamen N° 5487, del 22.09.1993, que la situación en que un empleador recibía y utilizaba los servicios de trabajadores, en condiciones de

¹⁴⁴ Ciertamente, una sofisticación de la práctica del enganche existente ya en la era del salitre y comentada a propósito de los antecedentes legislativos históricos de la subcontratación.

¹⁴⁵ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 69 y 70.

dependencia y subordinación, pero cuyos contratos de trabajo o cualquiera otros estaban escriturados con terceros, no se ajusta a nuestra legislación laboral, en cuanto "no existe norma de derecho laboral que pudiese apoyar o legitimar una eventual legalidad del vínculo entre trabajadores y determinados agentes o representantes de empresas colocadoras", atendido sobre todo el hecho de que en "nuestra legislación laboral es empleador quien actúa como tal".¹⁴⁶

La mirada recelosa de la Dirección del Trabajo se contradecía, sin embargo, con la confusa jurisprudencia del período, que en variados fallos de la Corte Suprema sin pronunciarse acerca de quién es realmente el empleador en ese tipo de relaciones, optaba por cuestionar la competencia de la propia Dirección como órgano administrativo fiscalizador. En tal sentido, es posible generalizar los fallos de aquel período planteando que la Corte Suprema cuestiona la posibilidad de que la Dirección multe a las empresas por la práctica de simulación dada por el suministro ilegal de trabajadores, y aquello se basa en que dicho órgano excedería las competencias propias de su esfera de atribuciones arrogándose funciones jurisdiccionales, como son el calificar jurídicamente la existencia de una relación laboral. En tal sentido, la función de la Dirección del Trabajo se limitaría a la mera constatación de actos flagrantemente ilegales en relación con la ley laboral. Este tema será abordado con mayor profundidad al comentarse críticamente la jurisprudencia sobre la materia.

Por su parte, la visión sobre el fondo del asunto de la Corte Suprema, cuando escasamente fue abordada por ella, contradiciéndose el razonamiento realizado cuando se había reprochado la intervención de la Dirección del Trabajo, existen diversos fallos que consideran que la empresa usuaria es la empleadora en la relación laboral efectiva. Así, es posible concluir que sólo la Dirección del Trabajo tuvo un criterio jurídicamente razonable de manera previa a la dictación de la Ley 20.123.¹⁴⁷ Criterio que en la práctica nulo peso tuvo más allá del interés dogmático que nos convoca, ya que, como fue expuesto, cada vez que un empleador se sentía ofendido por las calificaciones de la Dirección del Trabajo simplemente incoaba la acción de protección y la Corte Suprema declaraba la improcedencia de dicha fiscalización en atención a la incompetencia ya mencionada.

Este período implicó una alta desprotección a los trabajadores, ya que coincide esta visión judicial con el auge cada vez mayor de este régimen de contratación, comúnmente solapado bajo simulación y fraude a la ley laboral. Los trabajadores así

¹⁴⁶ Dirección del Trabajo. Dictamen 922/25 [en línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62857.html>> (consulta: 10-11-10).

¹⁴⁷ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 70 y ss.

contratados eran víctimas de evidente discriminación al carecer, comúnmente, de los derechos que gozaban los trabajadores titulares de cada empresa usuaria. Al respecto, ECHEVERRÍA evalúa lo problemático de esta situación señalando que:

“el suministrador le entrega al usuario el trabajo limpio, desvestido del ropaje laboral. Ese es en última instancia el servicio en cuestión. Un servicio que no agrega nada distinto al quehacer del propio trabajador (...) no es propiamente un servicio, es el traspaso de un trabajador restada su forma social”¹⁴⁸.

Este rol puede ser desarrollado por un período determinado (suministro temporal de trabajadores) o bien de modo indefinido (suministro de trabajadores permanente), siendo en especial este último caso el que se buscó regular. En este contexto se hizo apremiante dictar una legislación sobre la materia, lo cual fue aconteciendo poco a poco en derecho comparado y en materia de derecho internacional del trabajo, en el año 1997, al regular las Agencias de Empleo Privadas, lo que ha sido analizado con detención ya. Dicha regulación, si bien ha sido bienvenida, no ha estado exenta de dificultades en tanto ha implicado otorgarle un carácter lícito a esta cuestionada práctica. Los reparos a esto ya han sido comentados al momento de tematizar la externalización en términos generales, y están dados básicamente por la precariedad de esta clase de empleos y la imposibilidad de los trabajadores externos de ejercer su libertad sindical respecto a la empresa con la que nominalmente no tienen relación laboral alguna. Es ello el problema básico que implica consecuencias en materia salarial o relacionadas a otros beneficios que estos trabajadores no pueden obtener de la empresa usuaria. Sin perjuicio de ello, se trataba de una práctica masiva y que, como también ha sido expuesto, en la postura económica dominante, sí puede ser beneficiosa para las empresas y su adaptación a los nuevos tiempos y tecnologías. Al mismo tiempo, el factor de seguridad y protección de la higiene y salud de los trabajadores llamó a regularizar esta práctica para que la empresa usuaria se hiciera cargo de ese tipo de prevenciones. En fin, en nuestro sistema jurídico la Ley 20.123 no sólo legalizó esta práctica, sino que la reguló acuciosamente.

Dicha regulación significa en primer lugar la consagración legal de una renuncia al principio de la primacía de la realidad. Esto, ya que la ley consagra la existencia de las Empresas de Servicios Transitorios, empresas suministradoras de personal a otras empresas usuarias, y considera que las Empresas primeramente mencionadas conservan la calidad de empleador de los trabajadores suministrados, lo cual contradice la situación real y efectiva, en la cual los empleadores fácticos ciertamente

¹⁴⁸ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Pág. 63.

son las empresas usuarias al ostentar éstas la potestad de mando con la consecuente subordinación y dependencia de los trabajadores suministrados a su respecto. Sin embargo, lo que en términos normativos laborales básicos es una involución en la aplicación de los principios que han guiado históricamente el derecho del trabajo implica en la regulación concreta cierto avance, desde que el legislador regula pormenorizadamente los requisitos para ejercer este tipo de contratación laboral. Esto, de modo tal que si una empresa no cumple dichos requisitos su ejercicio pasa a ser automáticamente ilegal, como se verá más adelante al analizar las hipótesis generales de cesión ilegal de trabajadores.¹⁴⁹ Diversa opinión exhiben GAMONAL y PRADO, quienes plantean que no se configura una excepción a dicho principio desde que existiría una triangulación de fuente legal, por lo que no existiría diferencia entre la formalidad de los documentos y los hechos materiales.¹⁵⁰

De modo conteste con lo expuesto, la nueva ley consagró por primera vez un régimen legal de suministro de trabajadores, el cual se desenvuelve para LIZAMA y UGARTE en cuatro ejes fundamentales:

1. Se consagra legalmente la existencia de las empresas de servicios transitorios con el objeto de evitar que se aluda a ellas de un modo meramente cosmético, careciendo de existencia real y sirviendo como meros entes encubridores de una empresa usuaria que simplemente no está interesada en asumir las obligaciones laborales y previsionales de las cuales el trabajador es acreedor. Su regulación, por ende, busca evitar las empresas de papel, creadas por las usuarias con un afán elusorio.
2. Se consagra además el contrato de puesta a disposición, que es el acto jurídico en virtud del cual el trabajador es suministrado a la empresa usuaria. Se regula dicha cesión para que ésta tenga un carácter irrestrictamente transitorio, evitándose cesiones permanentes hechas sólo con el afán de precarizar la situación laboral del trabajador suministrado.

¹⁴⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 78 a 80.

¹⁵⁰ GAMONAL, Sergio y PRADO, Pamela. El suministro de trabajadores en la nueva Ley N° 20.123: Acerca de la calidad de coempleador y la doble subordinación. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Ponencia [en línea]. <www.derecho-trabajo.cl/Ponencias/SERGIO%20GAMONAL.doc> (Fecha de consulta: 20-10-10). Pág. 5.

3. Se consagra además un régimen estatutario para el contrato de trabajo transitorio a celebrarse entre la Empresa Suministradora y el trabajador, es decir, se regulan las condiciones laborales del trabajador suministrado.
4. Finalmente, se regula la relación entre la empresa usuaria y el trabajador suministrado y el régimen de responsabilidad procedente al respecto.

Esto, como correcta contraposición al sistema desregulado previo a la dictación de esta ley, en el cual las empresas colocadoras de papel o ficticias eran una tónica para permitir a las usuarias eludir las obligaciones para con los trabajadores. Además, era común que los trabajadores laboraran por períodos prolongados de tiempo, existiendo una verdadera contratación laboral permanente realizada bajo esta modalidad. Por lo demás, y para colmo de males, no se encontraba regulada la responsabilidad de la empresa usuaria, por lo que de definirse en los Tribunales que dicha empresa no era la empleadora real del trabajador suministrado (lo cual era bastante plausible en sede jurisdiccional) la empresa usuaria no respondía de forma alguna ni había forma de compelerla a hacerlo, quedando los trabajadores en una dramática indefensión. Por ello el régimen de la Ley 20.123, si bien regula y legaliza una práctica cuestionada, en términos concretos la regla de modo exhaustivo, haciéndose cargo la ley precisamente de las lagunas y falencias legislativas previas que se prestaron para tantos abusos.¹⁵¹

El artículo 183-F define la unidad básica de este régimen, cual es la Empresa de Servicios Transitorios, entidad regulada en variados sentidos. Esto, pues su mercado es acotado al sólo poderse dedicarse este tipo de empresas a la cesión de trabajadores. Además, deben cumplir estas empresas diversos requisitos para operar de modo legal. Asimismo, dicha norma define a los demás sujetos relacionados en este vínculo laboral triangular. El tenor de la norma es el siguiente:

“Artículo 183-F.- Para los fines de este Código, se entiende por:

- a) Empresa de Servicios Transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.
- b) Usuaria: toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código.

¹⁵¹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 80.

c) Trabajador de Servicios Transitorios: todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2º.”

Las EST deben cumplir ciertos requisitos para funcionar, como se evidencia en la disposición transcrita. Por ende, debe tratarse de personas jurídicas –sin ser relevante qué modalidad jurídica se utiliza para constituir dicha personalidad- inscritas en el Registro que al efecto dispone la Dirección del Trabajo. Para efectuar dicho registro, la EST deberá acreditar el cumplimiento de sus requisitos esenciales, como la mencionada calidad de persona jurídica, la razón social incluida la frase “Empresa de Servicios Temporarios” o “EST” y el giro exclusivo consistente en la cesión temporal de trabajadores. Registrada ante la Dirección podrá funcionar legalmente y, de cancelarse dicha inscripción, la empresa no podrá operar como una EST. Ciertamente el registro refleja el afán del legislador de que estas empresas sean conocidas y supervisadas de manera pública.¹⁵² Además la EST debe ofrecer una garantía mediante un depósito a favor de la Dirección del Trabajo que responderá en el caso de incumplirse obligaciones laborales y previsionales respecto de los trabajadores suministrados. Esta exigencia la señala el artículo 183-F. Tanto la inscripción en el registro como la garantía para la Dirección del Trabajo son requisitos contemplados a nivel de derecho comparado.¹⁵³

Finalmente, el requisito más relacionado con la intención legisladora de soslayar las hipótesis de fraude a la ley laboral es la prohibición de que la EST tenga algún vínculo jurídico con la empresa usuaria, sea como filial de ésta o asociada a ella. Así, el artículo 183-I del Código del Trabajo, el cual señala en su primer inciso:

Artículo 183-I.- Las empresas de servicios transitorios no podrán ser matrices, filiales, coligadas, relacionadas ni tener interés directo o indirecto, participación o relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios.

PALAVECINO critica esta norma, señalando que se trata de una limitación a la libertad de empresa garantizada constitucionalmente al presumirse de derecho la mala fe en una operación que no necesariamente debiera conllevar implicaciones fraudulentas. En tal sentido, plantea este autor que tal norma más que buscar evitar los abusos empresariales simplemente refleja la aversión que la ley manifiesta a la descentralización en general. Ello llevaría a la sanción de supuestos fraudulentos y

¹⁵² LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 83.

¹⁵³ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 82 y ss.

lícitos de la misma manera, considerando la sanción que ya se establece por el fraude en el artículo 507, ilícitos que según este autor estarían “severamente sancionados” en dicha norma.¹⁵⁴ Ya abordaremos en el punto cúlmine de este trabajo qué tanta severidad y eficacia importa la normativa vigente.

Las EST no sólo deben cumplir requisitos para su vigencia como tales para la ley, sino que deben mantener un comportamiento acorde con su función legalmente exclusiva, por ello, la Dirección del Trabajo se encuentra facultada para cancelar la inscripción de cualquier EST que incumpla la ley laboral. En tal sentido, los artículos 183-I y M. La cancelación dispuesta por la Dirección del Trabajo es susceptible de reposición, y el conocimiento de dicho recurso está entregado a las Cortes de Apelaciones, en lo que es una concesión a este tipo de empresas, dada la presumida mayor cercanía de la postura de los Jueces Laborales con la línea argumentativa de la Dirección del Trabajo.¹⁵⁵

a. El contrato de puesta a disposición: La base jurídica de esta relación triangular.

Es éste el contrato que se celebra entre la EST y la empresa usuaria. Siguiendo a LIZAMA y UGARTE, se trata de un contrato con variados caracteres que lo singularizan. En primer lugar se trata de un contrato civil o mercantil y aquello genera una situación jurídica altamente singular al tratarse de un acto jurídico comercial, mas regulado por la legislación laboral. El factor más importante –de orden público, si se quiere– presente en este contrato es su carácter transitorio, por ello, este contrato debe basarse en algunas de las causas previamente prescritas por la ley, las cuales generan vínculos esencialmente temporales. He ahí el segundo rasgo de este contrato, cual es su carácter causal. En tal sentido el artículo 183-Ñ establece expresamente los casos en que procede la celebración de este contrato:

Artículo 183-Ñ.- Podrá celebrarse un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios cuando en la usuaria se dé alguna de las circunstancias siguientes:

¹⁵⁴ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 54.

¹⁵⁵ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 86.

- a) suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados;
- b) eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza;
- c) proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados;
- d) período de inicio de actividades en empresas nuevas;
- e) aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; o
- f) trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria.

Por otro lado, y como se ha hecho hincapié, el hecho de que, siendo un vínculo mercantil este contrato se encuentre regulado por la legislación laboral dado su interés público conlleva dos caracteres comunes en el caso de los contratos regulados. En primer lugar, se trata de un contrato solemne, ya que en virtud de lo dispuesto en el artículo 183 N debe éste constar por escrito.¹⁵⁶ Además, debe cumplir en su formulación con los demás requerimientos que la citada norma establece. Si bien la ley establece el mismo plazo de 5 días para escriturar esta clase de contrato que el término para hacer misma acción respecto del contrato de trabajo común, el hecho que la escrituración sea una solemnidad de este contrato de puesta de disposición implica que la carencia de ella en tiempo y forma de acuerdo a este artículo referido significa la no configuración de un suministro de trabajadores de acuerdo con la ley y, por ende, que de acuerdo con el principio de la primacía de la realidad (que, claramente, vuelve a reinar dado que no se configuró el régimen de excepción a tal principio consistente en el suministro legal) el empleador será la empresa usuaria y no la EST respectiva.¹⁵⁷

El que sea un contrato solemne y causal conlleva plausiblemente la regulación exhaustiva del legislador sobre sus diversas cláusulas, por ello se trata también de un contrato típico. Dentro de su tipicidad existe un elemento que también lo caracteriza como contrato, cual es su carácter de contrato a plazo. Al respecto, el artículo 183-0 define los plazos máximos de duración del Contrato de Puesta a Disposición, los cuales dependen de la causa invocada para su celebración, pero en general deben ser inferiores a 180 días.

¹⁵⁶ Misma conclusión en PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 87.

¹⁵⁷ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 88.

Es posible agregar que este contrato no es renovable, aunque sí es prorrogable, siendo además un contrato prohibido en ciertas hipótesis que el legislador establece expresamente en el artículo 183-P del Código del Trabajo. Así, la primera parte de esta norma señala lo siguiente:

“Artículo 183-P.- Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 183-Ñ, no se podrá contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, en los siguientes casos:

- a) para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados;
- b) para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva; o
- c) para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios.”

La primera prohibición se explica porque, en virtud del artículo 4 del Código del ramo tales trabajadores se presumen representantes del empleador, y en este caso sólo existe una relación fáctica con la empresa usuaria, ya que se trata de empleados de la EST. La segunda prohibición carece de mayor explicación si se recuerda la expresa posibilidad de contratar a trabajadores reemplazantes durante la huelga para los empleadores. Finalmente, la tercera prohibición implica la improcedencia del suministro de segundo grado, lo cual no obsta a que la EST contrate trabajadores con el objeto de que estos laboren directamente en ella en tanto empresa usuaria.¹⁵⁸ Lo prohibido es usar a trabajadores suministrados para, a su vez, suministrarlos para otra empresa.

b. Efectos del Contrato de Puesta a Disposición

Este contrato crea un régimen jurídico de excepción, el cual contempla, simultáneamente, dos vínculos jurídicos, ninguno de carácter laboral. Ello demuestra, como ya fue comentado, su carácter singular al tratarse precisamente de un acto jurídico fuertemente regulado por la legislación laboral. El primer efecto que este contrato genera es un vínculo jurídico de carácter mercantil entre la Empresa de Servicios Transitorios y la empresa usuaria, en virtud del cual la primera de ellas se encuentra obligada a suministrarle a la segunda trabajadores por un plazo y motivo determinados. La empresa usuaria, a su vez, se obliga a pagar un precio a la EST por

¹⁵⁸ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 92 y 93.

dicho suministro o cesión. Este vínculo además se encuentra avalado por la ley, dado que de no celebrarse el Contrato de Puesta a Disposición como corresponde, dicha obligación de cesión es ilícita y carece de causa legal. Por su parte, el que se trate de una relación jurídica de carácter mercantil entre ambas empresas contratantes implica que, en lo no regulado por las normas aludidas en esta exposición, existe plena libertad para que las partes regulen dicha interacción jurídica¹⁵⁹

El segundo vínculo que nace a causa de este contrato es una relación de carácter extralaboral, si se quiere, entre el trabajador suministrado y la empresa usuaria. Este vínculo, si bien no es una relación laboral, sí implica una serie de derechos y obligaciones entre las partes. En este sentido, la empresa usuaria, al albergar el desempeño del trabajador tiene el poder de mando sobre éste. En consecuencia, tiene esta empresa la facultad de determinar las funciones del trabajador y el tenor de éstas, respetando eso sí los límites del contrato de trabajo celebrado entre el trabajador y la EST. A su vez, tiene la empresa usuaria la posibilidad de vincular al trabajador con sus normas internas de higiene y seguridad. Estas dos situaciones generan, correlativamente, la responsabilidad de estas empresas en lo que dañe al trabajador siendo esto, probablemente, uno de los mayores aportes de la nueva legislación, ya que de la absoluta impunidad de esta clase de empresas “seudo-empleadoras” se pasa a un régimen de responsabilidad regulado y que será expuesto más adelante.

c. El contrato de trabajo transitorio

Como fuera señalado, el Contrato de Puesta a Disposición genera como efectos, además de la relación jurídica mercantil entre las empresas suministradora y usuaria, una relación laboral para la ley entre la Empresa de Servicios Transitorios y el trabajador contratado para ser suministrado a la empresa usuaria respectiva. El artículo 183-R se encarga de definir este acto jurídico de carácter laboral:

Artículo 183-R.- El contrato de trabajo de servicios transitorios es una convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido. El contrato de trabajo de servicios transitorios deberá celebrarse por escrito y contendrá, a lo menos, las menciones exigidas por el artículo 10 de este Código. La escrituración del contrato de trabajo de servicios transitorios deberá realizarse dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador.

¹⁵⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 93 y 94.

Cuando la duración del mismo sea inferior a cinco días, la escrituración deberá hacerse dentro de dos días de iniciada la prestación de servicios. Una copia del contrato de trabajo deberá ser enviada a la usuaria a la que el trabajador prestará servicios.

Los profesores LIZAMA y UGARTE reparan en que, pese a la redacción de la norma transcrita, no existe un contrato especial consagrado por la ley, sino que se trata lisa y llanamente de un contrato de trabajo como cualquier otro. Por ende, puede tratarse de un contrato a plazo fijo, por obra o indefinido, existiendo una limitación temporal –fin buscado por el legislador- no en este instrumento, sino que en el Contrato de Puesta a Disposición. Ahora bien, es difícil concebir un carácter indefinido en este tipo de contrato entre la EST y el trabajador, ya que, limitado el tiempo que puede durar el desempeño del trabajador en una empresa usuaria, no existe seguridad de que, terminado el plazo legal para tales servicios, sea posible encontrarle al trabajador otra colocación de inmediato. Por su parte, es menester exponer que, si bien se trata de un contrato de trabajo como cualquier otro existe una regulación especial para el caso en que se celebre un contrato de plazo fijo entre la EST y el trabajador y éste exceda el tiempo de dicho contrato laborando con la empresa usuaria, situación prevista en el artículo 183-T del Código del ramo. En tal caso el contrato pasará a ser indefinido, al igual que en las normas generales, con la notable salvedad de que en este caso pasará a tener dicha calidad respecto de la empresa usuaria y no de la EST, con quien originalmente el trabajador celebró el contrato de plazo fijo. La razón es, precisamente, que dicho exceso en el plazo ocurre en el contexto de un trabajo para la empresa usuaria. Sin perjuicio de lo expuesto la regla general será que se celebre un contrato por obra o faena, coincidente con la labor a ser prestada en la empresa usuaria. Como esta figura se presta para fraudes mediante celebraciones sucesivas de contratos por obra, la ley previene esta situación sancionando esto como cesión ilegal de trabajadores e imputando la relación laboral a la empresa usuaria,¹⁶⁰ hipótesis que se abordará en particular al referirnos a la cesión ilegal de trabajadores.

d. Condiciones de trabajo del trabajador suministrado

Como primera noción, es menester reiterar que la situación de este trabajador es altamente peculiar y especial, y esto se debe a que forma parte de una relación triangular de trabajo en contexto de la cual se encuentra ligado por un contrato de

¹⁶⁰ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 95 a 98.

trabajo sólo respecto de la empresa que directamente lo ha contratado, es decir, la EST. Sin embargo, su relación laboral “fáctica”, si se quiere, se da con la empresa usuaria. De esto se sigue que el régimen de estos trabajadores consta de diversas situaciones especiales, que serán expuestas en sus rasgos relevantes a continuación.

En primer lugar, si bien el trabajador es trabajador (valga la redundancia) de la EST, su desempeño efectivo en la empresa usuaria implica que la ley otorgue a esta última empresa la potestad de mando sobre él. Esta potestad conlleva una serie de facultades directivas respecto del trabajador para su correcto desempeño y consta, específicamente, de tres demostraciones concretas, cuales son el poder de dirección, el poder disciplinario y el *ius variandi*. Al respecto, el artículo 183-X deja en claro la potestad de la empresa usuaria, reservando a la EST sólo el *ius variandi*:

Artículo 183-X. La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios.

Además, el trabajador de servicios transitorios quedará sujeto al reglamento de orden, seguridad e higiene de la usuaria, el que deberá ser puesto en su conocimiento mediante la entrega de un ejemplar impreso, en conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del

Artículo 156 de este Código.

La usuaria deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios relativas a la prestación de los servicios, tales como duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos.

Sólo podrán pactarse horas extraordinarias entre el trabajador de servicios transitorios y la empresa de servicios transitorios al tenor del artículo 32 de este Código.

Es el primer inciso de esta norma el que consagra el poder de dirección de la empresa usuaria. Por su parte, el inciso segundo de la norma transcrita se refiere al poder disciplinario de que goza. De la simple lectura de esta norma queda en evidencia la verdadera ficción jurídica que realiza la ley laboral al imputar la relación laboral a la EST, dado que el vínculo efectivo es en realidad con la usuaria, y aquello se reafirma con estas concesiones de mando que deben realizarse expresamente, dada la ficción señalada.¹⁶¹

Las remuneraciones son pagadas por la EST en su condición de empleador de los trabajadores suministrados, quienes tienen la prerrogativa de gozar del régimen remuneracional señalado, en términos generales, en el artículo 44 del Código del

¹⁶¹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 100. Ambos autores plantean que la calidad laboral de la relación entre la EST y el trabajador implica una ficción de la ley.

Trabajo para los trabajadores en contratos de corta duración. Esta situación no siempre coincide con el régimen de suministro, pues bien podrían haber vínculos jurídicos de mediano o largo plazo con los trabajadores respecto de la EST. Esta asimilación en cuanto al límite de las prestaciones respecto del artículo 44 del Código es otra más de las concesiones que el legislador ha otorgado a esta clase de empresas, según la plausible visión de la doctrina nacional.¹⁶²

En cuanto al derecho a feriado de los trabajadores suministrados, el legislador no lo contempla al tratarse de labores de corta duración. Sin perjuicio de ello, el artículo 183-V establece el pago de un monto analogable a dicha prestación, para el caso del trabajador que labore mínimo treinta días en un año. En cuanto a la terminación misma del contrato de trabajo –recordando, nuevamente, que dicha terminación es entre la EST y el trabajador suministrado- se siguen las reglas generales al respecto, es decir, lo prescrito en el artículo 159 y siguientes del Código laboral. Como fue señalado, el artículo 183-Z prescribe un régimen especial en cuanto a las prestaciones procedentes, por ende, no cabe la indemnización por años de servicios como tal. Sin perjuicio de ello, LIZAMA y UGARTE señalan que para el caso del despido por necesidades de la empresa terminándose anticipadamente un contrato por obra o plazo, bien será procedente aplicar la jurisprudencialmente aceptada indemnización por el lapso no trabajado o, simplemente, por el lucro cesante generado por dicho acto unilateral.¹⁶³

Finalmente, es menester destacar una innovación en la materia dada por la consagración del fuero maternal para las trabajadoras en este régimen, el cual, sin embargo, cesa de pleno derecho terminado que sea el trabajo en la empresa usuaria. Por ende, la vigencia y consiguientes efectos del fuero maternal sólo serán tales mientras duren los servicios en la empresa usuaria. En tal sentido, será necesaria en ese contexto la autorización judicial para terminar el contrato de trabajo con la trabajadora protegida. Se supone que la norma se justifica en el carácter esencialmente transitorio de los servicios entregados por los trabajadores suministrados, el cual se vería obstado por la vigencia del fuero más allá de dicha transitoriedad. Sin perjuicio de ello la norma no es elogiada por la doctrina.

¹⁶² LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 101.

¹⁶³ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 103.

En tanto, la relación del trabajador con la empresa usuaria, especial régimen de naturaleza legal y no laboral, tiene sin embargo un objeto laboral en virtud de la concesión del poder de mando en su faz de dirección y disciplina respecto del trabajador. El tenor de esta interacción ya fue abordado previamente y será expuesto a continuación, en un apartado separado, en su faz de responsabilidad para la empresa usuaria en relación con las condiciones laborales, de higiene y seguridad y respecto de las obligaciones laborales y previsionales.

e. Régimen de responsabilidad de las empresas usuarias.

Al respecto, es menester efectuar una distinción. En cuanto a las condiciones laborales –plasmadas en el contrato de trabajo celebrado entre el trabajador suministrado y la EST-, la empresa usuaria es directamente responsable de su cumplimiento. Esto se encuentra consagrado en el artículo 183-X, misma norma que consagra el poder de mando de las empresas usuarias –cuyo corolario, ciertamente es su responsabilidad-. El texto de dicha norma, en lo pertinente, reza de la siguiente forma:

“La usuaria deberá cumplir íntegramente con las condiciones convenidas entre el trabajador y la empresa de servicios transitorios relativas a la prestación de los servicios, tales como duración de la jornada de trabajo, descansos diarios y semanales, naturaleza de los servicios y lugar de prestación de los mismos. Sólo podrán pactarse horas extraordinarias entre el trabajador de servicios transitorios y la empresa de servicios transitorios al tenor del artículo 32 de este Código.”

Para el adecuado cumplimiento de dicha obligación, el artículo 183-W señala el deber de la empresa usuaria de mantener un sistema de control de asistencia, el cual debe estar a disposición de la empresa de servicios transitorios suministradora.

Otro foco de responsabilidad para la empresa usuaria es en materia de higiene y seguridad, de manera concordante con el régimen establecido al respecto para las empresas principales en el caso de los trabajadores subcontratados. En tal sentido, la empresa usuaria tiene responsabilidad directa en materia de accidentes del trabajo y prevención de riesgos, debiendo cumplir al efecto la normativa involucrada vigente en tal materia, a saber: la Ley 16.744 -en relación al seguro social contra riesgos, la constitución del comité paritario de higiene y seguridad, la notificación de todo evento a la EST y la responsabilidad por accidente ocurrido por culpa o dolo de la usuaria en los términos del artículo 69 de dicha ley-, los artículos 184 y siguientes del Código del Trabajo, el DS 594 (1999) sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los

lugares de trabajo, el DS 40 (1969), sobre prevención de riesgos en accidentes y el DS 54 (1969) sobre constitución de comités paritarios. Como contrapartida el trabajador suministrado debe ceñirse a los términos del Reglamento de Orden, Higiene y Seguridad vigente en la empresa usuaria responsable en los términos señalados.

Todo ello se encuentra señalado en el artículo 183-AB, el que además se refiere, en su primera parte, a la responsabilidad de la empresa usuaria en cuanto a las obligaciones laborales y previsionales. La norma prescribe lo siguiente:

Artículo 183-AB.- La usuaria será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las empresas de servicios transitorios a favor de los trabajadores de éstas, en los términos previstos en este Párrafo.

No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, será de responsabilidad directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la ley N° 16.744, especialmente las medidas de prevención de riesgos que deba adoptar respecto de sus trabajadores permanentes. Asimismo, deberá observar lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 66 bis de la ley N° 16.744.

Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la ley N° 16.744, la usuaria denunciará inmediatamente al organismo administrador al que se encuentra afiliada o adherida la respectiva empresa de servicios transitorios, la ocurrencia de cualquiera de los hechos indicados en la norma legal antes citada. Al mismo tiempo, deberá notificar el siniestro a la empresa de servicios transitorios.

Serán también de responsabilidad de la usuaria, las indemnizaciones a que se refiere el artículo 69 de la ley N° 16.744. Sin perjuicio de lo anterior, la empresa de servicios transitorios deberá constatar que el estado de salud del trabajador sea compatible con la actividad específica que desempeñará.

Respecto a la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria para los efectos del cumplimiento de las obligaciones de corte laboral y previsional es menester exponer las procedentes observaciones que en la materia han realizado los profesores LIZAMA y UGARTE, quienes advierten que, de un régimen en que las empresas usuarias se encontraban en la máxima impunidad y las empresas principales en sistema de subcontratación eran subsidiariamente responsables se ha pasado a calcar dicha responsabilidad a las empresas usuarias en el contexto del suministro, agravando la responsabilidad de las empresas principales en subcontratación, lo que por un lado es un triunfo si se atiende a las empresas usuarias, ahora responsables subsidiariamente, pero carece de mayor lógica en cuanto a su relativamente mejorada posición en relación con la empresa principal en un régimen de subcontratación, la cual sólo podrá pasar a un régimen de responsabilidad subsidiaria si cumple con la fiscalización que la ley les impone. Esto, tomando en cuenta que la empresa principal, si bien dueña de la faena en un régimen de subcontratación, tiene menor contacto con los trabajadores que la empresa usuaria, quien es de facto su empleadora.

Por su parte, cabe la razonable duda de qué obligaciones se incluyen dentro del concepto de obligaciones laborales y previsionales, situación que se encuentra cubierta en las normas sobre subcontratación y que no rige al sistema del suministro de trabajadores. En tal sentido, los autores citados señalan que, existiendo análogo fundamento para la disposición y un vacío legal que cubrir, debiera aplicarse tal norma a esta materia, por ende, la empresa usuaria debe responder por todas las obligaciones laborales y previsionales, incluidas las indemnizaciones por causa de la terminación del contrato de trabajo. Además, dicha responsabilidad sólo habrá de cubrir la vigencia temporal de relación entre la empresa usuaria y el trabajador, es decir, la empresa usuaria responde de toda prestación de corte laboral o previsional generada durante el tiempo que el trabajador prestó servicios a aquella.¹⁶⁴

VII. Críticas a la Ley 20.123. Tareas pendientes para el legislador.

a. Opinión de la doctrina.

Como es sabido, la promulgación de esta ley implicó un fuerte debate al existir posiciones muy contrapuestas entre el empresariado y los trabajadores, ciertamente traducidas en las fuerzas del parlamento que votó este proyecto. Por lo mismo existen críticas contra esta legislación desde ambos ángulos.

Un frente de críticas provino de sectores de corriente de pensamiento económico liberal, quienes fueron en general opositores a esta nueva legislación. Tales críticas han sido expuestas –al citarse al autor PALAVECINO- y se refieren, básicamente, a la ilegitimidad de la responsabilidad solidaria de la empresa principal desde que no existiría fuente legal para ello, al existir un vínculo meramente civil de ella con la contratista. Además, como fue expuesto, se critica la limitación en la constitución y operativa de las EST planteándose que el suministro es un ejercicio lícito de la libertad empresarial. Finalmente, es posible transcribir las críticas que se han planteado desde este sector a las medidas del legislador respecto de los fraudes a la ley laboral y, en

¹⁶⁴ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Págs. 112 a 114.

específico, a los objetivos de esta ley, situación que será estudiada en detalle más adelante al ser el cuerpo central de este trabajo.

Desde otra postura más visible en doctrina, se plantean otras críticas respecto a esta ley basadas en que, si bien implicó un avance en la regulación de esta materia, omitió ciertos aspectos que en la actualidad siguen siendo fuente de injusticias para los trabajadores.

En primer lugar, la nueva ley no limitó los sectores productivos de una empresa para subcontratar trabajadores. Esto, pues se plantea razonablemente que debió haberse prohibido por la ley la subcontratación de trabajadores para el giro principal de la usuaria. En este sentido, lo que la ley no reguló puede verse en la práctica concurriendo a un banco y siendo atendido por un cajero contratado por una empresa externa. Ciertamente la subcontratación de un cajero para un banco no parece atender a la mayor especialización en una actividad que para la empresa principal pudiere ser más gravoso, pues un cajero en un banco es un elemento esencial en su proceso productivo.

En relación con aquello la ley no abordó las discriminaciones que en la práctica ocurren de modo masivo entre los trabajadores de planta y los trabajadores subcontratados o externos de una empresa. Esto comienza por la diferencia básica existente a nivel remuneracional y se desarrolla en otros ámbitos como los beneficios o convenios a favor de los trabajadores. Es menester advertir que esta problemática es común tanto para los trabajadores subcontratados como para los trabajadores suministrados. Al respecto, LIZAMA y UGARTE, al referirse al problema de la equiparación en las remuneraciones como tarea pendiente para el legislador, señalan que a nivel de derecho comparado dicha solución se ha implementado en varios sistemas jurídicos. Así, Bélgica, Italia, Francia, Portugal y nuestro cercano país Colombia¹⁶⁵. Por su parte, en España en el año 1999 se estableció la equiparación salarial entre los trabajadores suministrados y los de planta, existiendo también misma protección respecto de los trabajadores “en misión” en relación a los trabajadores de la empresa usuaria.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Cuyo caso permitiría soslayar la clásica excusa de que ese tipo de normas no son implementables en países en vías de desarrollo como el nuestro. LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 124.

¹⁶⁶ UGARTE, José Luis. Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. Revista Ius Ex Praxis. 12 (1): 11 - 29, 2006. Pág. 14.

En tercer lugar se plantea como falencia de esta ley el no abordar un concepto de empresa acorde con la motivación protectora de esta legislación. Esto, pues uno de los problemas base de esta ley es la atomización jurídica de las empresas que, por medio de razones sociales diversas, logran que los trabajadores operen en unidades jurídicas diversas a la entidad que declara las utilidades, eludiendo las obligaciones que a tal respecto proceden e impidiendo la agrupación sindical de los trabajadores. Este tema, objeto central de crítica de esta tesis, no ha sido solucionado por la Ley 20.123. Lo dramático al respecto es que, como fue explicado al inicio de este trabajo, durante la discusión de este proyecto de ley se planteó la creación de un concepto particular de empresa, más acotado que el establecido en el artículo 3 del Código del Trabajo. Así, se proponía incluir en el área de la subcontratación un concepto diverso, que hiciera posible unir en un concepto global a unidades jurídicas diversas que se encuentran relacionadas en una misma dirección. Aquello ciertamente era un objetivo de los promotores de esta iniciativa, pues con ello se evitaban los innumerables fraudes a la ley laboral bajo el disfraz de tratarse de empresas distintas meras razones sociales diversas. Además, tal regulación era una herramienta protectora para el trabajador para los casos en que la “unidad jurídica diversa”, ciertamente relacionada con la empresa o *holding* principal, caía en insolvencia. Sin embargo la oposición de cierto sector social al respecto fue insalvable, presentándose incluso un requerimiento ante el Tribunal Constitucional que, como fue expuesto al exponer la problemática del concepto de empresa, fue acogido por dicho órgano. Consecuentemente, tal texto no fue aprobado y aquello es, claramente, una falencia de esta ley para cierto sector de la sociedad, ya que no existe límite para que un mismo grupo económico, mediante diversas formas jurídicas, practique la subcontratación desprotegiendo a los trabajadores.¹⁶⁷ Sin perjuicio de ello es menester recordar que, como bien señala UGARTE, un nuevo concepto de empresa acotado sólo para la subcontratación y el suministro de trabajadores no soluciona el problema de raíz, siendo necesaria una asunción de dicha nueva definición legal en el marco de una legislación laboral común.¹⁶⁸

Finalmente, es posible tematizar la situación sindical de los trabajadores suministrados, quienes no fueron favorecidos en sus derechos laborales colectivos por la Ley 20.123. El hecho de que dichos trabajadores carezcan de relaciones sindicales

¹⁶⁷ ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. 136 y siguientes.

¹⁶⁸ UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007. Págs. 88 y ss.

con la empresa en la cual laboran ciertamente se presta para tratos discriminatorios desde que pierden beneficios y prerrogativas que la gestión sindical puede obtener. Se trata, por lo demás, de un derecho constitucional de libertad sindical que malamente puede ejercerse laborando en una empresa ajena en la que no se ingresa a la dinámica de las relaciones colectivas de trabajo. LIZAMA y UGARTE proponen un sistema en el que al menos el trabajador pueda decidir si quiere ser representado por el sindicato de la empresa usuaria en relación con las condiciones de trabajo que, a las finales, a todos afectan. Esto sin perjuicio de que la negociación colectiva sólo podrá ejercerse, bajo nuestra regulación vigente, ante la Empresa de Servicios Transitorios, que ostenta la calidad de empleadora de los trabajadores suministrados.¹⁶⁹

b. Opinión de los trabajadores.

La Ley 20.123 ha recibido comentarios de diverso tenor por parte de los trabajadores. Para cierto sector de ellos claramente se trata de una evolución. Sin embargo varios gremios han alzado la voz reclamando, por un lado, por la insuficiencia regulatoria ya aludida en los párrafos previos y, por el otro, por el irrespeto impune que los empleadores han practicado respecto a sus términos.

Así, en el delicado sector de los trabajadores agrícolas (usualmente víctimas de abusos por parte de los empleadores) los trabajadores aún no reciben la protección que la Ley ha buscado, básicamente por prácticas defraudatorias por parte de los empleadores:

“según los dirigentes sindicales, la tan esperada Ley de Subcontratación no está funcionando como ellos esperaban.

Olga Gutiérrez, presidenta de la Organización Sindical Obrero Campesina, señaló a La Nación que "uno de los principales problemas de los temporeros es la desaparición de sus contratistas.

En el caso de los trabajadores de San Felipe es muy difícil poder hacer una demanda porque no tienen ni siquiera el nombre. Lo que sí está claro es que con la ley por fin se regula la actividad y entre no tener nada y tener algo ha habido avances en ese sentido pero aún no es suficiente", dijo.¹⁷⁰

¹⁶⁹ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 125.

¹⁷⁰ <http://www.atinachile.cl/content/view/124170/Temporeros-Ley-de-Subcontratacion-no-se-cumple.html>. Fuente: Diario La Nación. 26-1-8.

En tal sentido, existe una cantidad importante de empleadores que no se encuentran inscritos en los Registros de la Inspección del Trabajo, lo cual se presta para dichos abusos en consonancia con la actitud de los trabajadores –criticable sólo si olvidamos la asimetría propia de esta clase de relaciones jurídicas- de no averiguar el nombre de sus empleadores. Por su parte, existen trabajadores que, dada precisamente la formalidad que la ley prescribe, se ven perjudicados. En esta línea:

“Otro problema que se presenta en el sector frutícola es el número de trabajadores por temporada que quedan fuera de las empresas a raíz de la Ley de Subcontratación. En palabras del director de la Confederación Nacional Campesina, Eugenio León, "no se puede obligar a una empresa que tiene veinte trabajadores permanentes y durante la temporada tiene doscientos a contratar a estos doscientos, porque no existe trabajo para ellos y porque tampoco sería rentable económicamente para la empresa".¹⁷¹

Sin perjuicio de ello, los principales beneficiados han sido los trabajadores suministrados. Esto, porque como fue visto el trabajo en suministro se reguló intensamente, tanto respecto de sus sujetos como del contenido de dicho trabajo. En tal línea, los trabajadores subcontratados han sido finalmente los menos beneficiados con la nueva normativa. En esa línea, un trabajador subcontratado señala:

“Por ejemplo, el suministro es excepcional, la empresa de suministro tiene que ser independiente, no puedes trabajar con trabajadores suministrados siempre, todo un año. Pero en la subcontratación, todo lo que no puedes hacer en el suministro, acá sí puedes. Una empresa puede subcontratar todas sus faenas, porque no hay límites, la ley no pone límites. Puede subcontratar todo el año, en cualquier área. Antes, antes de la ley, los trabajadores suministrados estaban peor que nosotros, porque la ley no reconocía el suministro, ahora yo creo que nosotros quedamos en peor posición que los suministrados, porque todo lo que la ley prohíbe en el suministro, lo permite para la subcontratación.

En la subcontratación, por ejemplo, una empresa puede crear su propia contratista. Crea otro rut, otro giro como se dice, dedicado a la contratación de gente, y ahí tiene trabajadores más baratos, sin derecho a negociar con la mandante, que es la que al final lleva la batuta, como se dice. Y esa empresa puede trabajar con trabajadores subcontratados todos los días del año, en todo momento, y para cualquier cosa. (Entrevista a dirigente sindical B de empresas contratistas de la minería).¹⁷²

La ausencia de reformas significativas ya expuesta en la revisión doctrinaria ha llevado a ciertos trabajadores a, simplemente, ignorar la vigencia de estas normas. Así, un trabajador entrevistado por nosotros que se desempeña como cajero subcontratado de un banco señala:

¹⁷¹ <http://www.atinachile.cl/content/view/124170/Temporeros-Ley-de-Subcontratacion-no-se-cumple.html>. Fuente: Diario La Nación. 26-1-8.

¹⁷² Citado en: ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010. Págs. 131 y 132.

“Mucho escuché en los medios sobre esta nueva ley de subcontratación, pero la verdad es que mi vida sigue siendo la misma. Sigo ganando la mitad de lo que ganan los cajeros contratados directamente por el banco por hacer el mismo trabajo, sigo sin poder participar en las actividades de la empresa y sin tener los beneficios y convenios que sí gozan los trabajadores de planta. ¿Cuál sería la novedad de la nueva ley?”

Como corolario a esto se encuentra la difícil implementación que esta nueva legislación ha tenido durante estos años, y ello se debe básicamente a la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha dejado “de manos atadas” a la Dirección del Trabajo, mediante sendas resoluciones judiciales que han declarado la incompetencia de dicho órgano para cursar multas en atención a las relaciones efectivas laborales que se configuran entre los trabajadores externos y las empresas principales o usuarias. Por ende, sólo queda la labor de los trabajadores en Tribunales para la protección de la aplicación efectiva de esta ley. Y aquello sólo podrá ocurrir terminado un vínculo laboral ya que nadie demandará a su propio empleador durante la vigencia de su relación laboral, pues se expone a represalias respecto de las cuales se encuentra desprotegido. Ello lleva que puedan pasar muchos años sin que los trabajadores ejerzan los derechos que esta ley les otorga y sin que la Dirección del Trabajo pueda regularizar sus situaciones, con lo que la ley se transforma así en una norma vigente, pero ineficaz. Por su importancia, esta cuestión se abordará de modo separado, en el cuerpo crítico de este trabajo.

VIII. La transgresión a los objetivos de la Ley 20.123. Conductas ilícitas cuyo resultado es la desnaturalización de la calidad de empleador.

a. El fraude a la ley en materia laboral.

Previo al análisis de las hipótesis que contempla el legislador de cesión ilegal de trabajadores y del artículo 507 del Código del Trabajo, todas hipótesis de desnaturalización ilegal de la calidad del empleador, es menester exponer someramente qué se entiende por fraude a la ley laboral y por qué algunas de dichas

hipótesis pueden ser consideradas una demostración de fraude por parte de los empleadores. Por ello, es menester tener el marco teórico para saber en qué hipótesis de desnaturalización de la calidad del empleador es posible encuadrar el fraude a la ley laboral de modo paralelo. Como podrá notarse más adelante, no toda cesión ilegal de trabajadores es necesariamente fraudulenta y en este capítulo se expondrán las razones de aquello. Por su parte, las hipótesis del artículo 507 del Código del Trabajo ciertamente podrían encuadrar como fraudes a la ley, aunque con ciertos reparos que el estudio tanto del fraude a la ley laboral como de dichas figuras permitirá efectuar.

Por lo pronto hemos de referirnos al fraude a la ley laboral en general, y en tal sentido cabe sostener a modo de introducción al tema que existen diversas conductas que, sin encontrarse necesariamente sancionadas por una norma en particular, constituyen atentados a los más elementales principios jurídicos. Es el caso de figuras como el abuso del derecho o el fraude a la ley.

Específicamente, el fraude a la ley constituye una conducta de raigambre jurídica remota e indeterminada, probablemente su origen se encuentra en el mismo momento histórico en que las civilizaciones comenzaron a darse a sí mismas normas de conducta con el objeto de organizarse y ordenar su funcionamiento, por ello el fraude a la ley se practica desde que el hombre actuó como animal social parte de una comunidad más o menos organizada. En este sentido, el autor IRUZUBIETA señala:

“...la historia del Abuso del Derecho y del Fraude a la Ley entronca con la historia misma del Derecho porque, más que instituciones creadas por el derecho estamos en presencia de elementos estructurales del Derecho en su aspecto dinámico”.¹⁷³

Sin perjuicio de su frecuente ocurrencia, nuestra legislación (cabiendo similar apreciación a nivel de derecho comparado) escasamente se refiere al fraude a la ley, centrandó más bien su objetivo en la infracción deliberada de ésta mediante su contravención y omitiendo mayor regulación para los casos en que se elude el cumplimiento de una norma a manos de otra que permite efectuar esta labor de aparente cumplimiento de la ley. Así, el derecho civil se refiere escasamente a esta forma de elusión en casos excepcionales como el fraude pauliano.¹⁷⁴

¹⁷³ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 101.

¹⁷⁴ UGARTE, José Luis. La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley. Dirección del Trabajo. Boletín Oficial. Junio de 2003. Pág. 5.

El fraude a la ley puede concebirse en términos generales como la evitación por parte de un sujeto particular de la efectiva actuación de la ley en un caso concreto y determinado. En otras palabras, el fraude a la ley implica la ineficacia particular de la norma producto de la maniobra de un sujeto orientada a impedir la acción rectora de la misma. Otra definición es entregada por DIEZ DUARTE, quien señala:

“El fraude a la ley consiste en la celebración de varias formas jurídicas permitidas por la ley, las cuales juntas y combinadas, producen un resultado que la ley prohíbe. El fraude a la ley no burla la letra de la ley, sino sólo su espíritu.”¹⁷⁵

Se sostiene por la doctrina que el acto de fraude necesariamente atenta contra un acreedor que ve cómo la prestación en derecho procedente deja de efectuarse producto del acto fraudulento. En el ámbito del derecho laboral bien puede tratarse del mismo Estado que ve burlada la vigencia de sus intereses de bien común y protección al trabajador como contratante más débil plasmada en la legislación positiva. Una definición dada por los autores para la materia de marras sostiene que:

“es fraude a la ley laboral la conducta humana, intencional o no, que por acción u omisión, evita la aplicación de la ley a un supuesto determinado en el que el defraudador es parte”¹⁷⁶.

Por su parte, LIZAMA y UGARTE señalan que el fraude laboral es:

“el incumplimiento de una norma o principio laboral imperativo, mediante una conducta externa formalmente acorde a otra norma legal que oculta o disimula la elusión de aquella”¹⁷⁷.

Puede concluirse que el fraude a la ley laboral constituye una conducta humana tendiente a impedir la eficacia práctica de la ley laboral frustrando, con ello, el importante componente social y económico que esta rama del derecho posee y que se traduce en un interés general comprometido.

El fraude a la ley laboral contiene cuatro elementos característicos:¹⁷⁸

¹⁷⁵ DIEZ DUARTE, Raúl, citado en: ZAPATA, Juan Carlos. Análisis doctrinal, legal y jurisprudencial del artículo 478 del Código de Trabajo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2004. Pág. 8.

¹⁷⁶ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 49.

¹⁷⁷ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 118.

¹⁷⁸ Para el estudio de esta materia nos ceñimos a la organización realizada en: RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 51 y ss.

1. El primero de ellos es la norma cuya eficacia práctica se elude mediante la conducta fraudulenta. Esta norma puede ser bien una norma jurídica positiva, bien un principio de derecho laboral.
2. El segundo elemento del fraude a la ley laboral consiste en el medio que se utiliza para obtener el resultado fraudulento. Tal medio consiste en la realización de uno o más actos jurídicos de carácter lícito en tal sentido.
3. En tercer lugar es posible considerar el resultado producido por dichos actos, el cual no necesariamente debe haber sido deseado o buscado por el sujeto infractor de ley. Esto, pues el fundamento de la sanción al fraude a la ley laboral está en la mantención del ordenamiento jurídico laboral. Ya volveremos sobre este punto porque este factor ha sido discutido por cierta doctrina.
4. Finalmente, el cuarto elemento del fraude a la ley laboral consiste en la sanción a ser irrogada al agente por la conducta desplegada. Esta sanción ha de implicar un efecto positivo y uno negativo correlativo. El efecto positivo consiste en la aplicación efectiva de la norma cuya vigencia práctica era procedente en el caso y que fue frustrada por la conducta de fraude. Correlativamente, se niega vigencia a la norma cuya aplicación fue buscada por el agente al realizar el o los actos en cuestión. Sin perjuicio de ello los efectos de dicha aplicación se circunscriben a la ley laboral, no extendiéndose este efecto negativo a las consecuencias extra laborales que se deriven del acto de fraude.

Como señala UGARTE el fraude a la ley laboral no es más que la especie de fraude a la ley acotado al ámbito de la norma laboral como ley vulnerada. Bien señala este autor que la norma de cobertura al fraude laboral puede ser no sólo laboral, sino de cualquier otra área del derecho. Además la norma eludida puede ser bien una ley positiva, bien un principio del derecho laboral con carácter imperativo.¹⁷⁹ Por ende, sin importar de qué naturaleza es la norma utilizada para generar la apariencia de legalidad lo importante es que la norma eludida sea de carácter laboral.

¹⁷⁹ UGARTE, José Luis. La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley. Dirección del Trabajo. Boletín Oficial. Junio de 2003. Pág. 7.

El que la norma infringida sea de carácter laboral es el factor que, como fue comentado, otorga especialidad al fraude a la ley laboral. En tal sentido, una definición que toma dicha particularidad señala:

“(El Fraude a la Ley Laboral es) la acción u omisión, querida o no, realizada por un sujeto de derecho a través de medios, reales y serios, y que provocan la frustración de los fines y objetivos últimos de una norma o principio jurídico particular, de naturaleza imperativa, ubicado en el marco de las relaciones ético jurídicas que se desenvuelven en torno al trabajo”.¹⁸⁰

De esta definición cabe destacar la inclusión del marco ético-jurídico propio del derecho del trabajo, lo que amplía el campo de protección normativo contra esta clase de conductas.

a.1. El factor subjetivo en el fraude a la ley.

En la teoría general del fraude a la ley existen dos posiciones respecto de la necesidad del elemento volitivo en su configuración. La primera teoría, subjetiva, señala que para que se configure un fraude a la ley es menester la existencia de una intención del agente que comete la conducta dañosa en producir aquel resultado contrario a la ley. Su argumento básico es que la sanción de ineficacia de un acto jurídico no puede prescindir de los móviles del agente que concurrió a su celebración. Se trata de una situación en derecho excepcional y por ello debe aplicarse sólo en tal restringida hipótesis. A nivel de derecho comparado esta posición tiene más adeptos en Italia y Francia. En cambio, la posición opuesta sostiene que no es relevante la disposición subjetiva del agente para la configuración del fraude a la ley, siendo sólo menester evaluar su existencia a partir de la ocurrencia del resultado pernicioso para el derecho. Según esta postura aquello se justifica en tanto las normas, en cuanto tales, reflejan la consagración explícita o implícita de bienes jurídicos relevantes para una sociedad. Por ello el solo resultado configura un ilícito sin importar la intencionalidad. En tal sentido, se trata de una defensa de la ley o, si se quiere, de una reafirmación de la norma y no de la valoración de móviles personales. Esta postura es más dominante en Alemania y España.¹⁸¹

¹⁸⁰ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 50.

¹⁸¹ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Págs. 26 a 28.

Como fue planteado, sostenemos que no es necesaria para configurar un fraude a la ley laboral la existencia de una disposición subjetiva particular en el agente autor de la conducta de fraude. En este mismo sentido la Dirección del Trabajo ha señalado que basta la ejecución de actos que burlen la aplicación de la ley laboral, no siendo necesaria la existencia de dolo o culpa en el sujeto.¹⁸² También la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. Así, la Corte Suprema ha señalado que el artículo 478 del Código del Trabajo –actual artículo 507- sanciona el fraude laboral en la modalidad específica de simulación de contratación de trabajadores, conducta fraudulenta cuya norma específica infringe es el artículo 3 del Código del Trabajo, el cual define la calidad de empleador como sujeto de la relación laboral. La sanción legal, como los Tribunales han señalado, no apunta al engaño ni al trabajador ni a otras personas sino que a la elusión del vínculo laboral que une a las partes y que importa aplicación de la norma señalada. Sin embargo, es menester señalar que tal criterio objetivo se pierde al tratarse de los subterfugios consagrados en el inciso segundo de dicho precepto, como veremos en su momento.

Esta posición, sin embargo, tiene detractores que critican la objetivación en la configuración de la responsabilidad del empleador por el fraude a la ley laboral. En este sentido se señala que aquello implica una limitación inaceptable para la libertad de contratación y un atentado a la certidumbre jurídica relativa a la eficacia de los actos jurídicos con la consiguiente inseguridad jurídica y también económica que ello genera.¹⁸³

Al respecto, es posible sostener que la visión que se tenga sobre el fraude a la ley laboral está determinada por la posición que se tenga respecto de los fines del derecho laboral actual. Como ha sido expuesto, cierta doctrina plantea que el derecho laboral debe cumplir un fin de promoción al empleo. Dicha posición comulga con la promoción al voluntarismo en la aplicación de las personas de la ley laboral, existiendo por ello más espacio para los particulares en la creación de instrumentos particulares laborales.¹⁸⁴

¹⁸² Lo que será analizado con mayor detención más adelante al estudiarse el Dictamen que, al efecto, dictó el organismo fiscalizador fijando el sentido y alcance del artículo 478 del Código del Trabajo, 507 en su texto actual.

¹⁸³ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Págs. 57 y 58.

¹⁸⁴ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 79.

En tanto “figura reivindicativa de derechos irrenunciables” el fraude a la ley laboral está en serio riesgo de perder asidero doctrinario, pese a las interpretaciones judiciales y administrativas que le han dado un amplio alcance en la actualidad. Así, las posturas proclives a la flexibilidad (cada vez más masivas en el escenario doctrinario actual) ciertamente pugnan con una visión amplia del fraude.¹⁸⁵

Sin perjuicio de ello, en el contexto actual nacional la doctrina apoya tanto el reconocimiento de las hipótesis de fraude a la ley laboral como las facultades que, en ese sentido, debe tener la Dirección del Trabajo para sancionar oportunamente las conductas fraudulentas. La legislación actual no entrega todas las herramientas en tal sentido, y ello explica la sola existencia de doctrinas contrarias tanto a la aplicación amplia de la sanción al fraude como las facultades sancionadoras del organismo administrativo. En esa línea, la Ley 20.123 y el artículo 507 en estudio en este trabajo son de capital importancia, ya que es posible sostener que no existe base positiva amplia para el fraude a la ley laboral y que aquellas normas otorgan un soporte a la sanción del fraude en el Código del Trabajo. Lo positivo de ello es que en este caso no se discute la procedencia de esta clase de fraude, como sí ocurre en hipótesis no tipificadas.¹⁸⁶ Sin embargo, existen ciertos obstáculos a la correcta aplicación de estas normas, lo que implica cumplir verdaderamente con sus objetivos, cuales son evitar el incumplimiento del especial ordenamiento ético jurídico laboral por parte de los empleadores. Estos obstáculos, tanto doctrinales como jurisprudenciales, irán siendo abordados de modo crítico en los párrafos siguientes.

b. La cesión ilegal de trabajadores.

En párrafos anteriores ha sido comentado que la Ley 20.123 no ha estado exenta de críticas dado su carácter deficitario en ciertas materias que ha permitido la continuación de situaciones nocivas para los derechos de los trabajadores tanto de modo individual como en su conjunto. En los párrafos siguientes se abordará la ineficacia de la Ley 20.123 desde otra perspectiva, no ya desde las materias que no fueron reguladas y que, en la práctica, implican la legalidad sin más de prácticas

¹⁸⁵ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 108.

¹⁸⁶ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 118.

abusivas contra los trabajadores, sino de conductas empresariales que, derechamente, transgreden el cumplimiento de las normas expresas de esta ley y la ley laboral. Dicha infracción a la ley puede ocurrir de dos modos, bien de un modo expreso, bien de un modo solapado y/o fraudulento. En el último caso, se trata de prácticas cuyo objeto es otorgar una apariencia de legalidad encubriendo situaciones ilícitas.

En tal sentido, es posible aseverar que la Ley 20.123 reguló dos formas de externalización laboral, fenómeno conteste con la descentralización productiva. Dicha regulación legalizó dichas prácticas, cuales son la subcontratación y el suministro de trabajadores, estableciendo ciertos requisitos para su configuración y vigencia. Tal ley estableció, por ende, el marco de legalidad en el que ambos fenómenos pueden desenvolverse, el cual de ser transgredido implica una infracción legal que puede ser o no fraudulenta –lo será si cumple con los requisitos del fraude a la ley laboral expuestos en el apartado anterior-, pero sí se trata de un ilícito que frustra los objetivos de dicha legislación.

Como el título de este capítulo lo ha sugerido, la cesión ilegal de trabajadores es una figura residual que comprende los casos en que existiendo una figura de externalización laboral –sea de subcontratación o de suministro de trabajadores de acuerdo a nuestra terminología legal- se cometa un incumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para la constitución de dichas situaciones jurídicas, por ello el término abarca todos los casos en que se subcontrate o suministre trabajadores sin cumplir las prescripciones establecidas por la ley al efecto. Por ello, en sencillos términos, es la cesión ilegal de trabajadores la manifestación ilícita de la externalización laboral. Más específicos son LIZAMA y UGARTE, para quienes se trata de:

“la infracción al régimen excepcional de cesión de trabajadores previsto por el párrafo 2, del Título I, del Código del Trabajo.”¹⁸⁷

Para nosotros se trata de un término genérico, referido a las actuaciones que aparentan una externalización lícita o que no logra configurar esa licitud ante la carencia en el cumplimiento de los requisitos legales para configurarla. Por ende, la cesión ilegal de trabajadores podría ser o no fraudulenta, siendo sede de un análisis separado la hipótesis fraudulenta por excelencia de cesión ilegal de trabajadores dada

¹⁸⁷ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 114.

por la simulación de subcontratación de trabajadores -o seudo subcontratación- y, junto con ella, los subterfugios para difuminar la calidad del empleador consagrados en misma norma del Código del Trabajo. Todas estas situaciones implican en los hechos un suministro ilegal de trabajadores y serán analizadas de modo individual.

b.1. Antecedentes legislativos de la cesión ilegal de trabajadores.

Esta figura, si bien en la actualidad se encuentra normada, sólo a partir del año 1993 fue contemplada en virtud de la Ley 19.250. Como fue expuesto a propósito de la subcontratación, el Código del Trabajo de 1929 ya contemplaba la responsabilidad – aunque subsidiaria- del dueño de la obra o faena bajo un régimen externalizado. Sin embargo, y muestra adicional de lo deficitario de dicha regulación, no se contemplaban hipótesis de suministro ilegal de trabajadores ni menos de fraude a la ley laboral.

La Ley 19.250 agrega al Código del Trabajo una infracción a la ley laboral dada por la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros. Esta importante reforma al Código del Trabajo tipifica esta conducta, aunque exige su comisión con dolo, lo que minimizó notablemente las posibilidades de aplicación práctica del precepto. La norma además de consagrar una infracción –con su consiguiente sanción consistente en una multa- responsabiliza al empleador principal de las obligaciones laborales de las cuales los trabajadores sean acreedores.

En el año 2001 se dicta la Ley 19.759, la cual modifica el régimen sancionatorio por la cesión ilegal de trabajadores al eliminar el dolo en la configuración de la infracción y aumentar la punibilidad dada por el monto de las multas. Junto con ello se consagra una responsabilidad solidaria entre el empleador y los terceros, entre otras innovaciones que fortalecieron el precepto. Como se ha expuesto con anterioridad a propósito del contrato de suministro de trabajadores, dicha figura no se encontraba contemplada por la ley en el período previo a la vigencia de la Ley 20.123, por ende calificaba dentro de las hipótesis ilícitas toda forma de suministro y, asimismo, la subcontratación no realizada de acuerdo a los requerimientos legales implicando un objeto, precisamente, de mero suministro de mano de obra.¹⁸⁸

¹⁸⁸ ROJAS, Irene. La externalización laboral y la cesión ilegal de trabajadores en el sistema jurídico chileno. Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010. Pág. 184.

A nivel jurisprudencial el abordaje de esta materia también es deficiente de manera previa a la dictación de la Ley 20.123. Así, aun cuando la Encuesta Laboral ENCLA demostraba la existencia de prácticas de suministro de trabajadores, la Corte manifestaba la licitud de dicho supuesto, de configurarse, basándose para ello en la libertad empresarial protegida por nuestra legislación. En tal sentido, la Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, pronunciada en Recurso de Protección en causa Rol 8725/2003, de 30 de marzo del 2004, la cual señala:

“Que el derecho a desarrollar la actividad económica importa la facultad de su titular para elegir y definir, del modo más conveniente a su interés, la forma de ejecutar su giro empresarial, libertad que en el presente caso se ve menoscabada al impedírsele – en el hecho– al recurrente contratar con proveedores o externalizar la prestación de sus servicios, pues no otro efecto se produce al sancionarlo con una infracción por simular la contratación de trabajadores, si antes la autoridad fiscalizadora del trabajo ha reconocido que la recurrente posee una estructura propia y separada de las empresas prestadoras de servicios y que no se observa una relación de propiedad entre ellas”¹⁸⁹.

Para el caso de considerar configurada una subcontratación encubriendo un vínculo jurídico directo, los Tribunales han aplicado la regla de la responsabilidad subsidiaria vigente a la época previa a la dictación de la Ley 20.123, aunque acotándose la aplicación de dicha responsabilidad subsidiaria respecto a las indemnizaciones procedentes por la terminación del contrato de trabajo, las cuales se consideraba debían ser responsabilidad sólo de la empleadora directa. Sin embargo, como señala ROJAS, tal criterio fue morigerado al aceptarse dicha responsabilidad para el caso en que la empresa subsidiaria se encontrara fuertemente unida a la empresa principal, escenario en el que tampoco la jurisprudencia destacó el factor de suministro ilegal de trabajadores que operaba en ese caso. Por otro lado, en el caso de las empresas que formaban parte de un mismo grupo económico la jurisprudencia de primera instancia concibió una responsabilidad conjunta dada por la unidad económica existente entre ambas formas jurídicas, sin perjuicio de que en una instancia superior aquello fuera dejado sin lugar en base a los términos de la demanda, referentes a una responsabilidad subsidiaria y no conjunta.¹⁹⁰

En fin, puede plantearse en términos generales que la jurisprudencia concebía la responsabilidad subsidiaria en el caso de que una empresa efectuara subcontratación,

¹⁸⁹ En: ROJAS, Irene. La externalización laboral y la cesión ilegal de trabajadores en el sistema jurídico chileno. Revista *Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010. Pág. 184.

¹⁹⁰ ROJAS, Irene. La externalización laboral y la cesión ilegal de trabajadores en el sistema jurídico chileno. Revista *Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, 2010. Pág. 185.

aunque ampliándose dicha responsabilidad a la totalidad de las prestaciones debidas por la empleadora principal al trabajador en caso de existir un vínculo que supere los presupuestos de las normas de subcontratación.

Luego de esta tortuosa evolución histórica finalmente la Ley 20.123 regula de modo completo la materia admitiendo, como ha sido comentado, el suministro de trabajadores. Junto con ello establece un importante punto al referirse a la infracción dada por la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros agregándose la identificación, de ocurrir tal escenario fáctico, del dueño de la obra con la calidad jurídica de empleador de los trabajadores cedidos bajo ese halo de ilegalidad, todo ello en virtud del artículo 183-A¹⁹¹, vigente sin perjuicio de proceder una sanción por la simulación contemplada en el artículo 507 del mismo cuerpo legal y que será abordada en un párrafo separado.

b.2. Hipótesis de cesión ilegal de trabajadores vigentes en base a la Ley 20.123.

Como ha sido expuesto, se configura la cesión ilegal de trabajadores, desde un punto de vista genérico, siempre que se incumplan los objetivos de la ley laboral en materia de externalización, pudiendo ocurrir esto por un incumplimiento de alguno de los requerimientos que se establecen tanto para la operatividad de un régimen de subcontratación como para el suministro legal de trabajadores o bien por una conducta específica de fraude que será abordada en los capítulos siguientes. En esta sede se comentará el caso general de cesión ilegal de trabajadores, el cual se configura de acuerdo a diversos tipos establecidos para el caso particular de la subcontratación y del suministro.

En tal sentido la primera de las regulaciones se encuentra en el artículo 183-A del Código del Trabajo, referente al suministro temporal de trabajadores, que en su inciso segundo señala lo siguiente:

“Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478”.

¹⁹¹ ROJAS, Irene. La externalización laboral y la cesión ilegal de trabajadores en el sistema jurídico chileno. Revista *Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010. Pág. 186.

En el caso de la subcontratación de trabajadores el mismo artículo 183-A define qué se entiende por trabajo en subcontratación y en tal sentido acota los antecedentes fácticos de dicha práctica. Es muy plausible que, dada la mayor regulación existente expuesta para el suministro de trabajadores, los empleadores busquen la aplicación del estatuto más liberal de la subcontratación y en esa medida aduzcan la existencia de una subcontratación no configurada que conlleva una mera intermediación. Esta hipótesis se relaciona fuertemente con la simulación contenida en el artículo 507 del Código del Trabajo.

Se señala también que en relación a la limitación a la mera intermediación de trabajadores prescrita en la norma ésta se refiere al caso en que exista un suministro de trabajo (ya no subcontratación) que, incumpliendo los requisitos legales que lo legitiman implique una mera intermediación de trabajo. En este sentido existen cuatro requerimientos legales para la procedencia del suministro de trabajo:

1. El suministro de trabajo en el contexto de las actividades permitidas por la ley. Dentro de este requerimiento es menester efectuar una distinción. En caso de celebrarse un contrato de suministro de trabajo respecto de actividades expresamente prohibidas por la ley se incurre en una infracción de carácter especial. Esto se basa en los términos del artículo 183-P del Código del Trabajo, cuyo texto literal es el siguiente:

“Artículo 183-P.- Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 183-Ñ, no se podrá contratar la puesta a en los siguientes casos:

- a) para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados;
- b) para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva; o
- c) para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios.

La contravención a lo dispuesto en este artículo excluirá a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2º. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común.

Además, la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa equivalente a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado.”

2. En segundo término es posible que el contrato de suministro verse sobre actividades que, si bien no se encuentran expresamente prohibidas por la ley no se encuentren dentro del campo de actividades que justifican el contrato de

servicios transitorios. Este supuesto se encuentra consagrado en el artículo 183-U del Código del Ramo, el cual señala expresamente:

“Artículo 183-U.- Los contratos de trabajo celebrados en supuestos distintos a aquellos que justifican la contratación de servicios transitorios de conformidad con el artículo 183-N, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley, excluyendo a la usuaria de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2º. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan.”

3. En tercer lugar es menester que, como bien señala la denominación de esta especial clase de contrato, se trate de una puesta de servicios transitorios (como ya ha sido señalado al analizar el suministro). Por ende, cualquier relación laboral de corte permanente transgrede la ley laboral en ese sentido. Al respecto, el artículo 183-U citado se refiere expresamente a la posibilidad de que, por medio de la celebración de un contrato de servicios transitorios se oculte la existencia de una relación laboral de carácter permanente.
4. Finalmente, es requisito esencial para la correcta configuración de este régimen que la contratación de trabajadores por parte de la empresa usuaria se realice a las empresas que se encuentran legalmente acreditadas en el registro que al efecto lleva la Dirección del Trabajo. En caso contrario se configurará una cesión ilegal de trabajadores dada por la mera intermediación laboral. La norma que consagra este requerimiento es el artículo 183-AA del Código del Ramo, cuyo texto literal es el siguiente:

“Artículo 183-AA.- La usuaria que contrate a un trabajador de servicios transitorios por intermedio de empresas no inscritas en el registro que para tales efectos llevará la Dirección del Trabajo, quedará, respecto de dicho trabajador, excluida de la aplicación de las normas del presente Párrafo 2º. En consecuencia, el trabajador se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común.

Además, la usuaria será sancionada administrativamente por la Inspección del Trabajo respectiva, con una multa equivalente a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado.”

El artículo 183-U es, para LIZAMA y UGARTE, la primera consagración legislativa explícita del fraude a la ley laboral.¹⁹² En esa línea, podría sostenerse que todo suministro que obedezca a justificativos diversos a los legales para su vigencia u

¹⁹² LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 117.

oculte una mera intermediación puede plantearse ex ante como fraudulento porque así la ley lo considera. Las normas de los artículos 183-A, P y AA, en cambio, requieren que la forma de ocurrir los hechos en la norma sea además subsumible con los presupuestos del fraude a la ley laboral para ser así consideradas, ya que en su configuración fáctica puede tratarse de meros incumplimientos de prescripciones legales, sin el amparo de una norma legal cobertora que implica el fraude a la ley laboral. La denominación, en todo caso, tiene interés meramente dogmático, desde que en tanto suministros ilegales están expresamente sancionados y en esa línea son citadas en este apartado.

b.3. Régimen sancionatorio.

De acuerdo con las normas citadas precedentemente el efecto jurídico de la cesión ilegal de trabajadores dada por la contratación en un régimen externalizado de trabajadores sin cumplir con los requerimientos ni del régimen de subcontratación ni del de suministro de trabajadores transitorios es simplemente la imposibilidad de acogerse el empleador infractor a dichos regímenes. En otras palabras, el primer efecto de la cesión ilegal de trabajadores consiste en la imputación de los mismos a la empresa que goza de sus servicios, sea la empresa principal en el caso del régimen de subcontratación no configurado, sea la empresa usuaria para el caso del suministro ilegal de trabajadores. Por ende, tales empresas se consideran por la ley las empleadoras directas de los trabajadores afectados, siendo responsables de modo directo, en consecuencia, de todas las obligaciones laborales de las cuales los trabajadores sean acreedores.

Esto, además de las multas contempladas por la ley y que han sido ya expuestos. Es menester advertir que, de acuerdo al tenor de las normas expuestas, el régimen sancionatorio se impone a la empresa usuaria y no a la empresa de servicios transitorios, lo que da pie para conductas abusivas por parte de esta última –como es el caso de los temporeros ya expuesto al momento de evaluar las falencias de la Ley 20.123- realizadas en la más completa impunidad.

Es menester agregar que la calidad de empleador como sanción es una novedad de la Ley 20.123, celebrada por la doctrina, en tanto fortalece el régimen sancionatorio que con la sola multa es bastante débil. Esto, pues como bien señalan LIZAMA y

UGARTE, la multa es un costo que puede ser asumido *ex ante* por el empleador, y tener presente su entidad actuando pese a él si el beneficio que importa es superior. Además de ser más eficiente, esta sanción responde al fundamento de que la empresa usuaria, entendidamente dominante respecto de la empresa proveedora de trabajadores, está en buen pie para fiscalizar el adecuado cumplimiento de las normas laborales por parte de esta última empresa respecto de los trabajadores.¹⁹³

c. Hipótesis del artículo 507 del Código del Trabajo.

c.1. Simulación de contratación de trabajadores a través de terceros.

El artículo 507 del Código del Trabajo consagra en su primer inciso un caso particular de simulación mediante la contratación de trabajadores a través de terceros. En primer lugar nos referiremos sucintamente a la simulación en términos generales y luego abordaremos la hipótesis específica de la norma. En tal sentido, una referencia a la simulación como concepto doctrinario en materia civil podemos encontrar en VIAL, quien señala, citando a FERRARA, que la simulación:

“(es) ‘la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo’. De esta definición es posible extraer los requisitos que supone toda simulación:

- a) Existencia de una declaración que deliberadamente no se conforma con la intención de las partes;
- b) Dicha declaración ha sido concertada de común acuerdo entre las partes, y
- c) El propósito perseguido por las partes es engañar a terceros.”¹⁹⁴

La simulación se clasifica tradicionalmente de dos modos. La primera clasificación es entre simulación lícita e ilícita. La primera de ellas es la que implica un acto oculto, pero cuya consecuencia no es el perjuicio de terceros. En la simulación ilícita, en cambio, se produce perjuicio a terceras personas mediante la celebración del acto aparente. Junto con esa clasificación se divide la simulación en absoluta y relativa. En

¹⁹³ LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007. Pág. 121.

¹⁹⁴ VIAL, Víctor. Teoría general del acto jurídico. 5ª. Ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2004. Pág. 140.

la primera de ellas no existe voluntad alguna conducente a un acto jurídico, es decir, existe un solo acto jurídico y este carece de voluntad. En la simulación relativa, en cambio, se celebra un acto simulado y además existe una voluntad real en las partes relativa a otro acto jurídico, por ende coexisten dos actos, uno formal y ficticio y uno oculto y real.

En cuanto a la relación de la simulación con el fraude a la ley el tema ha sido interpretado de modo diverso por la doctrina civilística. Así, la doctrina tradicional ha apoyado la confusión entre simulación y fraude a la ley, en tanto el acto oculto que implica la simulación conlleva una forma de defraudar a la ley. Sin embargo con posterioridad se ha alzado la voz de diversos autores que han puesto de relieve las diferencias entre ambos institutos, de índole tal que podría existir simulación sin fraude a la ley. Así, se plantea que en el fraude a la ley existe un acto intencional, serio, realizado con el objeto de eludir una norma jurídica. En cambio, la simulación implica un acto aparente, ficticio, donde no existe voluntad de las partes. En tal línea argumentativa, VIAL destaca la diferencia de ambos conceptos para la doctrina. Señala que el fraude a la ley aspira, usando medios indirectos, eludir la aplicación de una norma, resultando su prescripción ineficaz en la práctica y frustrándose con ello su espíritu; en cambio la simulación busca esconder la violación a una norma mediante una apariencia, se trata de un negocio ficticio, en el cual no hay voluntad alguna en su constitución. En otras palabras, cabe señalar la cita a FERRARA hecha por el mismo VIAL:

“los negocios *in fraudem* son serios, reales y realizados en tal forma por las partes para conseguir un resultado prohibido; la simulación nunca es un medio para eludir la ley, sino para ocultar su violación”.¹⁹⁵

Si bien se trata de un tópico puramente civil huelga plantearlo, ya que permite afirmar sin temor al equívoco que, en el caso de las conductas específicas sancionadas en el artículo 507 del Código del Trabajo en estudio, se trata de figuras que, sin duda, buscan eludir la aplicación concreta de la ley laboral mediante la ejecución de conductas aparentemente legales aunque carentes de seriedad jurídica. Esto, porque como se verá, la simulación laboral difiere de la simulación común acercándose más al fraude a la ley que a la simulación misma si nos atenemos a esta distinción hecha por la civilística. Ya ahondaremos en estas conclusiones más

¹⁹⁵ FERRARA, Francisco. La simulación de los negocios jurídicos. Citado en: VIAL, Víctor. Teoría general del acto jurídico. 5ª. Ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2004. Pág. 143.

adelante, por ahora es menester referirnos primeramente a la simulación laboral consagrada en el artículo 507 del Código del Trabajo.

La simulación de contratación de trabajadores a través de terceros consiste, básicamente, en una pseudo-subcontratación y forma parte, por ende, de las figuras de cesión ilegal de trabajadores en general. Sin embargo, este ilícito presenta ciertas particularidades en relación con aquellas figuras, ya que no se trata sólo de una infracción a la ley laboral y, específicamente, a la regulación existente sobre externalización de los recursos humanos en estudio, sino que además, como lo veremos, se trata de un caso de fraude a la ley laboral, en los términos estudiados anteriormente y forma parte de una norma especial en tal sentido, compartiendo créditos en esta línea con el subterfugio que será estudiado en el siguiente párrafo y que posee características particulares.

La simulación consiste en primer término en el encubrimiento que el empleador realiza de su propia calidad. Esto implica que, para los efectos de que el trabajador ejerza sus derechos el empleador real obtiene la elusión de su calidad de contraparte. El medio de efectuar esta elusión es a través de la contratación simulada de trabajadores por un tercero que, en realidad, carece de relación laboral con el trabajador. Con ello se transgrede el artículo 3 del Código del Trabajo, que define al empleador para todos los efectos legales y se comete una conducta íntimamente relacionada con la subcontratación al conllevar la apariencia de una relación laboral intermediada por un tercero que carece de realidad¹⁹⁶ y además relacionada con el suministro, en tanto se trata de un suministro ilegal que ha sido encubierto bajo la subcontratación. En esa línea, se trata de una norma relacionada con el artículo 183-A del Código del Trabajo, si se quiere, una faz fraudulenta a la ley de dicha conducta.

En este sentido, la simulación penada por la ley laboral también comprendería a los casos de subcontratación en los cuales no se han cumplido los requisitos legales de procedencia de dicho régimen (dados por el artículo 183-A del Código Laboral). El inciso primero del original artículo 478 del Código del Trabajo (actual inciso primero del artículo 507 de dicho cuerpo legal), sanciona la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, siendo el texto de la norma el siguiente:

“Art. 507. Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, al empleador que simule la contratación de trabajadores a

¹⁹⁶ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. 122.

través de terceros, cuyo reclamo se registrará por lo dispuesto en el artículo 474. En este caso, el empleador quedará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren respecto de los trabajadores objetos de la simulación.”

La simulación sancionada por esta norma, usándose una categoría civil sólo con un afán ilustrativo, es un caso de simulación relativa, ya que oculta una voluntad referida a otro acto jurídico por interpósita persona. Por ende, el acto jurídico es diverso precisamente al ser diverso uno de sus agentes.

Junto con ello es menester ahondar en las particularidades de este ilícito. Así, si en la simulación civil se trata de un ataque a intereses de particulares, en la simulación en estudio se trata de una ofensa al interés general, de manera conteste con lo ofendido mediante el fraude a la ley. Esto es uno de los factores que lleva a concluir que la simulación consagrada en el artículo 507 del Código del Trabajo no se identifica con el concepto civil de simulación, sino que constituye un caso particular de fraude a la ley laboral mediante la celebración de un acto jurídico mediante la interposición de tercera persona que no tiene relación real alguna con dicho acto.

Además el concepto de simulación “común” no es aplicable a esta figura, desde que la simulación –carente de regulación positiva y, por ende, evaluable sólo desde un punto de vista doctrinario y jurisprudencial- implica la concurrencia de la voluntad de las partes en aras a la celebración del acto aparente¹⁹⁷, y en la simulación en estudio claramente la voluntad del trabajador no opera en favor de la celebración del negocio simulado siendo éste parte tanto del acto jurídico real –la relación laboral efectiva- como del acto simulado –el contrato de trabajo con un tercero-.

Sin perder de vista la distinción es menester estudiar, a falta de norma que permita derivar la naturaleza de esta simulación, el criterio interpretativo que a este respecto ha evidenciado la autoridad. Dicha visión considera esta norma como un caso sin más de fraude a la ley. Así, la Dirección del Trabajo, en el Dictamen 922/25, que será analizado en el siguiente párrafo. El que esto no sea totalmente preciso en términos dogmáticos civiles¹⁹⁸ evidencia la distancia entre ambos conceptos. Es menester

¹⁹⁷ UGARTE, José Luis. La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley. Dirección del Trabajo. Boletín Oficial. Junio de 2003. Pág. 4.

¹⁹⁸ Ya que, como fue referido, en este caso el empleador crea una situación jurídica aparente (la relación laboral del trabajador con un tercero) con el afán de ocultar una relación jurídica real (que implica un acto jurídico y una voluntad reales) tales son los supuestos de la simulación y no del fraude a la ley, que se configura mediante la realización de actos jurídicos reales.

agregar que, sin perjuicio de ello, lo común es que ambas hipótesis, en su similitud de presupuestos, se confundan, cuando forman parte de una cadena de conductas por parte de un empleador hechas con el objeto de eludir en parte el campo de aplicación del derecho laboral.¹⁹⁹

La Dirección del Trabajo, en uso de sus facultades interpretativas otorgadas por ley, determinó el sentido y alcance de esta norma en el Dictamen 922/25, del año 2003. En él, señala que para que se configure la simulación sancionada por esta norma en comento es menester la concurrencia de determinadas condiciones, cuales son:

1. La calidad de empleador de una persona, sea natural o jurídica, respecto de un trabajador determinado, quien es el acreedor de los servicios del trabajador y, a su vez, deudor de las obligaciones patrimoniales que dicho trabajo implica. Al efecto el Dictamen señala expresamente la aplicabilidad de las definiciones de empresa y de trabajador prescritas en el artículo 3 del Código del ramo.
2. La inexistencia de un contrato de trabajo escriturado entre dicho empleador – asumiendo la calidad de tal- y el trabajador respectivo, incumpléndose con tal situación los términos del artículo 9 del Código Laboral.
3. La existencia de un tercero que aparezca como acreedor de los servicios otorgados por el trabajador encubriéndose con ello el verdadero vínculo laboral existente entre el empleador mencionado en los numerales anteriores y el trabajador respectivo.²⁰⁰

Estas condiciones configuran, en palabras del organismo fiscalizador laboral, la existencia de un fraude a la ley laboral consistente en la apariencia de cumplimiento de las leyes laborales paralela a la elusión de las mismas. En la especie, el fraude por simulación transgrede, como señala dicho organismo público, el artículo 3 del Código del Trabajo al irrespetarse la calidad de empleador de acuerdo con los términos que dicha norma establece, refiriéndose tal artículo de modo expreso a la sanción por la

¹⁹⁹ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. 122.

²⁰⁰ Dirección del Trabajo. Ordenanza 922/25 [en línea] en: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62857.html> (fecha de consulta: 20/09/2010).

contravención a tal prescripción en el ex artículo 478 analizado por la Dirección del Trabajo. Así, el artículo 3 señala en su inciso final lo siguiente:

"Las infracciones a las normas que regulan las entidades a que se refiere este artículo se sancionarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 478 de este Código".

Ello, ciertamente, denota la interrelación entre ambas normas desde que la definición del artículo 3 es precisamente lo transgredido mediante la simulación como fraude sancionado en el inciso primero del artículo 507 actual del Código del Trabajo. Por lo demás, el órgano público realiza el hecho de que esta interpretación de la norma señalada es consecuente con el principio laboral de la primacía de la realidad, sancionando la contratación a través de terceros de un trabajador con el que realmente se tiene una relación laboralmente relevante. Así, señala el dictamen en comentario de modo muy preciso:

"En efecto, la necesidad de sancionar el acto fraudulento del verdadero empleador, quien se oculta tras un tercero, que detenta solo en la formalidad el carácter de empleador, pero que no ejerce, en el plano de la realidad, ni la potestad de mando ni la dependencia respecto del trabajador, atributos que definen legalmente a quien debe considerarse como tal, no es más que una constante del derecho laboral positivo chileno, que ha consagrado ampliamente el denominado principio de la primacía de la realidad"²⁰¹.

Como bien señala el organismo fiscalizador y ha sido adelantado al comienzo de este trabajo, esta legislación encuentra sentido en el principio de primacía de la realidad vigente en materia laboral ya que busca que prime jurídicamente el empleador que realmente ejerce las facultades de mando sobre un trabajador por sobre los acuerdos que señalen que el empleador es otro sujeto.

Es menester agregar que, como bien señala la Dirección del Trabajo, el legislador ha prescindido de la voz "dolosamente" precisamente con el afán de realzar el carácter objetivamente reprochable de la conducta de simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, no requiriéndose disposición subjetiva especial alguna, bastando la mera comprobación de la existencia de una relación de trabajo real, no formalizada, y una relación ficticia, formalizada, para que se configure el supuesto de este artículo 507 en su inciso primero.

Si bien existe claridad para el organismo público la ley no hace referencia alguna al concepto de simulación y ello ha provocado diversas visiones en la doctrina. Así,

²⁰¹ Dirección del Trabajo. Ordenanza 922/25 [en línea] en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62857.html>> (fecha de consulta: 20/09/2010).

UGARTE concluye de modo coincidente con el nuestro que, no existiendo definición legal vinculante, en materia laboral es posible caracterizar la simulación de un modo independiente a la doctrina civilística y encuadrarla dentro del concepto más específico de fraude a la ley laboral, en virtud del cual se trata de un acto especialmente digno de sanción. En este sentido, lo que el artículo 478 (507 actual), con su nuevo texto, sanciona, no es el engaño a terceros ni al propio trabajador mediante la celebración de un contrato con interpósita persona. Lo que la norma busca evitar es precisamente la elusión de una norma laboral vinculante como es la existencia de un vínculo laboral de acuerdo a los presupuestos legales.²⁰²

LIZAMA sostiene misma opinión. Para dicho autor, la simulación sancionada en el artículo 478 (de la época) no es un caso de simulación jurídica, sino que de fraude a la ley sin más, cuyo objetivo es combatir el formalismo jurídico dado por una relación de trabajo carente de asidero material y cuya consecuencia es la aplicación de una multa al empleador real que realizó dicha conducta además del reconocimiento de su calidad de tal en el contrato de trabajo.²⁰³

Esto es conteste con lo señalado por la Dirección del Trabajo y con la inexistencia de un requisito subjetivo especial en el empleador que impida sancionar las conductas no dolosas.

En esta línea cabe agregar que, como señalamos, esta simulación no contempla la voluntad del trabajador en su génesis, ni como concurrente al acto simulado ni como tercero engañado por dicho acto. Es posible que el trabajador haya aceptado libremente participar de esta interposición de empleadores, muy probablemente por el temor a la cesantía –lo que de suyo hace cuestionar la libertad y espontaneidad de dicho consentimiento, por lo cual el concepto de consentimiento, civilmente entendido, es dudosamente aplicable en la especie-; o bien, por el contrario, puede ser que el trabajador haya sido derechamente engañado por su empleador real y por el empleador ficticio, participando sin saberlo de una relación laboral simulada. Esa posición no es relevante para la configuración de este ilícito, lo que demuestra la protección al interés general que importa la norma y su consecuente afán de respeto a la ley laboral sin más. Ello, por ende, la acerca al concepto de fraude a la ley laboral y la aleja indefectiblemente del concepto de simulación tradicional. Tal conclusión hace

²⁰² UGARTE, José Luis. La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley. Dirección del Trabajo. Boletín Oficial. Junio de 2003. Págs. 7 y 8.

²⁰³ LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 50.

irrelevante, además, la disposición subjetiva del agente simulador, lo que explica el criterio de la Dirección del Trabajo al bastar para la configuración de este ilícito la mera ocurrencia de sus presupuestos fácticos, sin ser necesario indagar en los móviles o motivaciones psicológicas del agente infractor.

Desde otro punto de vista, PALAVECINO utiliza las categorías civiles –como es una constante en su obra alusiva a la subcontratación- para concluir que la sanción a la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros no puede configurarse sin existir al menos culpa por parte del empleador. Esto, ya que afirmar lo contrario implica establecer una regla de responsabilidad objetiva que, en criterio de dicho autor, pugnaría flagrantemente con los principios limitativos al ius puniendi estatal, aplicables según este autor en la especie. Específicamente, el artículo 507 violaría el principio de culpabilidad, al imponerse una sanción administrativa a un sujeto cuya culpabilidad en los hechos no ha sido inquirida. Por ello critica la visión que la Dirección del Trabajo ha evidenciado sobre el tema en su Dictamen 922/25, de fecha 11 de marzo de 2003. Utiliza como argumento para su posición también la historia fidedigna de la propia disposición.²⁰⁴

Dicho punto de vista es refutable no sólo por lo ya expuesto, sino además porque la aplicabilidad de los principios de legitimación del ius puniendi estatal en el derecho administrativo sancionador no es un tema zanjado en la doctrina, existiendo variadas razones para preferir la respuesta negativa. Así, como bien sostiene CAMACHO, la aplicación de dichos principios implica:

“negar la autonomía del Derecho Administrativo en su especialidad sancionadora y subordinarla no a la Constitución, como efectivamente procede, sino a otro Derecho Público como el Penal, lo cual no tiene fundamento constitucional”.²⁰⁵

Desde el ámbito penalista más puro, CURY señala la idea de la aplicación matizada de dichos principios planteando que la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal es cuantitativa y no cualitativa, y al implicar el administrativo la imposición de penas menos severas no se justifica la protección mediante las garantías estrictas que sí amerita el derecho penal. Por su parte, la explicación que da ROMÁN es bastante

²⁰⁴ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Págs. 47 y 48.

²⁰⁵ Camacho, Gladys. La legitimidad de la potestad administrativa sancionadora. Citada en: OKSENBERG, Daniel y FLORES, Cristián. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el derecho administrativo sancionador: Revisión crítica. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 44.

razonable. El derecho administrativo protege intereses generales y colectivos frente a los intereses privados, por ello no puede sostenerse un mismo grado de garantismo que el ostentado por el derecho penal. Finalmente, el Ministro de la Corte Suprema Pedro PIERRY²⁰⁶, a cuya opinión adherimos, señala que en materia administrativa sólo se aplican tres principios penales, a saber: el principio de legalidad de la sanción, el derecho a defensa y la posibilidad de que la sanción administrativa sea reclamable por vía jurisdiccional. En tanto acto administrativo, la sanción, por lo demás, está subordinada a las prescripciones de la Ley 19.880.²⁰⁷

En tal sentido, en Chile se defiende por la doctrina administrativa la aplicación directa e irreflexiva de los principios penales al derecho administrativo basados en la doctrina creada por el Tribunal Supremo español, quien la planteó por haberse prescrito en la Constitución española el estatuto penal a las sanciones administrativas. No es el caso del sistema chileno, donde la aplicación del específico principio de culpabilidad también amerita diversas posiciones. CURY, por ejemplo, plantea que debe aplicarse de igual manera al no verse razón para un trato diferenciado en tal línea. Nosotros participamos, en cambio, de la opinión de autores como DEL REY, quien plantea que la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo se encuentra precisamente en el elemento subjetivo que lleva inmerso el primero. Otra posición, intermedia, si se quiere, plantea su aplicación morigerada por la noción civil de culpa dado por su insatisfacción a un deber de cuidado. En este caso, la ley ha establecido un deber de cuidado que satisfacer para no cometer el ilícito, por ende, la sola comisión del ilícito, es decir, la sola inobservancia de la norma es presupuesto para la sanción, es decir, se trata de una culpa infraccional. Esto ha sido corroborado por la Corte Suprema en materia de sanciones por parte de la SEC.²⁰⁸

Lo cierto es que la doctrina laboral mayoritaria celebra la existencia de este tipo laboral, no tratándose a nuestro juicio de una responsabilidad objetiva, sino que del fraude a la ley laboral que importa la infracción de una norma imperativa. La jurisprudencia en general así lo ha aceptado, aunque en un buen porcentaje de casos

²⁰⁶ Casualmente es el miembro de la Corte Suprema que ha sido más proclive al actuar fiscalizador de la Dirección del Trabajo –criterio que, lamentablemente, escasea, como veremos-, justificando las sanciones impuestas en base a las atribuciones legales de dicho organismo.

²⁰⁷ OKSENBERG, Daniel y FLORES, Cristián. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el derecho administrativo sancionador: Revisión crítica. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 45.

²⁰⁸ OKSENBERG, Daniel y FLORES, Cristián. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el derecho administrativo sancionador: Revisión crítica. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Págs.138 a 140.

se han dejado sin efecto las sanciones que la Dirección del Trabajo ha impuesto por simulación al tratarse la determinación de las partes en la relación laboral de un tópico eminentemente jurisdiccional. Ya revisaremos la jurisprudencia referente al tema, no sin exponer una visión crítica a su respecto.

c.2. Segunda figura. El subterfugio. Antecedentes y alcance.

Como fue expuesto a propósito del concepto de empresa y su evolución histórica, existe en la actualidad una situación fáctica indesmentible, cual es la existencia de regímenes empresariales horizontales y especializados, implicando ello una serie de empresas agrupadas dedicadas a diversas etapas de la producción, lo que ha implicado la proliferación de empresas dedicadas precisamente a proveer personal calificado para ciertos cargos. Si bien aquello, sea o no defendible, es un acontecimiento histórico en proceso existen ciertas fragmentaciones cuya motivación es dudosa y cuya existencia fáctica es meramente ilusoria, creadas exclusivamente con el afán de proveerse el empleador de las ventajas de la fragmentación propia de los tiempos actuales, y ello se consigue mediante maniobras jurídicas tendientes a disolver una misma unidad jurídica en grupos jurídicos diversos. Es esta una primera noción de la figura de subterfugio consagrada en el original artículo 478 (actual 507) incisos segundo y tercero del Código del Trabajo.

Se trata de una figura identificable con el fraude a la ley en sentido amplio, ya que implica una operación, ardid o maniobra legal que provoca –si se desatiende al factor subjetivo- un detrimento en los derechos laborales o previsionales de un trabajador, infringiéndose con ello la legislación laboral. Sin embargo, eventualmente, y dada la amplitud de los términos usados por el legislador para delimitar el ilícito que contiene, puede configurar figuras que exceden el fraude, tales como la simulación o el abuso de derecho.²⁰⁹ A diferencia de la simulación de la subcontratación de trabajadores o seudo subcontratación consagrada en el inciso anterior de este artículo, esta hipótesis alude a un suministro de trabajadores al interior de los grupos de una misma empresa. Ello distancia conceptualmente esta infracción del régimen externalizado de suministro o subcontratación presupuesto de todos los ilícitos expuestos previamente. Volveremos más adelante a los amplios términos de la norma. Por el momento, es menester exponer precisamente dicho texto, cual es el siguiente:

²⁰⁹ RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009. Pág. 124.

“El que utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de 10 a 150 unidades tributarias mensuales, aumentándose en media unidad tributaria mensual por cada trabajador afectado por la infracción, cuyo conocimiento corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo, con sujeción a las normas establecidas en el Título I de este Libro.

Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, a que se refiere el inciso anterior, cualquier alteración realizada a través del 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.”

Esta norma sanciona, en general, dos conductas diversas:

- i. Ocultar, disfrazar o alterar la individualidad del empleador mediante algún subterfugio.
- ii. Ocultar, disfrazar o alterar el patrimonio del empleador mediante cualquier subterfugio.

A diferencia del primer inciso de esta norma, referente a la simulación de contratación de trabajadores a través de terceros, que es un ilícito de mera actividad, la realización de los subterfugios son un ilícito material o de resultado –utilizando terminologías penales-, ya que requiere la existencia de un perjuicio para el trabajador como consecuencia de las acciones ilícitas establecidas en la norma. Tal perjuicio puede consistir en:

- i. Dificultad en la determinación del empleador para los efectos de perseguir las responsabilidades laborales o bien ejercer derechos laborales individuales o colectivos.
- ii. Menoscabo o pérdida de los derechos de los trabajadores.²¹⁰

Sin perjuicio de lo expuesto, lo que en términos expositivos parece simple en la práctica no lo es ni lejanamente. Ya ha sido referida la necesidad de reformular el concepto de empresa y los intentos porque ello ocurriera durante la discusión del proyecto de la Ley 20.123, intentos que definitivamente no vieron la luz producto de la oposición empresarial. Pues bien, al no haberse regulado estas conductas

²¹⁰ PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Págs. 46 a 49.

empresariales fragmentarias mediante un nuevo concepto de empresa más acotado el legislador optó, como señala UGARTE, por mantener el esquema tradicional de empresa creando la figura del subterfugio para así permitir a la realidad primar por sobre la aparente fragmentación dada por una mera formalidad jurídica diversa.²¹¹

El nuevo texto legal en esta sede presenta problemas para la doctrina. Así, UGARTE resalta la amplitud de las acciones descritas en la norma expuesta, siendo sencillo calificar de ilícita cualquier conducta empresarial cuyo alcance coincide con la reprochabilidad de las acciones sancionadas en esta norma. Por otro lado la vía escogida por el legislador para proteger a los trabajadores es inidónea para resguardar unos de los bienes precisamente más atacados con las acciones o subterfugios de los empleadores para dividir las empresas, cual es el fortalecimiento de los sindicatos. Como bien señala el citado autor, la sanción que la norma impone no frena en nada el daño que la división produce en la constitución de los sindicatos, al tratarse de una sanción de multa.²¹² Ciertamente esta norma es producto, como ha sido comentado, del fuerte temor empresarial al protagonismo de los sindicatos en el debate laboral, temor cuya bandera exitosa es, precisamente, esta deficitaria legislación. También ya ha sido expuesto anteriormente que la multa no es una sanción eficaz en estas materias al tratarse de un costo predecible y amortizable para las empresas y que por ello es rescatable la consagración por parte de la Ley 20.123 de la imputación de la calidad de empleador a la empresa infractora como sanción.

Por otro lado la amplitud de los conceptos es carne de cultivo no sólo para que cualquier conducta empresarial tendiente a la fragmentación o división sea susceptible de ser penalizada por su formal ilicitud de acuerdo a los términos de la norma. Además se trata de un concepto inacabado en el ámbito doctrinario y jurisprudencial chileno. UGARTE advierte al respecto la carencia de experticia de nuestros tribunales superiores no sólo en la difícil noción de subterfugio, sino también en el enmarañado conjunto de normas rectoras de la empresa en sus distintas fases y niveles de división lo que hace presumible sostener el fracaso de la mayoría de las acciones intentadas al respecto.²¹³ Misma opinión sostienen ROJAS y AYLWIN, quienes reparan en las mismas

²¹¹ UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Editorial Universitaria. 2004. Págs. 86 y 87.

²¹² UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Editorial Universitaria. 2004, Pág. 87.

²¹³ UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Editorial Universitaria. 2004, Pág. 88.

deficiencias de la noción de subterfugio, la cual no soluciona según ellos la grave problemática que generan los grupos de empresas y la falta de reconocimiento de ellas como una unidad económica con una dirección única y determinada. Al efecto, citan la historia legislativa de la norma que introdujo este concepto en la cual se plantea lo discutible de dicha iniciativa en cuanto a su utilidad y la poco precisa aplicación jurisprudencial que de un texto ya ambiguo deberán realizar en muchos casos tribunales no especializados en materia laboral.²¹⁴

Por su parte, LIZAMA atiende al aporte de esta norma en la correcta conceptualización de la empresa como una entidad cuya individualidad legal determinada no está dada por la existencia de una forma jurídica única. Sin embargo, efectúa otra crítica en cuanto a la norma en el contexto de su aplicación, ya que a diferencia de la simulación sancionada en mismo artículo, es menester recurrir a la vía judicial con el objeto de impetrar las sanciones prescritas para el empleador, no cabiendo la posibilidad de sanciones administrativas al respecto por parte de la Dirección del Trabajo.²¹⁵

Por su parte, en la difícil tarea de fijar el sentido y alcance de dicha noción, HUMERES refiere las palabras del Ministro de Justicia de la época en que este texto fue reformado (2001), quien señala que la idea no es enterrar el margen decisorio en la administración de una empresa, que la noción de empresa no implica necesariamente la existencia de una razón social, siendo necesaria más bien una entidad con un empleador y fines propios y que, finalmente, debía subentenderse la exigencia de una intencionalidad implícita en dicha atomización consistente en eludir o menoscabar los derechos laborales o previsionales de los trabajadores.²¹⁶ Con ello se agrega un nuevo elemento subjetivo en la configuración de este ilícito que no ha sido contemplado por los autores. La pregunta es cuál será la interpretación que al respecto otorga la Corte Suprema y cuál sería, en el caso de requerirse intencionalidad, el estándar de exigencia probatorio de dicha circunstancia.

²¹⁴ ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. Los Grupos de Empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile. *Revista Ius et Praxis*, 11 (1): 93 - 131, 2005.

²¹⁵ LIZAMA, Luis. *Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003. Pág. 14.

²¹⁶ HUMERES, Héctor. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tomo I. 17ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2004. Pág. 92.

La Corte Suprema ha sostenido que el inciso segundo del artículo mencionado consagra a la conducta que utiliza subterfugios con el objeto de eludir las obligaciones laborales y previsionales por parte de los empleadores. Tal conducta puede cometerse de diversos modos, cuales son el ocultamiento, el disfraz o la alteración de la individualización o el patrimonio de las empresas empleadoras con el fin elusorio expuesto y el detrimento patrimonial consecuente para los trabajadores cuyos derechos laborales o previsionales han sido eludidos de dicho modo. El término “alteración” es definido por la Corte de acuerdo con lo establecido por el Diccionario de la Real Academia al respecto cuya acepción es la acción de alterar, es decir, cambiar la forma de algo. En ese sentido una alteración implica una mutación en la forma de una empresa, razón por la cual en el fallo analizado la Corte deniega la ocurrencia de dicha conducta respecto a una empresa que, bajo evidente relación respecto de las demás demandadas, permanece de la misma forma que ha nacido a la vida del derecho.

...“De esta manera, se precisa, como primer requisito a considerar, la acreditación de la mutación de la forma que revestía el empleador, con los fines que la norma consagra, cuestión que a la luz de los hechos establecidos en la causa no se ha justificado, toda vez que las personas jurídicas demandadas han nacido a la vida jurídica de la manera en que se les conoce, sin que se haya demostrado variación alguna de su conformación jurídica -aparte de la modificación de la identidad de sus integrantes- que permita suponer satisfecho este primer requisito.”²¹⁷

Junto con ello este fallo, conteste con el carácter sancionatorio del artículo 507 consagra la irretroactividad de dicha sanción para el caso de conductas eventualmente constitutivas de subterfugio, mas cometidas (la creación de las unidades jurídicas diversas cuestionadas) con anterioridad a la vigencia de la Ley 19.250.

...“no es posible pretender la sanción de las demandadas en virtud de una ley dictada con posterioridad a la conformación jurídica de cuatro de ellas, en atención a que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado debe sujetarse a la observancia de ciertas garantías mínimas que se reconocen al ciudadano, siendo uno de sus elementos básicos la prohibición de retroactividad de las disposiciones que asocian consecuencias a las infracciones que, como el texto en estudio, consagran.”²¹⁸

Por otro lado, se refiere el fallo en comento a la necesidad del factor subjetivo en la comisión del subterfugio en discusión, señalando el Máximo Tribunal que la conducta

²¹⁷ Corte Suprema, sentencia de fecha 13 de octubre del año 2008 en causa rol 3874-2008 [en línea]. <http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAABjNSAAC&consulta=100&causa=3874/2008&numcua=28839&secre=UNICA> (Fecha de consulta: 10-10-10).

²¹⁸ Corte Suprema, sentencia de fecha 13 de octubre del año 2008 en causa rol 3874-2008 [en línea]. <http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAABjNSAAC&consulta=100&causa=3874/2008&numcua=28839&secre=UNICA> (Fecha de consulta: 10-10-10).

que la norma sanciona no es de mero resultado, debiendo existir una subjetividad por parte del empleador tendiente a la elusión en el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales ya mencionada. Con ello la Corte impregna a esta norma de un factor subjetivo que ni el legislador otorgó expresamente ni la doctrina ha interpretado a su respecto. Así, el fallo en comento sostiene:

...“las conductas de ocultamiento o de disfraz que la disposición 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 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.”²¹⁹

Esta conclusión es de tamaña importancia para la delimitación del sentido y alcance del término “subterfugio”, toda vez que para la Corte la norma sugiere una conexión subjetiva entre la conducta y el resultado lesivo para el trabajador, por ende, no se trata de un tipo objetivo sancionado por la mera causación de un resultado dañoso o un ilícito de resultado, como la doctrina ha planteado.

Esto, al contrario de implicar una aplicación extensiva del ilícito como podría haberse temido dados sus amplios términos, conlleva su restricción dada la dificultad de la prueba de dicha disposición subjetiva. Ello, ciertamente, permite la masiva e impune operativa empresarial en unidades fragmentadas sin que aquello, necesariamente, revele de modo inequívoco una voluntad elusoria de derechos laborales. Tal desempeño empresarial práctico ha sido llamado el fenómeno del multi – rut, atendiendo dicho término al funcionamiento de una entidad empresarial en diversas unidades jurídicas, cada una con una razón social y, por ende, un rut diverso. Este tema será abordado en el párrafo siguiente.

²¹⁹ Corte Suprema, sentencia de fecha 13 de octubre del año 2008 en causa rol 3874-2008 [en línea]. <http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAABjNSAAC&consulta=100&causa=3874/2008&numcua=28839&secre=UNICA> (Fecha de consulta: 10-10-10).

IX. Manifestación concreta de la desnaturalización de la calidad de empleador: Las empresas “multi - rut”.

En primer lugar, es necesario exponer que el fenómeno de las empresas multi – rut se relaciona intensamente con el ilícito analizado en el párrafo anterior, y en muchos casos puede su ocurrencia configurar dicho tipo laboral. Asimismo, fue aludido al comienzo de este trabajo al referirnos al problema de los grupos de empresas y su deficiente conceptualización tanto para la ley laboral como para la jurisprudencia judicial y administrativa.²²⁰ Si aquel capítulo se encargó de exponer cómo dogmáticamente cabe criticar dicha realidad jurídica e interpretativa este capítulo, al final de esta exposición, se referirá a los grupos de empresa no desde un punto de vista dogmático - normativo, sino de su ocurrencia práctica, en tanto hecho. Además, y a modo de culminar este trabajo, busca las alternativas de solución a este problema, el cual es parte del núcleo central de la desprotección al trabajador en el contexto de la flexibilidad laboral.

El multi - rut implica que una unidad de dirección se fragmente en diversas razones sociales –y por ende, diversos sujetos tributarios con diversos rut- disminuyéndose, por ende, el ámbito de beneficios de un trabajador. Como comentamos en el párrafo precedente, la jurisprudencia tiende a exigir un componente subjetivo para configurar los subterfugios en la atomización de empresas, lo que implica que muchos casos de empresas multi – rut queden fuera del alcance de dicha norma según el criterio jurisdiccional.

Esta modalidad es muy común en el área del *retail*, donde las multitiendas manejan tantas razones sociales cuantas sean sus sucursales a lo largo del país o una ciudad determinada. Su frecuente ocurrencia se explica, básicamente, por las siguientes ventajas que ello le reportan:

1. Beneficios en el ámbito tributario al tratarse de varias unidades jurídicas menores en vez de una sola unidad de gran entidad.
2. En relación con la ventaja anterior, el volumen más bajo de utilidades dado por la menor entidad de la unidad-átomo de la empresa implica que el porcentaje a

²²⁰ Sin perjuicio de que, como se expuso, los Tribunales ya han manifestado una posición más proclive a un concepto material de empresa al menos en el ámbito de discusión sobre la responsabilidad de los empleadores respecto de derechos individuales de los trabajadores.

título de gratificaciones a pagar a los trabajadores de tal entidad será claramente menor.

3. También en relación con las ventajas expuestas, el ser sólo una parte de la empresa como una entidad económica implica, además de tener un nivel menor de utilidades el que el patrimonio de la unidad-átomo es ciertamente menor que el de la empresa en su totalidad considerada, por ende, en caso de existir obligaciones laborales o previsionales de las que un trabajador determinado sea acreedor, el patrimonio que deberá responder de ellas será más pequeño y, por ende, hay mayores posibilidades de insolvencia y un consecuente incumplimiento de dichas acreencias.
4. El debilitamiento de los derechos sindicales al mermarse la capacidad negociadora de los sindicatos mediante la fragmentación de la contraparte en la negociación o eventualmente afectarse incluso el derecho a formar un sindicato.
5. La merma en otros derechos determinados en base al número de trabajadores que laboran en una empresa como es el caso del derecho de las madres trabajadoras.

Temas ya expuestos en lo pertinente en el capítulo de este trabajo referido a los grupos de empresas. Ahora bien, como fue dicho la idea de este apartado es relacionar tanto el párrafo sobre los grupos de empresas con el apartado anterior referido a los subterfugios en la división del empleador desde la perspectiva coyuntural. En esa línea cabe preguntarse: ¿en qué contexto utilizan las empresas esta modalidad de atomización? Un *modus operandi* es relatado por el Secretario General de la Confederación de los Trabajadores del Comercio, según quien:

“...una de las prácticas asociadas a esta figura societaria tiene que ver, en algunos casos, con la creación de empresas que contratan y otras que realizan el giro productivo y reciben los ingresos. Como la primera no genera utilidades, los trabajadores nunca acceden a la gratificación.”²²¹

El multi-rut no sólo se usa en el *retail*, sin perjuicio que es aquel el sector económico donde es más visible. También ocurre frecuentemente en el área primaria, a saber, las salmoneras, las avícolas, las forestales. Lo que sí puede decirse que es

²²¹ Diario El Mercurio. 30-05-10. [en línea]. <<http://www.ceret.cl/noticias/cinco-grandes-empresas-del-retail-reconocen-183-rut-distintos/>> (fecha de consulta: 7-11-10).

común a las empresas que practican este ardid jurídico es que son todas grandes empresas. El multi – rut escasamente ocurre en las pequeñas y medianas empresas (PYMES). Además, se trata de un fenómeno más visible en Chile que en nuestros países vecinos:

“Para justificarlo (el uso del multirut) dicen que existen motivos tributarios y comerciales, mas no se mencionan los motivos laborales, sin embargo esa lógica de “modelo de negocio” solo la aplican a Chile. Basta con comparar el uso del multirut en empresas chilenas que operan en el extranjero. Cencosud, con sólida posición en Argentina, no lo ocupa en el país trasandino, pero en Chile sí; AquaChile operando Costa Rica no lo ocupa, pero en Chile sí...”²²²

Otra contradicción ocurre en el área del retail, donde las múltiples razones sociales implican la celebración de negocios jurídicos con empresas “distintas” que a la hora de ejercer sus acreencias se comportan como una sola. Así:

“...por ejemplo, muchas veces ocurre que la tarjeta de crédito con la que se paga un producto no le pertenece a la razón social que se lo vende, sino a otra, pero de la misma empresa. Así lo hacen Cencosud con su tarjeta París, D&S (Walmart) con su tarjeta Presto, Falabella con su tarjeta CMR, y un largo etcétera. Lo pernicioso de este sistema es que cuando no se paga la deuda de la tarjeta, la razón social que le vende y aquella que le presta el dinero, no tienen reparos en actuar como una sola empresa, pero cuando cualquier persona tiene un reclamo que formular, le dicen ‘a mi no, reclámeme al otro’.”²²³

El dramatismo de este fenómeno no es mera apreciación. Consultadas por un diario capitalino, las cadenas de *retail* reconocieron estar divididas en 183 rut distintos, siendo la cadena D&S la más intensamente atomizada, con 133 rut distintos.²²⁴ Una luz de esperanza para los trabajadores es precisamente la gradual evolución que dicho conglomerado –operador de los supermercados Líder- se encuentra viviendo gracias a su adquisición por parte de la cadena norteamericana Walmart. La idea es reducir las razones sociales de modo gradual para así alcanzar un total de cuatro rut en un año. Dicha decisión del conglomerado extranjero es, precisamente, conteste con su operativa en otros países del orbe. En esa línea:

“El decano de Economía de la U. Central, Ignacio Larraechea, sostuvo que la decisión de Walmart-D&S será considerada emblemática en el sector del retail.

²²² Columna de Gonzalo Durán Sanhueza. Diario The Clinic. 03-07-10. [en línea] <<http://www.theclinic.cl/2010/07/03/%C2%BFpor-que-el-gobierno-arrugo-con-cambiar-el-concepto-de-empresa/>> (fecha de consulta 11-11-10).

²²³ Revista Sindical. Semana del 22 al 29 de Noviembre. [en línea] <http://www.cuttv.cl/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=65:multirut-multiples-personalidades&catid=35:reportajes&Itemid=Reportaje> (Fecha de consulta: 25-11-10).

²²⁴ Diario El Mercurio. 30-05-10. [en línea]. <<http://www.ceret.cl/noticias/cinco-grandes-empresas-del-retail-reconocen-183-rut-distintos/>> (fecha de consulta: 7-11-10).

‘El resto de las empresas que incurre en estas subdivisiones van a echar barbas en remojo y la noticia que se nos está dando va a tener un valor bastante emblemático en el mercado y que esperamos que el resultado final sea un trabajador que tiene relaciones laborales más claras, mas modernas y nos inscribimos en una lógica más propia de países de desarrollados’, señaló.²²⁵

Lo dicho ahorra todo comentario. Concordamos con dicha opinión y esperamos lo augurado se cumpla, es decir, que esta nociva práctica, propia de nuestra idiosincracia poco protectora de nuestro recurso humano –digan lo que digan sus críticos, pues basta analizar el derecho comparado para concluir aquello- se vaya diluyendo por un efecto de imitación de empresa, relacionado también con un tema de imagen de estas firmas.

De no ocurrir aquello no queda más que esperar la dictación de nueva legislación, que proponemos debe ser mejorada en dos ejes:

1. Perfeccionamiento de los derechos sindicales y fortalecimiento de la negociación de los sindicatos interempresas, particularmente al establecerse herramientas imperativas para la aceptación de los empleadores de los convenios colectivos.
2. Perfeccionamiento del concepto legal de empresa que permita considerar una sola empresa a estos conglomerados para los efectos laborales, tales como derechos individuales del trabajador –gratificaciones, por ejemplo- como los colectivos, dados por la sindicalización y la misma negociación colectiva.

En la actualidad existen proyectos de ley en tal senda en el parlamento, es de esperar se alcancen los acuerdos necesarios para la mejora legislativa de una situación cuya solución es apremiante.

X. Ineficacia en los hechos de los objetivos de la Ley 20.123. Análisis crítico de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

Dictada la Ley 20.123 esto implicó un reordenamiento en la externalización de las empresas en aras de cumplir los requerimientos de dicha norma. Como fue señalado

²²⁵ Radio Cooperativa [en línea] <http://www.cooperativa.cl/sindicato-lider-y-fin-del-multi-rut-esperamos-mejor-dialogo-con-la-empresa/prontus_notas/2010-09-30/142045.html> (Fecha de consulta: 1-11-10).

anteriormente, los trabajadores más beneficiados sin duda fueron los que se encontraban bajo un régimen de suministro al margen de la ley. Estos trabajadores, cuyos empleos eran altamente precarios, vieron mejoradas sus condiciones de trabajo en atención a que las EST comenzaron a respetar los términos de la nueva ley con el objeto, precisamente, de pasar del margen de la ley a ser parte del cumplimiento de ésta.

No cabe decir lo mismo de los trabajadores subcontratados, quienes vieron cómo sus compañeros suministrados mejoraban sus condiciones sin disfrutar aquellos el mismo trato.

La Dirección del Trabajo inició un fuerte proceso de fiscalización con el objeto de verificar en terreno que las compañías respetaban las condiciones legales del régimen de subcontratación, en especial sus requisitos ya expuestos de que el trabajo se realice por cuenta y riesgo de la empresa contratista y que esta empresa sea la que ostente la potestad de mando sobre los trabajadores, quienes manifiesten subordinación y dependencia frente a ella. Las inspecciones del organismo público detectaron muchos casos –de tamaña importancia en la minería- en los que no se configuraba el régimen de subcontratación legal al existir una relación laboral entre la empresa principal y los trabajadores subcontratados. Al respecto cursaron sendas infracciones y ordenaron a las empresas contratar directamente a tales trabajadores. La Ley 20.123, así, actuaba con eficacia y lograba sus objetivos.

Sin embargo, no contaba el legislador con una herramienta que ha resultado ser muy eficaz para las empresas. Así, si el recurso procedente ante las decisiones administrativas es la reclamación judicial en sede laboral, estas empresas detectaron una vía más eficiente, rápida y proclive a su línea de pensamiento: los recursos de protección. Poco a poco la Corte Suprema ha ido invalidando el proceder de la Dirección del Trabajo transformando a la Ley 20.123 en letra muerta. Esto, porque la única opción plausible según la jurisprudencia de la Corte Suprema es que el trabajador reclame ante la vía jurisdiccional por el irrespeto al régimen de subcontratación, lo que normalmente sólo podrá ocurrir terminada la relación laboral, dados los riesgos que implica para un trabajador denunciar a su propio empleador.

La Corte ha quitado todo piso al actuar fiscalizador de la Dirección del Trabajo planteando que su actuar conculca la garantía constitucional consagrada en el numeral 4 del artículo 19 de la Constitución Política. Esto, pues el órgano fiscalizador

excede sus facultades meramente de constatación de hechos para transformarse en un órgano juzgador y, con ello, en una comisión especial de aquellas que la Constitución prohíbe. Así, conociendo de un recurso de protección entablado por una empresa en contra de la Inspección del Trabajo por haberle sido cursada una multa por la simulación de subcontratación sancionada en el artículo 507 del Código del ramo, la Corte Suprema señaló lo siguiente, lo cual es la síntesis de la doctrina que constantemente el máximo Tribunal ha expuesto sobre la materia:²²⁶

“...este tribunal ha sostenido en forma reiterada conociendo de asuntos como el presente que el artículo 2º del Código del Trabajo, junto con reconocer la función social que cumple el trabajo, otorga al Estado la misión de amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su empleo y, además, la de velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios, labor esta última que corresponde cautelar en representación del Estado a la Dirección del Trabajo, y en cuya virtud -especialmente en lo que al presente recurso interesa- ésta debe fiscalizar la aplicación de la ley laboral

(...) sin embargo, tales facultades deben ejercerse sólo cuando dicho Servicio se encuentre frente a situaciones de infracción a las normas laborales, o sea cuando con su actividad de fiscalización se sorprendan ilegalidades claras, precisas y determinadas

(...) en el actual caso, al contrario de lo expuesto precedentemente, la recurrida a través de la resolución de multa impugnada declara la existencia de una simulación entre la empresa fiscalizada y una supuesta empresa contratista, Complementos Chile S.A., no obstante que la primera no tiene la calidad de empresa principal, ni ésta última, la de contratista de aquélla, en relación con el trabajador

(...) la recurrida se pronunció sobre una materia que importa una calificación jurídica de los servicios prestados por el trabajador antes nombrado, al establecer la existencia de una simulación entre la empresa fiscalizada y una aparente empresa contratista suya, la cual como se ha señalado no le presta a ella servicio alguno, y por consiguiente, dando por configurado un vínculo de subordinación y dependencia entre aquel trabajador y la empresa recurrente, excediendo de este modo el ámbito de las facultades que le han sido conferidas por el Código de esta especialidad, cuestiones que deben ser resueltas por la judicatura que conoce de estos asuntos;

(...) de lo reflexionado precedentemente aparece de manifiesto que la recurrida incurrió en una actuación ilegal que perturba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 N° 3 inciso 4º de la Constitución Política de la República, ya que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se encuentre establecido con anterioridad por ésta, lo que no ha sido el caso...”²²⁷

Además de ser la tónica de los recursos de protección, esta postura se mantiene en materia de reclamaciones administrativas (el conducto, por así decirlo, lógico por el cual debe recorrerse ante una discrepancia con una decisión administrativa de la

²²⁶ En esa línea es posible nombrar, entre otras, las sentencias en causa rol 5509-2007, de fecha 17-12-07 y rol 929-2008, de fecha 5-5-08.

²²⁷ Corte Suprema, Silhi Zarzar, Jorge – Fiscalizadora Inspección Comunal del Trabajo de Villarrica. Causa rol 3388-2007. Sentencia de fecha 11 - 10 - 07. [En línea] <http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAAMAABUJXA AF&consulta=100&causa=3388/2007&numcua=26384&secre=UNICA> (Fecha de consulta: 10-9-10).

Dirección). Una decisión reciente y que mantiene la doctrina mencionada puede verse en la sentencia que en lo pertinente se transcribe a continuación:

“...el informante constata la existencia de los diferentes pactos legales y de los cuales emanan diversos efectos, pero luego de una interpretación de los mismos que tergiversa el sentido y alcance dado por las partes, prescinde de ellos.

(...) la fiscalización realizada por el funcionario de la Inspección del Trabajo no sólo resulta cuestionable, entonces, a partir de la extralimitación que en ella subyace desde la perspectiva analizada, sino además en cuanto, de acuerdo al acta de constatación y posterior resolución de multa respectivos, tampoco se circunscribió a una simple operación orientada a precisar el sentido y alcance de los contratos laborales de que se trata, pues generó consecuencias más severas que una sugerencia de reordenación de cláusulas cuando, por la sola vía administrativa, desconoció los efectos propios de una convención lícita, provocando su extinción.

(...) toca en este punto la cuestión debatida el principio de legalidad, uno de los de mayor trascendencia en el Derecho Público y que determina la actividad del Estado, de acuerdo al cual ésta debe sujetar su quehacer a las prescripciones del ordenamiento positivo, directriz que se plasma dentro de nuestra normativa institucional en los artículos 6 incisos 1° y 2° y 7 incisos 1° y 2° de la Constitución Política de la República, como también en el artículo 2° de la ley N°18.575. Así, los órganos del Estado, como lo es ciertamente el reclamado en esta litis, sólo actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley.

(...) adolecen de la misma falta de sustento legal, por tanto, las infracciones establecidas sobre la base de la inteligencia de los instrumentos que ligan a dos empresas y los trabajadores de una de ellas, en el marco de la prestación de servicios en régimen de subcontratación, cuando dicha labor, como se dijo, desbordó los márgenes de situaciones de quebrantamiento a las normas laborales manifiestas, claras, precisas y determinadas, es decir, se desplegó en un ámbito que le era ajeno y proscrito al órgano administrativo. Carecen también de todo respaldo normativo, desde que subyace en ellas la ignorancia de los instrumentos que rigen a las partes de acuerdo a su manifestación de voluntad y la preceptiva laboral vigente, los que si bien pueden generar controversia en su hermenéutica y aplicación, debe ser resuelta dentro del procedimiento que el legislador contempla seguir para dilucidarla, por el tribunal competente...”²²⁸

La posición señalada ha sido evidenciada en una sentencia del año 2009. En dicho fallo, la Corte sostiene:

“...la regulación impuesta por la Ley N° 20.123, de 16 de octubre de 2006, ya ha sido motivo de examen doctrinario y de críticas, siendo la principal de ellas la circunstancia de constituir "una traba, sobre una decisión empresarial perfectamente lícita -la descentralización productiva-, lo cual resulta difícilmente conciliable con las garantías que ampara nuestra Constitución económica, tanto más que no se ven razones sólidas

²²⁸ Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo, causa Banco de Chile – Dirección del Trabajo, causa rol 7563-2009. Sentencia de fecha 14-1-10. [en línea] <http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAANAACTgeAAJ&consulta=100&causa=7563/2009&numcua=1749&secre=UNICA> (Fecha de consulta:10-9-10).

que lo justifiquen" ("Subcontratación. Régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal". Claudio Palavecino. Editorial Jurídica de Chile. Año 2006), atribuyéndole conspirar contra el imperativo de eficiencia y racionalidad en la utilización de los recursos objetivado por dicha fragmentación, desconcentración o descentralización productiva, necesarios en la presente época en que nos encontramos inmersos en la globalización, en la tecnología y en la informática y en la cual resulta esencial la adopción de las nuevas formas de trabajo y de contratación por parte de la empresa para los efectos de su sobrevivencia en un mercado competitivo en extremo y donde los requerimientos de la sociedad actual en relación con nuevos y mejores bienes de consumo es cada vez más rigurosa y diversa, considerando, además, a la empresa como ente protagónico en el progreso y desarrollo económico y social...²²⁹

Lo expuesto por el máximo Tribunal ahorra todo comentario. Sin perjuicio de ello expondremos lo que, valga la redundancia, fue puesto en evidencia con dichas palabras. Nuestra Corte participa mayoritariamente de cierto ideario análogo al creador de la Constitución Política de 1980 y, por ende, muy proclive a la libertad empresarial. Por ende, entendible es que la legislación sobre subcontratación le parezca, como al autor por la sentencia citado, un entramamiento arbitrario a la libertad y desarrollo empresariales, pese a que se trata de una legislación insólitamente obvia en países desarrollados democráticos. Al menos el mismo fallo luego razona de un modo más proclive al trabajador al señalar lo siguiente:

"...perjudicial o benéfica, la regulación de que se trata ha nacido a la vida jurídica y a ella corresponde estarse, sin poder desconocer que dicho surgimiento obedece, en general e históricamente, a prácticas aviesas que conducen a la transgresión o desconocimiento de las garantías fundamentales, tuteladas desde antaño e inherentes a las personas y sólo reconocidas, en ningún caso creadas, por los diversos ordenamientos jurídicos, los que si bien pueden incurrir en algún exceso, han de entenderse en su finalidad de paz y seguridad sociales, indispensables de resguardar en un estado de derecho en el cual deben ser considerados todos sus involucrados y no sólo algunos de ellos y en los que también habrá de preferirse determinados bienes jurídicos por sobre otros, atendida su trascendencia y en que, finalmente, los sujetos deben ejercer sus derechos dentro del marco de la legalidad vigente..."²³⁰

Sin embargo, ha habido ciertas excepciones, en las que la Corte Suprema ha considerado legítima la actuación del órgano fiscalizador, rechazándose en ciertos casos la acción constitucional deducida. La base de tal argumento se encuentra en que, precisamente, el actuar de la Dirección en esos casos no implicó la calificación

²²⁹ Corte Suprema, causa rol 6869 – 2009, caratulada Arias Pfeng, Víctor Alfonso y otros – Jean Piero Cánepa Madariaga EIRL y otro. Sentencia de fecha 24-11-9. [en línea] <http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAANAACuUuAAB&consulta=100&causa=6869/2009&numcua=41057&secre=UNICA> (Fecha de consulta: 10.9.10).

²³⁰ ²³⁰ Corte Suprema, causa rol 6869 – 2009, caratulada Arias Pfeng, Víctor Alfonso y otros – Jean Piero Cánepa Madariaga EIRL y otro. Sentencia de fecha 24-11-9. [en línea] <http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAANAACuUuAAB&consulta=100&causa=6869/2009&numcua=41057&secre=UNICA> (Fecha de consulta: 7-10-10).

jurídica de hechos por ella ponderados, sino que se trató de una simple constatación de ellos. Así, la Corte Suprema razonó en una causa lo siguiente:

"...de los antecedentes del recurso, aparece claramente que una fiscalizadora, cumpliendo su labor dentro de un proceso de fiscalización de la Inspección del Trabajo, constató situaciones objetivas, como lo es, que de conformidad a los documentos de fojas 46 y 52 los trabajadores Sres. Castro y Alcayága se comprometieron para desempeñar para la empresa Guard Service Ltda las funciones de Cajero Atención Público, según allí se indica, en las instalaciones de CONAFE, Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica, en virtud del contrato de prestación de servicios que se especifica; que según la respectiva cláusula segunda de dichos documentos, a tales trabajadores les estaba prohibido constituir vínculo de subordinación o dependencia laboral con CONAFE; que en la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios -fojas 58- se describe el servicio de recaudación como aquél que consiste en recibir pagos de cuentas de clientes de CONAFE en centros de atención al cliente o de pago; que la calificación de la idoneidad de la prestación de servicios está entregada en forma exclusiva a CONAFE; que ambos trabajadores se desempeñaban además como supervisores de otros cajeros en las dependencias de CONAFE; que rendían cuenta del arqueo y de cualquier problema que surgía al Jefe de Clientes de CONAFE, Sr. Juan Pérez Ramírez; y que la fiscalización duró varios días (...) del mérito de la referida situación fáctica, debe concluirse que la autoridad recurrida se limitó a constatar una situación de hecho como lo es el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 183-A, por lo que no vulneró la ley ni incurrió en arbitrariedad al imponer las sanciones que se han reprochado. En efecto, dado que actuó en el marco de una fiscalización para la cual está expresamente facultada, y luego de constatar hechos concretos, su consecuencia o interpretación no la practica dicha entidad recurrida, sino que la ley, asignándole a la empresa recurrente la calidad de empleadora de los trabajadores Sres. Castro y Alcayága. De ello necesariamente se colige que la autoridad se limitó a fiscalizar el cumplimiento de la ley, como corresponde a su función, sin que pueda entenderse que su actuación importe atribuirse una actividad jurisdiccional, contrariamente a lo que sostiene la empresa recurrente..."²³¹

LIZAMA destaca que esta doctrina lo que quiere decir es que los inspectores del trabajo sólo son competentes para imponer una sanción en un caso de isomorfia, es decir, cuando existe una correspondencia exacta entre la norma y el acontecimiento. Esta situación no amerita interpretación alguna por parte del órgano fiscalizador y, de acuerdo con la Corte Suprema, es el único caso en que cabría aplicar una decisión por su parte. Por ende, determinar la calidad de empleador sólo le compete a los Tribunales de Justicia, según dicha posición, ya que tal determinación implicaría una interpretación al atribuir significado jurídico existiendo duda acerca del campo de aplicación de una norma. LIZAMA advierte que ello implica una visión estricta de la interpretación, ya que se plantea que ésta se configura sólo en caso de duda acerca de la aplicación de un enunciado jurídico en un caso práctico. Ello conlleva que en

²³¹ Corte Suprema, Cía. Nacional Fuerza Eléctrica – Inspección Provincial del Trabajo La Serena. Causa rol 3478 – 2007. Sentencia de fecha 27 – 09 – 07. [en línea] <http://www.poderjudicial.cl/modulos/BusqCausas/BCA_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAALAABU1YA AE&consulta=100&causa=3478/2007&numcua=24764&secre=UNICA> (Fecha de consulta: 23-10-10).

caso de que un supuesto fáctico satisface evidentemente la hipótesis normativa, es decir, de manera indudable, no existiría interpretación por parte del órgano fiscalizador. Con tal criterio, la Corte Suprema ha considerado que la Inspección del Trabajo no se constituye en comisión especial cuando constata que no se han cumplido los requisitos legales para el trabajo en régimen de subcontratación establecidos en el artículo 183-A del Código del Trabajo, por ejemplo. Se trata de situaciones de hecho, objetivas y evidentes, respecto de las cuales la Inspección del Trabajo se limita a aplicar la ley.

En esta sede LIZAMA, acertadamente, detecta la incongruencia del criterio de la Corte, ya que por un lado se cuestiona la actuación de la Inspección del Trabajo al definir la calidad de empleador de un sujeto –la cual en tanto relación laboral se define a través de “indicios”, tales como el cumplimiento de un horario o la subordinación a órdenes- y, por el otro, considera objetiva la constatación del cumplimiento de los requisitos para configurar el régimen de subcontratación, uno de los cuales es la subordinación o dependencia del trabajador respecto de la empresa contratista. Esta incongruencia lleva al autor en comentario a plantear que, en verdad, el criterio que la Corte Suprema ha seguido ha sido el de considerar arbitrarias e ilegales las actuaciones del Inspector del Trabajo cuando éstas no han sido parte de un procedimiento complejo de análisis de antecedentes o, como lo denomina este autor parafraseando al mismo órgano jurisdiccional, un “procedimiento extenso”. En otras palabras, como la definición de si existió una duda resuelta por la Inspección del Trabajo acerca de una definición jurídica, valga la redundancia, se presta para dudas, el criterio final que utiliza la Corte para definir aquella duda es la manera como el organismo ejerció la facultad fiscalizadora.²³² La conclusión de LIZAMA tiene bastante sentido tomando en cuenta lo razonado en el último de los fallos citados, así como en uno citado por él, cuyo texto, en lo medular, señala:

“la fiscalización llevada a efecto por la Inspección, se verificó en un procedimiento extenso, en el cual el Inspector del Trabajo respectivo constató una serie de hechos, como son los indicados en el anexo de fojas 60, el cual da cuenta que en la sucursal de la empresa VTR Globalcom S.A. de la ciudad de La Serena, se desempeñan dos personas como cajeros, los cuales mantienen contratos suscritos con la empresa ‘Servicios Prosegur Ltda.’, y quienes efectúan labores de recaudación de valores originados en el pago de servicios otorgados por VTR a diversos usuarios”.²³³

²³² LIZAMA, Luis. La Corte Suprema y el ejercicio de las facultades de los Inspectores del trabajo en la ley de subcontratación: Una doctrina y dos consecuencias jurídicas posibles. Revista Estudios Laborales N° 2. 2008. Pág. 97 y ss.

²³³ Corte Suprema, causa rol 3323 – 2007, caratulada “VTR Globalcom S.A. con Inspección Provincial de La Serena, sentencia citada por LIZAMA, Luis. La Corte Suprema y el ejercicio de las facultades de los

Esta diferencia de criterios de la Corte Suprema, bien explicada por el autor ya citado, no puede dejarnos indiferente. Se han planteado otras explicaciones, útiles como complemento de lo ya señalado. En esa línea se ha sostenido que un buen grado de responsabilidad le cabe a la misma Dirección del Trabajo, quien no fue lo suficientemente prolija y acuciosa en las fiscalizaciones que efectuó a las grandes mineras. También se ha planteado que se trata de un problema general de la Corte Suprema, la que en casos aislados puede fallar a favor de un trabajador, pero que en casos de importancia como los expuestos -que pueden involucrar a miles de trabajadores- prefiere mantener un criterio tradicional que no genere consecuencias de dimensiones tal vez impensadas a un nivel económico y político en el país. Otra línea explicativa advierte el escaso grado de especialidad en materia de derecho del trabajo de las tercera y cuarta sala de la Corte Suprema, cuyos integrantes son especialistas en otras áreas del derecho.²³⁴

Independiente del motivo de estos adversos, pero también en algún sentido contradictorios fallos, la consecuencia es evidente: la desprotección de miles de trabajadores que creyeron que con la Ley 20.123 iban a dejar de pertenecer a la “segunda clase” de las empresas. Y esto, porque las sentencias contrarias a la Dirección del Trabajo atañen a grandes empresas, los fallos afectan a un gran y creciente número de trabajadores. Unido a ello, se presenta la interrogante obvia. Si no es la Dirección del Trabajo el órgano capacitado para determinar la existencia de una relación laboral y sólo son competentes al respecto los Tribunales de Justicia: ¿qué vía queda a los trabajadores para aspirar a la modificación del *status quo* en sus condiciones laborales? Patricia Silva, ex Directora del Trabajo, señala:

“ ‘la judicialización en materia de subcontratación se entabla con una relación laboral vigente a diferencia de otras reclamaciones judiciales, en que se discuten asuntos referidos a una relación laboral ya terminada -como la legalidad de un despido o la procedencia de indemnizaciones’. Por lo tanto, ante un fallo adverso, los trabajadores ‘quedan expuestos a represalias, sin ningún tipo de fuero. Estos fallos precarizan el empleo, ponen a los trabajadores en riesgo de ser despedidos’.²³⁵

Inspectores del trabajo en la ley de subcontratación: Una doctrina y dos consecuencias jurídicas posibles. Revista Estudios Laborales N° 2. 2008. Pág. 97 y ss.

²³⁴ MATUS, Alejandra. Las dos almas de la Corte Suprema. [en línea] <www.alejandramatus.cl> (Fecha de consulta: 13-11-10).

²³⁵ MATUS, Alejandra. La Suprema se sienta en la Ley de Subcontratación [en línea] <www.alejandramatus.cl> (Fecha de consulta: 13-11-10).

La situación es difícil, considerando además que las demandas que los trabajadores eventualmente presenten son de lenta tramitación en comparación con los recursos de protección a los que han acudido las empresas para anular el campo decisorio de la Dirección del Trabajo:

“Es mucho tiempo, considerando que el trabajador puede ser despedido al día siguiente de presentar la demanda”, afirma Silva. “El otro día yo les pregunté a los senadores autores de esta ley, si pensaron, si quiera (sic) de manera inconsciente, que los trabajadores iban a tener que exigir el cumplimiento de la ley de a uno, ante los tribunales. No hubo respuesta, pero quedaron preocupados. Estoy segura de que ese nunca fue el espíritu de la ley’ ”.²³⁶

Sin perjuicio de ello, es menester tener en cuenta que el propio legislador intentó evitar este problema en la consagración explícita de las facultades fiscalizadoras que otorgó a la Dirección del Trabajo en el artículo 183-G. Dicha norma señala:

“Artículo 183-G.- La Dirección del Trabajo fiscalizará el cumplimiento de las normas de este Párrafo 2º en el o los lugares de la prestación de los servicios, como en la empresa de servicios transitorios. Asimismo, podrá revisar los contenidos del Contrato de Servicios Transitorios, o puesta a disposición, entre ambas empresas, a fin de fiscalizar los supuestos que habilitan la celebración de un contrato de trabajo de servicios transitorios.”

En esa línea, LIZAMA y UGARTE reparan en la curiosidad de exigir la constatación de hechos evidentes por parte de la Dirección del Trabajo, ya que lleva al absurdo de que siempre que la parte fiscalizada discuta la existencia de la infracción se tratará de un asunto controvertido en el que la Dirección, por ende, no puede intervenir administrativamente.

El mismo UGARTE llama a este criterio la “flexibilidad laboral de los jueces” a la hora de calificar la subordinación laboral determinada por la Dirección del Trabajo en su legítimo procedimiento de fiscalización. Esto, también en el contexto de la elusión de la calidad de empleador ya no mediante la figura de la externalización de trabajadores o la atomización de empresas, sino que revistiendo el vínculo de un carácter civil o mercantil (la otra posibilidad de fraude a la ley laboral dada por los contratos “a honorarios”, hipótesis aludida en la introducción a esta obra). En tal sede la doctrina de la Corte Suprema es la misma e incluso ha introducido la figura civil de los “actos

²³⁶ MATUS, Alejandra. La Suprema se sienta en la Ley de Subcontratación [en línea] <www.alejandramatus.cl> (Fecha de consulta: 13-11-10).

propios” para sancionar a los trabajadores que accedieron al trabajo nominal bajo tales regímenes extra-laborales.²³⁷

Sin duda, se trata nuevamente de un criterio discutible de la Corte Suprema que nos permite dimensionar la magnitud del problema de la elusión de las normas laborales por parte de los empleadores, y que, volviendo a nuestro objeto de estudio, en la práctica ha implicado la ineficacia de la Ley 20.123 y de todo el entramado normativo consagrado para proteger al trabajador de las violaciones a sus derechos en el marco de la desnaturalización de la calidad del empleador. Por ende, si bien pueden reconocerse avances, es menester denunciar que los problemas que fundaron la dictación de la Ley 20.123 lejos de acabarse continúan y con una particular refrendación por uno de los poderes del Estado.

CONCLUSIONES

El derecho laboral vive un período difícil. Si al momento de su surgimiento era evidente la necesidad de regular los abusos cometidos contra los trabajadores en el contexto de una producción industrializada cada vez más masiva, en la actualidad los cambios en la economía y en el contexto internacional han generado la existencia de ciertas voces que cuestionan la necesidad de que el Estado intervenga mediante el derecho del trabajo regulando relaciones que, según dichas visiones, debieran estar dejadas al arbitrio de los particulares. Se señala, en tal línea, que la globalización y el desarrollo económico han provocado la necesidad de que las empresas sean altamente adaptables a los cambios habituales y, a veces, dramáticos, que sufre el mercado. La velocidad de los acontecimientos en los tiempos actuales es diametralmente opuesta a la de la era industrial contexto de surgimiento del derecho laboral. Todo ello llevaría a una necesidad de la flexibilización de la legislación y, por ende, de los vínculos laborales.

Se ha cuestionado incluso la vigencia real en la actualidad de la subordinación y dependencia, concepto eje del derecho laboral y base de la relación laboral. Se aduce que la mayor calificación y especialización de los trabajadores ha aumentado su autonomía y capacidad decisoria. Ello tornaría injustificada la protección que el

²³⁷ UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007. Pág. 68 y ss.

derecho laboral ha otorgado históricamente al trabajador, bajo el supuesto de que se trata de la parte débil en un vínculo jurídico asimétrico en el que el empleador es el componente económicamente poderoso y quien impone las condiciones al trabajador.

Quienes cuestionan la vigencia del derecho laboral abogan por la flexibilización de los vínculos y el aumento de los espacios de libertad para los particulares. Algunos más, otros menos, todos comparten la conclusión de que el contexto actual no permite una regulación estricta porque aquello lo único que logrará es frenar el crecimiento de las entidades productivas y, con ello, de la economía en su totalidad. Por ende, el derecho laboral sería un obstáculo para el desarrollo y el crecimiento de los países.

Luego de la investigación realizada podemos discrepar abiertamente de dicho criterio. En esta exposición hemos revisado la realidad actual de las condiciones del trabajo en Chile y lo cierto es que los trabajadores altamente calificados son un porcentaje pequeño dentro del gran universo de trabajadores. Por ende, la asimetría entre el trabajador y el empleador se mantiene de modo patente. Además y, conteste con las conclusiones que la doctrina especializada ha expuesto al respecto, el derecho del trabajo no sólo tiene por objeto corregir la asimetría entre los trabajadores y los empleadores, sino que además tiene un componente importante de herramienta jurídica garante de la paz social, en tanto concilia intereses opuestos que, de no existir coto al arbitrio de los particulares –o sea, de los empleadores, teniendo en cuenta que la asimetría persiste- podrían generar una crisis social.

Lo cierto es que, independiente de la opinión que se tenga acerca de la necesidad de regulación mediante el derecho del trabajo en la actualidad, ha ocurrido, en los hechos, un repliegue del campo de protección de dicha disciplina, dada por la mayor flexibilización que las empresas han desenvuelto en la práctica aprovechando campos no normados por el derecho laboral. Junto con ello, una especial forma de liberalizar las relaciones laborales ha ido creciendo exponencialmente durante las últimas décadas, y ésta es la externalización de trabajadores.

Las empresas, en su diseño actual, distan antagónicamente del modelo fordiano vertical fuertemente jerarquizado base de los orígenes del derecho laboral como disciplina independiente. Actualmente, el paradigma es una red, lo que ha implicado una mayor especialización e interdependencia horizontal de las áreas. Esto ha llevado a la práctica de la externalización que, a su vez, es una manifestación de la flexibilidad laboral en términos generales.

Por su parte, el afán de flexibilidad de las empresas y su consecuente deseo de eludir la vigencia de la legislación laboral con el objeto de tener mayor grado de libertad en cuanto a las condiciones a ser impuestas a los trabajadores, ha llevado a dos modalidades básicas de fraude a la ley laboral. En primer lugar se encuentra la suscripción de contratos “a honorarios” con el objeto de que el vínculo laboral se rija por la legislación común. En segundo término y manteniéndose en sede laboral, se elude la calidad de empleador otorgándosela a otro sujeto, quien será nominalmente empleador y, por ende, será el obligado al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a favor de los trabajadores. Dicha hipótesis, llamada por nosotros de desnaturalización de la calidad de empleador, ha sido el objeto central de este trabajo.

El fraude por desnaturalizar la calidad del empleador se sancionó por primera vez con la Ley 19.250 y la Ley 20.123 fue un nuevo antecedente legislativo digno a tener en consideración. Dicha ley reguló el régimen de trabajo en subcontratación y suministro de trabajadores, dos formas de externalización laboral. Como planteamos al inicio de este trabajo, esta norma es muy importante al ser la externalización de trabajadores el escenario paradigmático de elusión formal de la calidad de empleador.

Ambas modalidades de externalización se explican en la misma necesidad ya expuesta de disponer más libremente del recurso humano en el contexto de adaptabilidad permanente a los cambios en los mercados que las empresas deben desarrollar. En nuestro sistema jurídico la subcontratación, fenómeno de origen histórico inmemorial, aunque acotado a ciertas áreas –como la construcción- se encontraba escasamente regulada, en cambio el suministro carecía de licitud sin perjuicio de que en la práctica hubiera ocurrido mediante conductas fraudulentas carentes de sanción expresa.

La necesidad de regular ambas modalidades radica básicamente en que dichas formas de externalización pueden ser muy útiles para la adaptabilidad de las empresas, sin embargo también implican una precarización del empleo dado que conllevan un trato desigual a los trabajadores mediante el permanente menosprecio de las condiciones de los trabajadores tercerizados; a su vez, pueden encubrir un afán de ocultamiento de la calidad de empleador de una entidad, eludiéndose, con ello, derechos de los trabajadores.

Nuestra legislación, silente ante la creciente manifestación del trabajo externalizado y la consecuente masificación de las relaciones laborales triangulares, sí se pronunció respecto del fraude a la ley laboral, sancionando la simulación de subcontratación o los subterfugios de las empresas que produzcan un daño a los derechos de los trabajadores. La norma iba en dirección correcta, pues la desregulación de las relaciones triangulares sin duda se prestaba para abusos por parte de ciertos empleadores que, aprovechando la precarización propia de la desnaturalización de la calidad de empleador, utilizaban dichas herramientas para eludir obligaciones laborales y previsionales.

Y pese a que en el derecho comparado poco a poco se zanjaba el tema de las relaciones triangulares con sendas legislaciones en diversas líneas, en Chile el problema de la subcontratación se hacía patente con las movilizaciones de los trabajadores subcontratados del cobre, quienes ponían en evidencia las injusticias que el trabajo en dicho régimen generaba. Esto, ya que si bien su fundamento sería hacer más eficiente las tareas de las distintas industrias, en la práctica la tercerización también se ha prestado para contratar trabajadores a través de empresas de papel, que sólo sirven de cobertura a condiciones laborales precarias.

En tal contexto surge la Ley 20.123, la cual se planteó solucionar los problemas generados por la subcontratación y la regulación, además, del suministro de trabajadores. Además, dicha legislación delimitó la concepción de fraude a la ley laboral en el contexto de la externalización surgiendo hipótesis claras de cesión ilegal de trabajadores que engrosaron el ámbito de protección normativo ya existente con el artículo 478 de aquella época, 507 en su texto actual, que consagra los ilícitos de simulación y subterfugios ya reseñados.

Dicha ley, como fue expuesto en este trabajo, concitó un amplio debate dado que evidenciaba la gran diferencia de criterios entre los trabajadores, afectados por los abusos de la externalización, y los empleadores y empresarios, quienes, contestes con la visión favorable al libre arbitrio de los particulares en estas materias ya enunciada, estaban a favor de la libertad empresarial para contratar trabajadores a través de terceros dados los aportes que la subcontratación y el suministro implicarían para el desarrollo de una empresa. Finalmente, la ley se aprobó, aunque con un detalle básico que no fructífero debido a la oposición de ciertos parlamentarios que derivó en el rechazo por el Tribunal Constitucional de una de sus disposiciones: una nueva

definición de empresa, más amplia que la existente en nuestra legislación y que con su frase “dotada de una individualidad legal determinada” ha provocado que se considere a una empresa en base a su forma jurídica, lo que ha llevado a no reconocer en los grupos de empresas relacionadas a un solo empleador, salvo ciertos fallos alentadores en tal línea relativos a derechos individuales de los trabajadores.

Con tal falencia se aprobó esta ley, y este trabajo se ha planteado el objetivo de evaluar la situación del abuso empresarial a la luz de la nueva legislación, en ese sentido, cabe concluir qué papel ha tenido la Ley 20.123 respecto del fraude a la ley laboral dado en el contexto de la externalización de trabajadores y la fragmentación de empresas.

Podemos concluir de acuerdo a lo investigado que la nueva legislación ha sido favorable en diversos sentidos, aunque insuficiente. En primer lugar, el establecimiento de la responsabilidad solidaria del empresario principal ha incrementado las posibilidades de obtener efectivamente en juicio las prestaciones laborales correspondientes por parte de los trabajadores. Esto, ante la posibilidad de insolvencia o desaparición de los contratistas. Ahora los trabajadores pueden demandar directamente a la empresa principal y no deben pasar por un juicio previo contra la contratista como en la anterior legislación. Además, el empresario principal puede resguardarse y evitar la responsabilidad solidaria si ejerce los derechos que la ley le ha otorgado para fiscalizar y posibilitar el cumplimiento de las prestaciones laborales por parte de la contratista. Ello incentiva al empresario principal a ser diligente y a tener una visión más amplia de control sobre la totalidad de sus procesos productivos. Junto con ello, se responsabiliza directamente a dichas empresas en cuanto a seguridad e higiene, lo cual ha conseguido mejorar las condiciones de trabajo en dicho ámbito de muchos trabajadores que, antaño, eran discriminados incluso respecto a tales esenciales materias.

Tales son los principales aportes de la Ley 20.123, que, según nuestra investigación, hemos constatado se han producido. Por otro lado, hay situaciones que mejoraron, aunque parcialmente. En tal línea, la Ley 20.123 ha favorecido a los trabajadores suministrados, quienes pasaron de ser sujetos de una actividad ilícita y carente de mayor control por parte de la autoridad a protagonizar un régimen regulado acuciosamente, tanto en cuanto a su contenido como duración. Además, las Empresas de Servicios Transitorios, empresas intermediarias en la colocación, pero empleadoras de los trabajadores suministrados de acuerdo a la ley, deben formar parte de un

registro público que ayuda a evitar la proliferación de empresas colocadoras de dudosa fiabilidad. Sin embargo, un problema en esta área es que la inscripción en el registro es obligatoria, pero carece de sanción para las Empresas de Servicios Transitorios que no la realicen, lo que ha producido que en ciertas sensibles áreas laborales como la agricultura, empresas carentes de sustento legal han contratado a temporeros irrespetando sus derechos laborales para desaparecer y eludir toda fiscalización.

Otras disposiciones favorables de la nueva ley apuntan a evitar la tercerización mediante la creación de empresas colocadoras ad-hoc, al prohibirse la ligazón jurídico – económica entre la EST y la empresa usuaria y al limitar el giro de la EST exclusivamente al suministro temporal de trabajadores.

En el terreno de la subcontratación, en cambio, poco aporte ha sido la Ley 20.123. Esto, pues la idea de eliminar a los trabajadores de primera o segunda categoría no se tradujo en normas eficaces en tal sentido. La ley no reguló ni la equiparación salarial – al mismo trabajo, mismo sueldo- ni limitó las áreas de la empresa en las que puede subcontratarse trabajadores. Así, en la práctica continúan miles de trabajadores siendo discriminados trabajando en el ámbito principal de operación de una empresa –cajeros en un banco, técnicos en la minería, vendedores en una tienda-. De acuerdo con los fundamentos de eficiencia y desarrollo de la subcontratación no existiría justificación de subcontratar trabajadores en el área central de una empresa, sino sólo en áreas aledañas de su gestión, que hagan ineficiente la contratación permanente de trabajadores.

Por ende, como los mismos trabajadores señalan, la Ley 20.123 todo lo que limita en el suministro de trabajadores lo permite en la subcontratación, con lo que la discriminación entre trabajadores internos y externos persiste sin modificación.

Además la ley no otorgó herramientas eficientes para que los trabajadores externos ejercieran sus derechos sindicales respecto de la empresa usuaria, con lo que más se dificulta un acceso igualitario por parte de ellos a ciertas condiciones de trabajo que benefician a los trabajadores de planta.

Este trabajo se planteó como problema central la infracción a los derechos de los trabajadores mediante la desnaturalización de la calidad de empleador de un sujeto

con la consecuente elusión de las acreencias que, en tal sentido, el trabajador legítimamente ostente.

Dicha violación a la realidad material del empleador se relaciona fuertemente con el concepto de fraude a la ley laboral. Respecto a esta específica forma de fraude, como vimos en este trabajo, su concepto abarca todos los casos en que, so pretexto de cumplir una norma legal, paralelamente se elude otra norma de carácter laboral. Por ende, el fraude a la ley laboral supone una conducta humana elusoria de ley, una norma legal aplicada de cobertura y una norma legal -o principio- de naturaleza laboral paralela y solapadamente infringida. La Ley 20.123 fue un aporte al menos en la teoría, siguiendo la senda iniciada por la Ley 19.250, en el año 1993, creadora de los ilícitos de simulación y subterfugios analizados en este trabajo. Si evaluamos la situación desde la perspectiva que, previo a aquella ley no existía regulación alguna frente al fraude a la ley laboral por el suministro ilegal de trabajadores, es posible sostener que en veinte años la situación ha mejorado ostensiblemente, sobre todo luego que la Ley 19.759 hiciera más eficiente dicha norma. Sin embargo había aspectos que mejorar y en ese sentido surgió la Ley 20.123, cuyo aporte más visible es la consagración expresa, por primera vez, de la figura de fraude a la ley laboral por el suministro ilegal de trabajadores. Esta ley, al establecer un marco legal respecto de las formas de externalización de trabajadores, permite definir con precisión todo caso en que el suministro tornará en ilegal, bastando para ello la actuación fuera de los márgenes que la ley presupone para la configuración de dichos regímenes. Además, en ciertos casos, existirá una sanción de multa especial además de la sanción básica que, en el nuevo régimen legal es la imputación de la calidad de empleador al autor de dicha infracción. Ciertamente esta sanción es notablemente más eficaz que la mera multa que, como vimos en este trabajo, es asumible como un costo por el empleador, conveniente si el beneficio que irroga la falta es superior.

Si bien la Ley 20.123 ha sido un aporte en cuanto a la delimitación final de las hipótesis de suministro ilegal de trabajadores –y, en tanto se trate del uso de una norma legal para encubrir la infracción de otra, de fraude a la ley laboral- existen variadas falencias en su aplicación que fueron detectadas durante este trabajo.

El problema básico, que ha transformado esta ley en una norma ineficaz, es el repetido criterio de la Corte Suprema, quien en sendos fallos ha declarado la incompetencia de la Dirección del Trabajo para definir la procedencia del régimen de trabajo en subcontratación o suministro y, de proceder, la existencia de una simulación

o pseudo subcontratación. El argumento vertido al respecto es la improcedencia de la calificación de una relación laboral, labor jurídica que lleva inmerso un proceso de interpretación para el cual sólo está facultada la sede jurisdiccional y no la administrativa. Ello ha dejado de manos atadas a la Dirección del Trabajo, quedando sólo la posibilidad de los trabajadores de demandar directamente en Tribunales el reconocimiento de su verdadera relación laboral, situación de ocurrencia ilusoria considerando las posibilidades de represalia que pueden ocurrir en contra del trabajador que en tal sentido actúe. Por ello, la posibilidad real será la demanda terminada la relación laboral, burlándose en el tiempo intermedio una serie de derechos cuya protección quedó en la mera teoría.

Como analizamos durante este trabajo, la Corte Suprema comete el error de creer que la Dirección del Trabajo sólo puede constatar hechos y ello significaría la correspondencia exacta entre la norma y el escenario fáctico. Ello implica que si existe un desacuerdo por parte del empleador respecto de tal correspondencia la controversia implicaría que la resolución del organismo público implicaría ya una interpretación que excede los márgenes de competencia que dicha repartición tiene conferidos. Por su parte, este error conceptual se agrava con la resolución, en ciertas situaciones análogas a las que fundan resoluciones contrarias, a favor del actuar del organismo público, lo que coincide, como vimos, con casos en que la fiscalización del órgano fue más pormenorizada y los antecedentes que acreditaban la relación laboral entre la empresa infractora y el trabajador externo eran bastantes como para no generar dudas acerca de su existencia en la Corte Suprema.

Ello nos lleva a concluir tres cosas distintas. En primer lugar, la Corte identifica la constatación de hechos con el aporte de una gran cantidad de antecedentes que hagan evidente la falta. En segundo lugar, es posible concluir que la Corte, pudiendo aplicar esta línea pro fiscalizadora no lo hace de modo masivo ante la debacle que dicha masividad pudiera provocar en el mundo empresarial. En otras palabras, la mayor viabilidad política de un criterio estricto frente a la actuación de la Dirección del Trabajo. Por ello, sólo lo permite en casos aislados cuyos presupuestos son más evidentes, pero no diversos que en los casos que lo prohíbe. Finalmente, es posible concluir que existe un grado de responsabilidad en la Dirección del Trabajo, cuyas fiscalizaciones han pecado de ser poco acuciosas, sin prever que las facultades que expresamente la ley le ha otorgado a dicho organismo serían impugnadas por el Máximo Tribunal.

Otra hipótesis de fraude a la ley laboral es la conducta empresarial de subterfugios para fragmentar una empresa, erosionando derechos de los trabajadores. Esto no ha ocurrido básicamente por la falencia del precepto consistente en su redacción, que lleva a concluir que su sanción es sólo impetrable por la vía judicial. Sin embargo, la Corte Suprema también ha mermado el campo de aplicación de este precepto, dado que ha fallado respecto de dicho ilícito que es menester para su configuración la existencia de un elemento subjetivo que la doctrina en general no exige para los casos de fraude a la ley laboral. En esta línea, claramente se trata de un caso de fraude a la ley laboral en el que la sanción se justifica por la sola violación al ordenamiento jurídico laboral. Sin embargo, la Corte no lo ha entendido exactamente de tal modo, exigiendo que exista una intención de eludir derechos de los trabajadores, es decir, un vínculo subjetivo entre la conducta de subterfugio y el resultado dañoso para el trabajador, lo que a nuestro juicio veta injustificadamente el campo de aplicación del ilícito dada la dificultad de probar dicha disposición personal.

Una eventual manifestación de los subterfugios es el muy en boga término “multirut”, que alude a las grandes empresas que se fraccionan en una serie de pequeñas unidades distintas con el objeto de obtener ventajas tanto tributarias como laborales. Dicha modalidad de funcionamiento de las empresas bien puede coincidir con la hipótesis de los subterfugios del artículo 507 del Código del Trabajo, aunque dicha identidad no es necesaria, por ello la consideramos eventualmente manifestación de ella, en tanto dicha fragmentación menoscaba derechos de los trabajadores de modo efectivo y, agregando el criterio que ha evidenciado la Corte Suprema, exista un afán elusorio de derechos laborales y previsionales por parte del empleador.

Pese a que puede o no calificar en el ilícito del artículo 507 del Código laboral, dicha minimización en varias unidades pequeñas erosiona la capacidad negociadora de los sindicatos y reduce los patrimonios que responden de las obligaciones laborales y previsionales de las que los trabajadores son acreedores. Dicho fenómeno se ha masificado intensamente en el ámbito del *retail* y es una manifestación del problema central de los grupos de empresas y el deficiente concepto legal de empresa que la Ley 20.123 no pudo modificar.

Hay dos perspectivas de solución que bien pueden ayudar a mitigar el daño a los trabajadores que esta dinámica genera. En primer lugar, el repliegue voluntario de dichas conductas en el contexto de mejorar la imagen de las empresas y que ya ha

ocurrido al menos con la cadena de supermercados que más abusaba de dicha práctica. En segundo término, y de modo más eficiente que aquello, se encuentra la modificación legal que amplíe el concepto de empresa para incluir a los multirut en la categoría de gran empresa para efectos laborales.

En esta línea, como bien la investigación doctrinaria nos mostró, el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impugnado la modificación al concepto de empresa por el proyecto de la Ley 20.123 es la oportunidad de plantearse la legitimidad de este cambio, desde que su impugnación fue meramente formal.

Junto con todo lo expuesto está el factor, a nuestro juicio, más importante para solucionar el problema que, podemos concluir luego de esta investigación, continúa pendiente para los trabajadores víctimas de la externalización y la fragmentación de empresas. Dicha herramienta es la negociación de los sindicatos, y la apertura de vías de comunicación sindical respecto de los trabajadores suministrados o subcontratados. Creemos que esa es la reforma que más aportaría en este sentido, ayudando no sólo en el problema que la subcontratación y el suministro han generado en los trabajadores –y la consecuencia ineficacia de la ley 20.123- sino que también tratándose de un aporte para el caso de trabajadores que, sin participar del régimen de subcontratación o suministro son víctimas de los subterfugios empresariales o, derechamente, son trabajadores de una empresa “multirut”. La mejora en las condiciones de negociación y la permisión de participación de trabajadores que ahora están restringidos en dicho ámbito permitiría morigerar en parte el daño a los trabajadores provocado por el abuso empresarial que, como podemos concluir, sigue ocurriendo no vislumbrándose un fin de aquellas conductas en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA.

a. Obras.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio. Curso de Derecho Civil. Parte General. Tomo I, Vol. I, 3ª. Ed. Editorial Nacimiento. Santiago. 1961.

BRONSTEIN, Arturo. La Subcontratación Laboral. Ponencia en Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo. San José de Costa Rica. 1999. Págs. 2 y ss.

CABANELLAS, Guillermo. Compendio de derecho laboral. Tomo I. 4ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2001.

ECHEVERRÍA, Magdalena. La historia inconclusa de la subcontratación y el relato de los trabajadores. Santiago, Chile. División de estudios de la Dirección del Trabajo. 2010.

GAMONAL, Sergio y PRADO, Pamela. El suministro de trabajadores en la nueva Ley N° 20.123: Acerca de la calidad de coempleador y la doble subordinación. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Ponencia.

HUMERES, Héctor. Derecho del trabajo y de la seguridad social. Tomo I. 17ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2004.

LIBERTAD Y DESARROLLO. Temas Públicos N° 764. 31-03-06.

LIZAMA, Luis. Derecho del Trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2003.

LIZAMA, Luis. La Corte Suprema y el ejercicio de las facultades de los Inspectores del trabajo en la ley de subcontratación: Una doctrina y dos consecuencias jurídicas posibles. Revista Estudios Laborales N° 2. 2008.

LIZAMA, Luis y UGARTE, José Luis. Subcontratación y suministro de trabajadores. Santiago, Chile. Editorial Lexis Nexis. 2007.

OKSENBERG, Daniel y FLORES, Cristián. Principios de legitimación del ius puniendi estatal en el derecho administrativo sancionador: Revisión crítica. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. C - 181 Convenio sobre Agencias de Empleo Privadas. 1997.

PALAVECINO, Claudio. Los principios del derecho del trabajo. Apuntes de cátedra de curso de Derecho Laboral impartido por la profesora Rosa María Mengod. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2008.

PALAVECINO, Claudio. Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2006.

RETAMAL, Karina y BARRERA, René. El fraude a la ley laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2009.

ROJAS, Irene. El Peculiar Concepto de Empresa para Efectos Jurídico Laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva. Revista Ius et Praxis Año 7 No 2: 409 - 422, 2001.

ROJAS, Irene. La externalización laboral y la cesión ilegal de trabajadores en el sistema jurídico chileno. Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010.

ROJAS, Irene y AYLWIN, Andrés. Los Grupos de Empresas en el sistema jurídico de relaciones laborales en Chile. Revista Ius et Praxis, 11 (1): 93 - 131, 2005.

THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 4ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2002.

THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de derecho del Trabajo. Tomo I. 5ª. ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2008.

UGARTE, José Luis. Derecho del Trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2004.

UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Editorial Universitaria. 2004.

UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2007.

UGARTE, José Luis. La simulación laboral del artículo 478: un caso de fraude a la ley. Dirección del Trabajo. Boletín Oficial. Junio de 2003.

UGARTE, José Luis. Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. Revista Ius Ex Praxis. 12 (1): 11 - 29, 2006.

URIBE, Verónica y ECHEVERRÍA, Magdalena. Condiciones de Trabajo en Sistema de Subcontratación. Organización Internacional del Trabajo. 1998.

URRA, Joaquín y JOFRÉ, Carlos. Análisis de la ley de subcontratación y de empresas de servicios transitorios. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2008.

VIAL, Víctor. Teoría general del acto jurídico. 5ª. Ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2004.

ZAPATA, Juan Carlos. Análisis doctrinal, legal y jurisprudencial del artículo 478 del Código de Trabajo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2004.

b. Páginas Web consultadas:

- Institucionales.

Biblioteca del Congreso Nacional: www.bcn.cl

CUT: www.cuttv.cl

Dirección del Trabajo: www.dt.gob.cl

Gobierno de Chile: www.gobiernodechile.cl

OIT: www.ilo.org

Poder Judicial: www.poderjudicial.cl

- Doctrina y Prensa.

Alejandra Matus: www.alejandramatus.cl

Atina Chile: www.atinachile.cl

Centro de Estudios del Retail: www.ceret.cl

Diario The Clinic: www.theclinic.cl

Libertad y Desarrollo: www.lyd.com

Radio Cooperativa: www.cooperativa.cl

SciELO: www.scielo.cl

Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: www.derecho-trabajo.cl